Б 67 (5Х)
Ф 94

С. Л. Фукс

ОБЫЧНОЕ ПРАВО КАЗАХОВ В XVIII — ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЕ XIX ВЕКА

567(2К)
С94

АКАДЕМИЯ НАУК КАЗАХСКОЙ ССР
ИНСТИТУТ ФИЛОСОФИИ И ПРАВА

С. Л. ФУКС

ОБЫЧНОЕ ПРАВО КАЗАХОВ В XVIII—ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЕ XIX ВЕКА

На дом не выдается

Издательство «НАУКА» Казахской ССР
АЛМА-АТА·1981

34(574)(09)
Ф94

Фукс С. Л. Обычное право казахов в XVIII — первой половине XIX века. Алма-Ата: «Наука» КазССР. 1981.— 224 с.

В книге рассматриваются вопросы регламентации отношений собственности и уголовных деяний по обычному праву казахов в XVIII—начале XIX века, проанализированы основные обычно-правовые установления и институты, регулирующие эти сферы общественных отношений, вскрыты их связь с патриархально-феодальным строем и социальная сущность.

Под редакцией академика
Академии наук Казахской ССР
С. З. ЗИМАНОВА

365915

БИБЛИОТЕКА
Павлодарского
политехнического института

Ф $\frac{11002-016}{407(07)-81}$ Доп. 81.1203130000

© Издательство «Наука» Казахской ССР, 1981 г.

От редактора

Данная работа принадлежит перу известного советского ученого-юриста Савелия Львовича Фукса, доктора юридических наук, профессора Харьковского юридического института, скончавшегося в 1976 г. В течение более чем 50-летней научно-педагогической деятельности С. Л. Фукс выдвинулся в число крупных знатоков истории государства и права народов СССР.

С. Л. Фукс родился в 1900 г. В 1925 г. он окончил правовой факультет Харьковского института народного хозяйства и был оставлен при кафедре «Проблемы современного права» для подготовки к научной деятельности. В 1938 г. ему было присвоено звание профессора.

В начале Великой Отечественной войны С. Л. Фукс получил направление на работу в Казахскую ССР. В 1941—1943 гг. он являлся заместителем директора Объединенного Московского и Алма-Атинского юридического института, а затем возглавлял кафедру в Алма-Атинском юридическом институте до окончания войны. Именно в период пребывания в г. Алма-Ате он серьезно увлекся вопросами истории государства и права дореволюционного Казахстана. Обладая большой работоспособностью и широкими знаниями в области истории политических учреждений и права вообще, С. Л. Фукс в первые послевоенные годы завершил монографию «Очерки истории государства и права казахов XVIII—первой половины XIX века» в объеме 60 п. л. В 1948 г. он с большим успехом защитил ее в качестве докторской

диссертации на Ученом совете Института государства и права Академии наук СССР. В это время он уже жил и работал в г. Харькове, что в известной степени затруднило в дальнейшем своевременное издание монографии, посвященной Казахстану.

Это исследование в свое время было высоко оценено специалистами, однако мне до недавнего времени не пришлось ознакомиться с ним. К тому же обязательный экземпляр докторской диссертации С. Л. Фукса не сохранился и в Государственной библиотеке им. В. И. Ленина. Две-три статьи, опубликованные им в 1948—1951 гг.[1], не давали основания судить о работе в целом. При наших встречах в Москве в 1971 и 1972 гг. С. Л. Фукс поднимал вопрос о возможности издания в Казахстане части его работы, посвященной вопросам обычного права казахов. Член-корреспондент Академии наук СССР В. М. Чхиквадзе, тогда директор Института государства и права АН СССР, обратился с письмом к Президенту Академии наук Казахской ССР с поддержкой предложения С. Л. Фукса. Высоко отзывался о его работе крупнейший ученый-юрист, Герой Социалистического Труда, академик АН Украинской ССР В. М. Корецкий. По разным причинам работа С. Л. Фукса в то время так и не была издана.

Вопрос об издании монографии С. Л. Фукса вновь был поднят после его смерти по инициативе академика АН Украинской ССР В. М. Корецкого. В ходе моей переписки с В. М. Корецким (1977—1978 гг.) мы пришли к общему мнению по принципиальным вопросам издания рукописи. Решено было в первую очередь подготовить к печати часть рукописи, относящуюся к обычному праву казахов.

Поступившая ко мне рукопись С. Л. Фукса состояла из введения и 4-х глав: «К вопросу об источниках для истории казахского права», «Патриархально-феодальные отношения в Казахстане», «Важнейшие объекты права собственности» и «Преступление и наказание в обычном праве казахов XVIII и первой половины XIX ве-

---

[1] Некоторые моменты истории казахского права и описание киргизских обычаев д'Андре.— Известия АН КазССР, вып. 1, 1948; Барымта.— Ученые записки Харьковского юридического института, вып. III, 1948; Некоторые вопросы истории Казахского государства.— Известия АН КазССР, вып. III, 1951.

ка». Общий объем работы составлял более 20 п. л. При отборе части рукописи к изданию было учтено то обстоятельство, что вопросы об источниках дореволюционного казахского права за последние 30 лет подвергались в литературе более или менее значительному освещению. А что касается главы «Патриархально-феодальные отношения в Казахстане», то она требовала существенных переделок. К тому же к проблематике обычного права она прямого отношения не имела. Исходя из указанных соображений при подготовке рукописи к печати она была сокращена за счет первых двух глав и доведена до настоящего объема.

Дореволюционное казахское право остается до сих пор наиболее слабо изученной проблемой. Пожалуй, можно указать лишь на единственную монографию Т. М. Культелеева [2], изданную под моей редакцией после смерти автора и ставшую уже библиографической редкостью. Запланированная в конце 40-х гг. обширная работа по изданию памятников и материалов по обычному праву казахов в нескольких томах осталась не доведенной до конца. Был издан лишь первый сборник [3]. Только в последние годы снова появляется определенный интерес к этой проблематике. Опубликовано несколько статей по обычному праву казахов, и в 1977—1979 гг. под моим руководством защищены две кандидатские диссертации: «Исследование правового памятника «Жеты-Жаргы» (Н. Усеров), «Институт «кун» в обычном праве казахов и его отмена при Советской власти» (Н. С. Ахметова).

Издание работы проф. С. Л. Фукса, посвященной обычному праву казахов, в настоящий период, когда начата разработка отдельных аспектов этой проблемы, принесет пользу историко-правовой науке в Казахстане.

С. Л. Фукс в своей оценке социально-политического развития казахского общества исходил из того, что до конца XVIII в. не было в нем ни феодальной, ни индивидуальной земельной собственности. Он не признавал и фактической узурпации освоенных пастбищных угодий знатью. Автор считал, что в кочевом казахском обществе

---

[2] *Культелеев Т. М.* Уголовное обычное право казахов. Алма-Ата, 1955.

[3] Материалы по казахскому обычному праву. Сб. 1. Алма-Ата, 1948.

основой феодальных отношений был скот, а пастбищные массивы составляли, по его мнению, лишь пределы пространственного обитания кочевников. Так называемый «саун» — наделение скотом нуждающихся, — по С. Л. Фуксу, был первоклеткой, на базе которой вырастала вся система феодальных отношений. Позицию С. Л. Фукса в этом вопросе нельзя считать обоснованной. Она в свое время многими учеными подверглась критике и во всех официальных изданиях «Истории Казахской ССР», в том числе и в последнем, пятитомном, ее издании, точка зрения С. Л. Фукса и некоторых его сторонников не была принята.

Особый взгляд С. Л. Фукса на природу патриархально-феодальных отношений в Казахстане более заметно выражен в главах рукописи, которые не были включены в данное издание. Он в некоторой степени сказывается и на публикуемой части его работы, в особенности на главе о важнейших объектах права собственности в дореволюционном казахском обществе. Однако это не снижает общей научной ценности его исследования проблем обычного права казахов.

С. Л. Фукс собирался вернуться к рукописи и подготовить ее «издательский» вариант, отразив в нем достижения науки последних десятилетий. К сожалению, он не смог осуществить свой план. В работе встречаются положения, которые, думается, в первую очередь могли быть смягчены или даже пересмотрены автором. К ним, в частности, относятся взгляды на якобы широкое распространение рабства как рабочей силы и как предмета собственности в казахском обществе XVIII и первой половины XIX в., на социально-правовое положение женщины-казашки и ее место в системе отношений купли и продажи, на структуру антиобщественных, антигосударственных деяний в патриархально-феодальном и кочевом казахском обществе и др.

Данную работу С. Л. Фукса следует рассматривать как историческое исследование не только в том смысле, что оно написано на историческую тематику, но и в том плане, что оно написано более 30 лет тому назад. Последнее обстоятельство не могло не отразиться в трактовке ряда вопросов, затронутых в работе.

Несмотря на недостатки и пробелы, имеющиеся в данном исследовании С. Л. Фукса с точки зрения совре-

менного уровня знания, оно не только не потеряло научной ценности в целом, но в освещении некоторых вопросов истории обычного права казахов XVIII и начала XIX в. оно остается пока единственной в своем роде научной разработкой. Методы интерпретации фактов и событий, глубина их обобщения, логические приемы выведения знания, характерные для автора, а также широкое применение им сравнительного анализа при рассмотрении различных отраслей и институтов обычного права казахов делают работу С. Л. Фукса интересной и полезной.

Относительно источниковедческой части работы нужно пояснить, что в период подготовки рукописи С. Л. Фукс кроме опубликованных изданий в основном пользовался материалами рукописного фонда Ленинградского отделения Института истории АН СССР. В рукописи дано много ссылок на эти не изданные в то время материалы, многие из которых в дальнейшем были опубликованы[4]. То же следует сказать и о ряде использованных автором архивных материалов из фондов Центрального архива Казахской ССР.

Публикуя работу проф. С. Л. Фукса, мы воздаем должное его научному наследию и его памяти как видного ученого, обогатившего своими исследованиями советскую историко-правовую науку.

Академик Академии наук
Казахской ССР
С. З. ЗИМАНОВ

---

[4] Материалы по истории Казахской ССР. Т. 2. Ч. 2. Алма-Ата, 1948; Казахско-русские отношения в XVI—XVIII вв. (Сборник документов и материалов). Алма-Ата, 1961; Казахско-русские отношения в XVIII—XIX веках (Сборник документов и материалов). Алма-Ата, 1964; Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. 1. Алма-Ата, 1960.

Предисловие

Государственный строй и право казахов — наименее исследованные вопросы истории Казахстана.

В XVIII и начале XIX в. царская администрация, перед которой стояла задача управления Казахской степью при посредстве ханов, султанов и старшин, а затем задача проведения административной реформы, еще пыталась сделать кое-что для выяснения механизма власти в Казахском государстве. В это время появился ряд работ, принадлежащих преимущественно перу высших чиновников пограничной администрации (П. И. Рычкова, А. Левшина, Г. Броневского и др.), которые осветили ряд вопросов современного им государственного устройства казахов, не отказываясь также от экскурсов в область истории, если это помогало осмыслить современные им особенности казахского государственного устройства. В этих работах вопросам механизма Казахского государства — рычагам принуждения, которыми пользовались отдельные органы власти, взаимоотношениям ханов, султанов и старшин уделялось известное внимание. В позднейших работах, относящихся уже к тому времени, когда Казахская государственная организация была уничтожена царским правительством и практического интереса не представляла, предметом исторического «исследования», подчиненного задачам колониального управления, является главным образом история подчинения Казахстана, превращения его в колонию царской России и создания здесь русской администрации. Интерес к истории Казахского государства, как такового, был вовсе потерян.

Обычное право казахов в большей степени и дольше привлекало внимание дореволюционной литературы. Но колонизаторский подход к этим вопросам совершенно исключал получение каких-либо научных результатов в этой области, ибо основная цель относящихся сюда литературных трудов заключалась в создании справочных руководств для чиновников царской администрации, что сплошь и рядом подчеркивают сами авторы указанных трудов.

Советские историки Казахстана, решая огромную и сложную задачу создания подлинно научной истории казахского народа, естественно, в первую очередь сосредоточили свои усилия на разработке таких основных моментов, как вопрос о способе производства в казахском обществе на основных этапах его развития, о его экономической истории, социальной структуре и классовой борьбе. Большое внимание уделено было национально-освободительному движению казахского народа. Государственный строй и право казахов не стали предметом специального исследования, хотя они неизбежно затрагивались при всякой попытке дать общую картину истории казахского народа или осветить ее отдельные периоды.

При недостаточности источников, освещающих социально-экономическую историю Казахстана, изучение политической и правовой надстройки является одним из важных моментов для выяснения той социально-экономической базы, на которой эти надстройки возникали. К этому приему по необходимости постоянно прибегают историки, используя, например, законы Тауке для характеристики казахского общества конца XVII — начала XVIII в., и этот прием научно вполне оправдан. Ясно, что расширение и углубление исследований в области казахского права должны пополнить скудные материалы для социально-экономической истории казахов.

Большое значение имеют исследования в области истории Казахского государства и права для науки истории государства и права. Источники истории Казахского государства и права сохраняют многочисленные пережитки родо-племенной организации, строя военной демократии. Они дают поэтому ценный материал не только для изучения феодального государства и права кочевников, но и для характеристики предшествовавших ему го-

сударственных учреждений и правовых институтов. Резко выраженный консервативный характер Казахского государства и права в ряде случаев дает возможность проследить возникновение и развитие самой государственно-правовой формы, как таковой.

Проблемы казахского права рассматриваются преимущественно на материалах XVIII — начала XIX в., т. е. эпохи упадка Казахского государства, так как, к сожалению, материалы XV—XVII вв., освещающие интересующую нас проблему, чрезвычайно скудны.

Автор ясно отдает себе отчет в том, что предлагаемая работа не может претендовать на полное освещение проблем обычного права казахов рассматриваемого периода. Он будет считать свою задачу выполненной и в том случае, если эта работа послужит толчком к дальнейшей их разработке.

ГЛАВА 1. ВАЖНЕЙШИЕ ОБЪЕКТЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

Общая характеристика

В то время как право частной собственности на пастбища еще в первой половине XIX в. находилось в стадии становления, частная собственность на «движимое имущество», и в первую очередь на скот, у казахов, как и у всех народов, возникла гораздо раньше. Задолго до образования государства кочевые племена, из которых сложился казахский народ, представляли собой общества частных собственников, в которых патриархально-родовой быт лишь прикрывал классовую дифференциацию и отношения эксплуатации. Вся структура казахского общества XV—XVI вв., а также засвидетельствованное источниками разложение общины и выделение знати, богатых скотоводов: старшин, биев, батыров — все это не оставляет никаких сомнений, что частная собственность на движимость в это время уже совершенно упрочилась.

В патриархально-феодальном обществе казахов скот был основным объектом частной собственности, основой классового господства. Это обстоятельство, кстати, отразилось и в терминологии казахов, которые называли скот «даулет», т. е. богатство, в отличие от всякого иного имущества, именуемого «мульк».

До XIX в. важнейшее после скота место в ряду объектов права собственности занимали рабы. Царское правительство стало вводить некоторые ограничения рабства только в XIX в. «Устав о сибирских киргизах» 1822 г. еще сохранял рабство в Казахской степи, запрещая лишь приобретать в рабство «природных киргизов». До этого правительство занималось лишь регламентацией порядка

пограничной работорговли, разрешая, например, указом 9 января 1757 г. покупать и выменивать на товары у казахов «разных наций пленников всякого звания людям», т. е. не только дворянам-крепостникам, но и купцам. Официальная отмена рабства в Казахской степи последовала только в 1859—1863 гг. с согласия казахских султанов, биев и старшин. К этому времени рабство потеряло уже свое практическое значение, так как рабов осталось очень мало. Например, в ряде округов Семипалатинской области рабов к моменту «отмены» рабства уже не было [1].

Правовое положение раба вполне соответствовало тому, которое было выработано в рабовладельческих обществах. Раб был объектом права собственности в полном смысле этого слова, его продавали, покупали и убивали безнаказанно, он не мог быть даже и субъектом преступления: за совершенное рабом убийство, как правило, компенсацию платил хозяин раба. В записях д'Андре содержатся следующие нормы обычного права, закрепившие рабовладельческие отношения. Каждый «ордынец, какого бы происхождения ни был», может владеть рабами. «Раб находится в полном повиновении хозяину, и хозяин может лишить жизни, продать другому хозяину... и подобные распоряжения делаются без суда бия или султана». Жалобы рабов не принимаются. Если раб женится, то «жена и семейство принадлежат хозяину». Здесь, правда, оговаривается, что казах не может быть рабом, что рабами могут быть только иноверцы или иноплеменники, но эта оговорка вытекает из приведенного выше требования «Устава о сибирских киргизах» [2].

В XVIII в. рабы играли серьезную роль в хозяйстве знати. Из донесения Оренбургского губернатора Неплюева в 1749 г. видно, например, что казахские старшины упорно не хотели отдавать пленников, утверждая, что «по их степному житию ежель их отдать, то и скота пасти будет некому». Они заявляли, что предпочитают откочевать в Туркестан, нежели расстаться с необходимой им рабочей силой [3]. Гуляев в рапорте от 8 апреля 1750 г. сообщал, что группа старшин заявила хану Нуралы о своем намерении откочевать от России за Тургай, так как они опасаются, что от них будут требовать пленных калмыков [4]. Вообще, вопрос о рабах— «кулах»— был постоянным поводом для столкновений между царским правительством и казахской знатью. Особенно раздражал

последнюю отказ царского правительства возвращать бежавших через русскую границу рабов, которые в России приняли христианство. И хана — царского агента — они соглашались часто терпеть лишь до тех пор, пока он удачно разрешал споры о бежавших за российскую границу рабах. В июле 1759 г. хан Нуралы писал царскому чиновнику А. Давыдову: «Все киргиз-кайсаки, малые и большие, повеления моего не слушают, представляя, что я им беглецов их не доставлю и что они имеют откочевать в те места, где отцы их кочевали...» [5]. Значение рабов в хозяйстве богатых скотоводов неоднократно подчеркнуто и И. Георги. Существование «сауна» (отдача скота на временное пользование) он объясняет тем, что «не всяк может иметь довольное для табунов своих число невольников». Трудоемкое производство ценной казахской мерлушки «ведется только при малых стадах или у богатых людей, имеющих у себя многих невольников»[6].

По своему правовому положению близко к объектам собственности стоит эксплуатируемая женщина-казашка. Определение женщины как имущественной ценности, принадлежащей отцу или мужу, нельзя рассматривать в данном случае как метафору. Это констатация реальной, исторически сложившейся системы отношений. Об этом убедительно говорят казахские пословицы: «Если умрет брат, то сноха — наследство, если сдохнет лошадь, то шкура — наследство» или «Разбогатеет узбек — строит дом; разбогатеет казах — набирает жен» [7]. Казахская женщина была не только предметом собственности, ценностью, но и платежной единицей. Наряду с верблюдами, лошадьми, баранами, панцирями, коврами и халатами [8] она входит в число предметов, которыми выплачивается кун. Как платежная единица она имеет более или менее устойчивую цену. По сообщению султана Даулета, две девицы в куне могут быть заменены 1000 баранов как их эквивалентом, и наоборот [9]. В приложении к рапорту от октября 1863 г. управляющего чумекеевским родом Ирмухамеда Касымова, например, сообщается, что присудил с казаха Бусмурана Баракова за произведенную им барымту 200 лошадей в пользу потерпевших, имеется расписка потерпевших следующего содержания: «Мы получили на удовлетворение наше 140 лошадей, а взамен 60 лошадей мы взяли дочь киргиза Бусмурана Баракова по имени Каратаю» [10].

Н. Гродеков приводит решение суда биев по делу, в котором с ответчика Тюлебека взыскивается присвоенное им наследство истца, состоящее из *сестры* (курсив здесь и далее мой.— *С. Ф.*), скота, ковров, халатов, посуды и т. д. [11].

Сказанным здесь вовсе не отвергаются общеизвестные факты, что в бытовом своем положении казахская женщина была избавлена от многих унизительных тягот, которые падали на плечи женщин у оседлых народов Средней Азии, например, от паранджи, затворничества, прозябания в гареме. Однако это незначительное смягчение рабского, бесправного положения женщины, вызванное у казахов условиями скотоводческого хозяйства, не меняет в основном ее положения как объекта собственности. Дочери — богатство родителей. Будучи проданными за калым мужу, они составляют имущество мужа, которое после его смерти переходит по наследству к его братьям. Жены в конце XIX в. «бесправны, как рабыни, как скот или земельная собственность» [12]. Бай смотрит на женитьбу как на доходное предприятие. Г. Гинс сообщает о казахе, который похвалялся, что заплатил за жену 20 лошадей, а она родила ему трех дочерей, за которых он возьмет 100 лошадей калыма. По Гродекову, родственники жены, требуя от мужа штраф за изувечение жены, формулируют свою претензию так: «Ты изувечил нашу сестру, понизил ей цену» [13].

Наличие в числе объектов собственности рабов и находящихся в полурабском положении жен резко подчеркивает эксплуататорский характер собственности. Это не была рабовладельческая собственность. Как ни велико было значение рабов-пленников в хозяйстве богатых скотоводов, все же основным производителем был в этом хозяйстве связанный путами патриархально-феодальной зависимости мелкий собственник, рядовой скотовод. Отношения собственности в казахском обществе не были также и чисто феодальными; они были патриархально-феодальными. Особенность этого вида собственности заключается отнюдь не в сохранении родовой или общинной собственности на основные орудия и средства производства. Последняя успела давно разложиться. Действительная собственность заключается лишь в том, что сохраняются некоторые формальные моменты общинно-родовой

коллективности в виде пережитков, используемых знатью для эксплуатации рядовых скотоводов.

Семья как субъект права собственности. Семейная тамга

С XV до XIX в. частная собственность на скот и другие средства и орудия производства, кроме земли, выступает у казахов как семейная собственность. Для характеристики права частной собственности нужно прежде всего выяснить, что представляет собой здесь семья, являющаяся субъектом права собственности. К сожалению, решение этого вопроса затрудняется крайне недостаточной разработанностью истории семьи у казахов.

Анализ отношений собственности внутри семьи и между отдельными семьями, рассмотрение объектов семейной собственности и классового содержания важнейших способов распоряжения семейной собственностью позволяют сделать вывод, что казахская семья конца XVIII — начала XIX в. представляет собой определенную стадию разложения большой патриархальной семьи, не превратившейся еще в семью индивидуальную.

По справедливому замечанию М. О. Косвена, семейная община как тип семьи, несмотря на огромную ее роль в истории, до сих пор «осталась недоисследованной». Давая обстоятельный обзор литературы вопроса, он пришел к выводу, что до сих пор исследователи брали семейную общину *статически,* «не обращались к истории самой семейной общины, не попытались наметить этапы ее развития и в этом свете истолковать различные стороны ее внутренних отношений, различные элементы ее строя и быта» [14]. Короче, этапы развития семейной общины не конкретизированы. Ясно, что эти этапы теснейшим образом связаны с этапами развития семейной собственности. При таком положении вопроса осложняется стоявшая перед нами задача изучения семейной собственности у казахов. Конечно, картина развития семейной собственности должна быть дана по конкретным источникам истории казахов. Но наличие общего теоретического представления об этапах развития семейной общины, выработанного на основе обобщения данных о семейной общине у разных народов, чрезвычайно облегчило бы

осмысление нашего конкретного материала. Поэтому раньше, чем мы перейдем к изложению конкретных материалов, обратимся к классической работе Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства» и попытаемся выяснить, какие указания по вопросу об этапах развития семейной общины здесь содержатся.

Ф. Энгельс определил значение большой патриархальной семьи как переходной ступени «от семьи, возникшей из группового брака и основанной на материнском праве, к индивидуальной семье современного мира» [15]. Перечень приводимых Ф. Энгельсом примеров патриархальной семьи убеждает нас в том, что эта «промежуточная форма» семьи, в свою очередь, знает свои весьма различные переходные ступени и промежуточные формы. В самом деле, как пример большой патриархальной семьи Энгельс приводит, с одной стороны, славянскую задругу, многочисленные члены которой нередко состоят в довольно отдаленном родстве; во главе ее стоит избранный и смещаемый семейным советом «домочин», деятельность которого контролируется семейным советом, без которого он не может распоряжаться семейной собственностью. С другой стороны, по Энгельсу, «законченным типом большой патриархальной семьи служит римская семья», Familia, «глава которой был господином жены и детей и некоторого числа рабов, располагая в силу римской отцовской власти по отношению ко всем им правом жизни и смерти». Правда, имея в виду «Очерк происхождения семьи и собственности» М. Ковалевского [16], Ф. Энгельс тут же отмечает, что «в последнее время подвергают сильному сомнению как абсолютную власть домохозяина, так и бесправие по отношению к нему остальных членов семьи». Но он не дает оценки этому сомнению и, что еще важнее, не снимает в 4-м издании «Происхождения семьи...» выше приведенной характеристики отцовской власти в римской семье. Таким образом, большая патриархальная семья (славянская «задруга» или римская Familia) возможна, во-первых, как семья с совместной собственностью всех равноправных ее членов на семейное имущество и главой семьи, ограниченным в распоряжении собственностью семейным советом; во-вторых, как семья, глава которой, будучи господином жены и детей, узурпировал и право распоряжения иму-

ществом семьи. Ясно также, что указанное различие в характере большой патриархальной семьи выражает различие двух этапов ее исторического развития, и в этом смысле патриархальная семья типа «задруги» древнее римской Familia. Можно думать, что те черты ограниченной власти римского pater Familias, которые позволили М. Ковалевскому сомневаться в абсолютной власти отца и бесправии членов Familiae, являются пережитками более древнего этапа римской патриархальной семьи, нежели тот, который характеризуется неограниченной властью pater Familias над имуществом и над членами семьи.

Общее направление развития казахской семьи в XVIII—XIX вв. можно охарактеризовать как развитие от патриархальной семьи в форме задруги к патриархальной римской и далее к индивидуальной семье. Все же здесь даже в конце XIX в. нельзя еще говорить о господстве индивидуальной семьи, состоящей в основном из мужа, жены и детей, нельзя, соответственно, говорить и об индивидуальной собственности главы семьи на семейное имущество. В казахской семье даже в конце XIX в. объединяется гораздо более широкий, чем в индивидуальной семье, круг родственников: деды и внуки, дядья и племянники. Сохраняются многочисленные пережитки совместной семейной собственности, ограничивающие индивидуальную частную собственность главы семьи. С другой стороны, казахская семья и в конце XIX в. уже не может отождествляться с задругой. От большой патриархальной семьи в форме задруги она отличается прежде всего своим резко выраженным эксплуататорским характером. В составе семейной собственности могут быть и рабы. По своему положению в семье к рабыням приближаются «младшие жены» богатого скотовода. Чрезвычайно сильно отношение к детям как к собственности отца. Не говоря уже о продаже дочерей в замужество за калым, на рубеже XVIII—XIX вв. массовым явлением была продажа детей в рабство в голодные годы. В этом отношении казахская семья весьма близка к римской Familia. Далее, казахская семья отличается от задруги более узким кругом родственников. В то время как в задруге «родство это нередко очень отдаленное» [17], так что здесь может иметь место даже фикция родства и члены задруги иногда даже могли вступать в брак

БИБЛИОТЕКА
365915

между собою [18], в казахской семье существуют более близкие родственные связи, вовсе исключающие браки внутри семьи. От задруги казахскую семью отличает и деспотическая власть отца и мужа. В казахской семье нет того демократического устройства, которое характеризует задругу [19]. Власть главы семьи не ограничена советом сородичей, имеющим в задруге решающее слово во всех важных вопросах жизни семьи, в распоряжении основным имуществом семьи. В казахской семье нет, разумеется, и выборности главы семьи, что также характеризует задругу.

Для начала XIX в. Я. Гавердовский дает некоторые данные к характеристике казахской семьи. Как и И. Георги [20], Гавердовский отождествляет семью с «кибиткой». «Под названием семьи или кибитки,— сообщает Гавердовский,— разуметь должно здесь целое общество, соединенное узами крови, под отеческим правлением старшего из них. В таковом семействе бывает иногда до 20 душ и более одних мужчин» [21]. Многочисленность семей подтверждается сообщением Гавердовского о том, что в «*прежние времена* по смерти хана каждый аул и *почти каждая семья* избирала из среды своих доверенных людей и высылала оных на общий совет в определенное место» [22]. Совершенно очевидно, что подобных «выборщиков» посылать могли не индивидуальные семьи, а те семьи-общины, в которых во времена Гавердовского бывало до 20 мужчин и которые «в прежние времена» были, нужно думать, еще многочисленней. О том же косвенно говорит и сообщение Я. Гавердовского: аул состоит из «нескольких» семей [23]. В. Радлов во второй половине XIX в. сообщал, что аул состоит из 3—5 юрт, в другом месте — из 6—10 [24]. Так как кочевание малыми группами оказывалось невозможным, то небольшое количество семейств в ауле также свидетельствует о многочисленности этих семейств. Вообще, следует заметить, что многочисленность семьи в XVIII и XIX вв. у казахов была необходимым условием ее существования. Это относится не только к богатым и знатным семьям, где многочисленность являлась одним из важнейших условий сохранения власти, но и ко всякой семье кочевника. В. Радлов приводит по этому поводу следующую казахскую пословицу: «О чем говорят члены многочисленных фамилий? Они говорят о несправедливостях,

которые они причинили менее многочисленным фамилиям. О чем говорят члены малочисленных фамилий? Они говорят о несправедливостях, которые они претерпели от многочисленных фамилий» [25].

Собственность такой семьи была частной собственностью. Характер семейной собственности в каждом эксплуататорском обществе определяется ведущей ролью собственности богатых семейств, поскольку имущественные отношения трудовой семьи регулируются в *основном* правовыми нормами, ориентированными на семьи эксплуататоров. Отношения эксплуатации процветают внутри казахской семьи: здесь рабы, бедные родственники, принятые в семью, «младшие» жены и наложницы-служанки. Резкое имущественное неравенство отдельных семей и глубокая классовая дифференциация делают собственность богатых семей средством эксплуатации бедных сородичей и чужеродцев.

Когда возникла семейная собственность, когда выделилась она, обособилась от собственности родовой? Источники не дают точного ответа на эти важные вопросы. Ясно лишь, что частная семейная собственность существовала уже в период создания Казахского государства. Некоторое значение для истории семейной собственности имеют данные о казахских тамгах — знаках собственности. На этих данных следует остановиться хотя бы для того, чтобы отвергнуть традицию, приписывающую введение семейных тамг хану Тауке и, следовательно, относящую если не возникновение, то укрепление права семейной собственности к концу XVII— началу XVIII в.

Данные о казахских тамгах в основном не старше XVIII в. [26] и почти не разработаны. Ценные соображения Н. Аристова по этому вопросу в соответствии с задачей труда, в котором они содержатся, касаются лишь значения родовых тамг и не затрагивают вовсе тамги как знака семейной собственности. Н. Аристов к тому же полагает, что «тамга есть знак собственности родовой» [27]. Он предлагает иметь в виду, «что для определения принадлежности скота внутри рода вообще нет нужды в особых тамгах, пока род не слишком многолюден и не разбросан на слишком больших пространствах, потому что родовичи знают по мастям и другим признакам почти каждую скотину в стадах своего рода» [28]. Только

когда род вследствие многочисленности делится на постоянные родовые части, возникают тамги родовых подразделений.

В наше время историки Казахстана не сомневаются в том, что уже тамги XVIII в. были знаком *семейной* собственности [29]. Однако соображения Н. Аристова о «ненужности» семейных тамг не лишены для нас некоторого значения. Они показывают, что появление семейных тамг могло иметь место гораздо позднее, нежели появление семейной собственности, и предостерегают от отождествления этих двух моментов в развитии семейной собственности.

Н. Аристов приводит убедительные доказательства чрезвычайной древности употребления тамг, и среди них указание на то, что знаки алфавита орхоно-енисейских надписей VIII в. н. э. «суть родовые тамги, употребляемые большей частью и поныне у киргиз-казахов». Исходя из того, что тамга есть знак родовой собственности, Н. Аристов приходит к выводу, что тамга употреблялась уже тогда, «когда личной и семейной собственности не существовало, а была только собственность родовая» [30].

Таким образом, исследование Н. Аристова не отвечает на интересующий нас вопрос о времени возникновения семейной тамги как знака семейной собственности. Зная теперь, что таковыми были тамги XVIII в., попытаемся выяснить время возникновения семейной тамги, закрепившей семейную собственность.

Предание, приписывающее введение семейных тамг хану Тауке, не может служить опорным пунктом для решения этого вопроса. Во-первых, оно в известных редакциях довольно сбивчиво толкует о том, какие тамги ввел Тауке. В то время как Левшин хану Тауке приписывает введение тамги «всякому поколению, роду и отделению» [31], Я. Гавердовский говорит: «Для уменьшения излишних споров в делах фамильных (Тауке) разделил родовые тамги на многие части, так что каждое отделение рода и *почти всякое семейство* получало свой знак для намечивания скота...» [32]. В изложении Гавердовского предание это несколько ближе к исторической истине, но оно все же чрезвычайно далеко от истины. У нас имеются все основания полагать, что возникновение тамг как знаков не только родовой, общинной, но и

семейной собственности относится еще к периоду, предшествовавшему образованию казахской государственности. Даже если бы мы не располагали никакими конкретными историческими данными для решения такого вопроса, то и тогда должны были бы склониться к этому мнению на основе данных о развитии собственности у большинства народов. Ф. Энгельс, говоря о возникновении скотоводства, и в частности в бассейне Амударьи и Сырдарьи, подчеркивал, что частная собственность на стада развивается рано. Он считал несомненным, что «на пороге достоверной истории мы уже всюду находим стада как обособленную собственность глав семейств» [33]. Мы имеем и некоторые конкретные данные для утверждения, что семейная собственность и тамги как знаки ее возникли задолго до создания Казахского государства. Несомненно, что общественный строй различных племен, из которых сложился казахский народ, в большей или меньшей степени соответствовал тому уровню общественного развития, который характеризует кочевников Средней и Центральной Азии в целом. Между тем здесь уже в VI—VIII вв. существует и обособленная собственность, и тамги как знаки ее не только родовые. Тамги, как *родовые,* так и *семейные,* найдены на надгробных стенах орхоно-енисейских тюрок. В одном из таких памятников имеется упоминание, что у покойного «на земле *клейменный* скот без числа был» [34]. Китайские источники отмечают наличие тамг у уйгуров: «На домашней скотине они выставляют клеймо владельца, если таким образом заклейменное животное заблудится и пристанет к чужому стаду, никто не присваивает его себе» [35]. О монголах Марко Поло писал: *«Всякий старшина или у кого много стада* метит своим знаком жеребцов и кобыл, верблюдов, быков и коров и другой крупный скот...» [36]. А. Бернштам отметил нечто подобное и у орхоно-енисейских тюрок, у которых лежащая в основе отдельных тамг родовая тамга усложняется *в зависимости от социального положения собственника* так, что самая витиеватая приходится на долю наиболее знатного [37]. Так как речь идет о погребениях знати, то можно полагать, что рядовые общинники либо вовсе не пользовались тамгой, либо пользовались общеродовой тамгой. Из всего этого можно сделать вывод, что у кочевников Центральной и Средней Азии закрепленные

тамгами отношения частной семейной собственности на скот имели место уже в середине I в. н. э. и что тамга как знак семейной, обособленной от родовой, собственности есть привилегия богатых. Если подобные отношения собственности у названных кочевников Средней Азии восходят к VI в., то невозможно не предположить, чтобы у племен, из которых создался казахский народ, не было таких же или весьма близких к ним отношений собственности и тамг задолго до XV в., когда создавалось Казахское государство. В предании же, приписывающем введение семейной тамги (или даже, по другому варианту, тамги для поколения, рода и отделения) хану Тауке, нельзя усмотреть ничего, кроме общеизвестного и замеченного уже Я. Гавердовским стремления казахской традиции приписать этому действительно выдающемуся в казахской истории хану как можно больше великих и полезных дел [38].

Возникнув, несомненно, задолго до того периода, когда история казахского права становится достоверной, документально обоснованной, частная семейная собственность, защищенная семейной тамгой, не приобретает универсального характера и остается привилегией богатых семейств еще в XVIII в. Выше уже отмечалось, что у орхоно-енисейских тюрок и у монголов семейная тамга была привилегией богатых и знатных. В этой связи следует обратить внимание на то, что Я. Гавердовский о введении семейных тамг ханом Тауке говорит: «*Почти всякое семейство* получало свой знак для намечивания скота». Кажется, можно, не рискуя исказить истину, интерпретировать это «почти» как указание на то, что у казахов, как и у орхоно-енисейских тюрок и у монголов, семейную тамгу имело не всякое, а только богатое семейство. Может быть, то обстоятельство, что семейная тамга была привилегией богатых, объясняет и противоречивость сообщения Я. Гавердовского, с одной стороны, и исследователя начала XIX в. Д. Н. Соколова — с другой. Я. Гавердовский писал: «Между башкирцами знаки сии менее разделены, ибо каждый род или волость имеет только одну общую тамгу, напротив, у киргизцев каждая фамилия пользуется непосредственно своей» [39]. Д. Н. Соколов, который специально изучал по архивным данным не казахские, а башкирские тамги, пришел к диаметрально противоположному выводу: «Башкирская тамга есть

знак семейной собственности или собственности домохозяина». «У киргизов... одна и та же тамга употребляется целым родом или отделением рода; здесь она служит знаком родовой собственности...». В качестве обособленных он отмечает у казахов лишь тамги султанов и духовенства [40]. Итак, Я. Гавердовский, хорошо знавший казахскую действительность, нашел семейную тамгу у казахов, отрицая наличие ее у башкир. Д. Н. Соколов же, изучавший специально башкирские тамги, обнаружил семейную тамгу у башкир, отрицая ее наличие у казахов. В то же время наличие внутри казахского подрода (отделения) у различных старшин и батыров разных, следовательно семейных, тамг, устанавливается документально [41]. То обстоятельство, что Д. Н. Соколов писал через 100 лет после Я. Гавердовского, в данном случае не имеет значения. Соколов работал при исследовании башкирских тамг над архивным материалом. Так же невозможно предположить, что семейная тамга у казахов и башкир в течение этого столетия развивалась в противоположном направлении. Смысл этой двойной ошибки заключается, очевидно, в том, что преобладающее большинство как башкир, так и казахов, за исключением богатых семейств, пользовалось еще общей тамгой подрода, отделения. Заметить наличие семейной тамги можно было только при более глубоком изучении вопроса.

Общая тамга рода, отделения сохраняла значение и после появления семейной тамги. Это отражалось и в терминологии, отождествлявшей понятие отделения с тамгой. Так, Игельстром, говоря о подразделениях поколений Алимулы, Байулы и Жетируу, находит в их составе «тридцать два поколения или, по наречию киргизцев, тамги» («поколениями» Игельстром называет здесь роды или отделения) [42]. Наряду с семейной тамгой, которой пользовались отдельные богачи, сохраняется как знак собственности и тамга рода, отделения, которой в качестве общей пользуются другие старшины и бии. Например, к представлению султанов, биев и старшин Эссену в августе 1816 г. 47 биев рода Шекты приложили 12 различных тамг. Это, очевидно, тамги разных отделений рода Шекты [43]. Но отсюда ясно, что каждый из 47 биев не имел особой семейной тамги. Они пользовались тамгами своих отделений.

С другой стороны, три батыра одного и того же отделения Хомашти (рода Табын поколения Жетируу) прилагают к прошению Эссену от 24 декабря 1822 г. три различные тамги, следовательно, семейных [44]. То обстоятельство, что здесь перед нами тамга-подпись, не лишает сделанный вывод значения и для тамги — знака собственности, так как для подписи и мечения скота существует одна и та же тамга.

Казахские тамги еще недостаточно изучены. То немногое, что можно извлечь для истории права собственности из тамг при нынешнем состоянии изучения этого вопроса, сводится к следующему. Уже при возникновении Казахского государства казахи знали семейную тамгу, закреплявшую семейную собственность на скот и обособлявшую ее от общинной собственности. Закрепленное семейной тамгой право частной семейной собственности было привилегией богачей и знати. Рядом с семейной тамгой продолжает сохранять значение знака собственности и родовая и подродовая тамга [45].

Имущественные отношения внутри семьи. Выдел. Имущественные права жен

Имущественные отношения внутри казахской семьи на протяжении XVIII—XIX вв. развиваются в сторону укрепления исключительного права главы семьи распоряжаться имуществом семьи, т. е. в сторону отношений, типичных для римской патриархальной и для индивидуальной семьи, но чуждых задруге. Рассмотрение некоторых, чрезвычайно редких, к сожалению, документов, характеризующих отношения родителей и детей по поводу семейного имущества в XVIII в., приводит нас к выводу, что глава семьи не располагает в это время всей полнотой исключительного права распоряжения семейной собственностью. Частью общесемейного имущества неотделенные сыновья распоряжаются как своей собственностью, хотя и под контролем и с санкции отца-домовладыки. Существует нечто вроде иерархии собственности внутри семьи.

Рассмотрим с этой точки зрения несколько сохранившихся в архивах купчих XVIII в. на продажу рабов.

По одной из них, сын Нуралы-хана Берд-Алы, будучи в Оренбурге в аманатах, продает в 1757 или 1758 г. переводчику Матвею Арапову пленника-раба Измаила за 20 рублей. Купчая датирована 4 февраля. К ней приложено письмо Нуралы от 27 февраля: «Написано потому, что отданного Матвею пленника... нашего сына мы тоже отдали ему» [46]. Сделка совершена сыном, но она нуждается, очевидно, в санкции отца. По другой купчей, от 27 февраля 1758 г., казах Серкебай, принадлежавший «дому» Берд-Алы, продает пленника-перса Хаджимурата оренбургскому подъячему Ивану Скугаревскому. К купчей прилагается письмо Берд-Алы от того же числа, скрепляющее продажу утверждением, «что мой казах Серкебай продал своего пленника... по моему приказу» [47]. По третьей купчей, от 20 октября 1765 г., Берд-Алы передает ахуну Валиду Максуд-улы в уплату за обучение его татарской письменности «своего пленника кзылбаша Кутлыбая Жолдыбай улы, *который отдан мне в силу указа».* Передача собственности производится «в соответствии с письмом своего отца Нуралы-хана и вследствие его приказа с приложением печати» [48].

Говоря о семейной собственности, все эти документы можно поставить в один ряд, потому что «мой казах» Серкебай есть такой же член дома Берд-Алы, как сам Берд-Алы — член дома своего отца, хана Нуралы. Серкебай не раб, он владеет собственностью, он продает «своего пленника». Берд-Алы также рассматривается как собственник пленников-рабов, которых он продает. Перед нами связанная собственность членов семьи, которой они распоряжаются, совершая по поводу ее сделки, но которой они не могут вполне самостоятельно окончательно распорядиться. Их связывает наличие над ними власти домовладыки, отца или господина как верховного собственника всего имущества семьи. Письмо Берд-Алы в третьем документе, ссылка на «приказ» отца или фраза во втором документе «по моему приказу» не должны дать повод к тому, чтобы видеть в продавцах доверенных, действующих по приказу доверителя. Ведь распоряжаются они, как ясно видно, своей собственностью, а не собственностью отца или господина. Формула «по приказу» появилась здесь потому, что покупатели и составители купчих руководствовались русским гражданским правом, не знавшим той формы семейной собствен-

ности, которая сохранилась у казахов и которая характеризуется наличием права распоряжения семейной собственностью как у главы семьи, так и у ее членов.

Судя по данным П. Е. Маковецкого и Н. Гродекова, во второй половине XIX в. характер семейной собственности не изменился, принцип неограниченного права собственности домовладыки на имущество семьи укрепляется. Невыделенные сыновья теперь не могут иметь отдельного имущества. Все нажитое ими поступает в непосредственное распоряжение их отца [49]. Н. Гродеков сообщает, что казах, случается, крадет сделанный им подарок у одаренного, не получив на подарок согласия родни, ибо ему стыдно просить вернуть подарок [50]. Здесь в роли дарителя-вора, конечно, выступает не глава семьи, а подвластный член семьи. То, что он вздумал делать подарки из семейного имущества, и то, что такой подарок был у него принят, нельзя расценивать просто как нарушение им права семейной собственности. Он, скорее, приверженец старых традиций. Мы видели, что в XVIII в. сын продавал и дарил объекты семейной собственности с последующей санкцией домовладыки. Теперь распоряжение собственностью сосредоточено в руках главы семьи. Исключение делается только для сделки «купля-продажа». «Купля и продажа, учиненные против воли отца совершеннолетним невыделенным сыном, не расторгаются»,— сообщает Гродеков [51]. В этом постановлении, однако, нельзя видеть остаток древнего равенства, совместности прав домовладыки и домочадцев на семейное имущество. Мы видели выше, что в XVIII в. купля-продажа, хотя и совершалась сыном самостоятельно, но требовала санкции отца. Еще менее можно видеть тут свидетельство расширения прав сыновей в сравнении с XVIII в. Права подвластных домочадцев на семейную собственность во всех отношениях умаляются к концу XIX в., как это будет дальше показано. Признание действительности сделки «купля-продажа», совершенной взрослым неотделенным сыном вопреки воле отца, находит свое объяснение в развитии рынка, в потребностях рыночного оборота. Представим себе взрослого сына, прибывшего на одну из многочисленных во второй половине XIX в. ярмарок для продажи скота, принадлежащего семье. У него, разумеется, нет и не может быть «доверенности» от главы семьи, и

никому здесь не придет в голову ею интересоваться. Но его торговая деятельность стала бы вовсе невозможной, если бы сделки, им заключенные, могли впоследствии оспариваться как совершенные вопреки воле отца.

В тех внутрисемейных имущественно-правовых отношениях, которые непосредственно не были связаны с участием в рыночном обороте, картина умаления в XIX в. прав домочадцев на семейное имущество и сосредоточения всех прав на него в руках домохозяина вырисовывается гораздо отчетливей. Так, например, обстоит дело с правом сыновей на выдел.

Право на выдел, как и право наследования, есть способ перехода собственности от старшего поколения к младшему. Но исторически право на выдел должно быть противопоставлено праву наследования. Эти два института отражают различные этапы в развитии семейной собственности. Право наследования в эксплуататорских обществах специфично для индивидуальной частнособственнической семьи. Оно предполагает отсутствие у членов семьи при жизни главы семьи каких-либо прав на имущество. Имущество семьи есть собственность главы семьи. Преемство в порядке наследования возникает именно потому, что при жизни наследодателя члены семьи никаких прав на семейное имущество не имеют. Отсюда большая или меньшая свобода завещаний и сам институт завещания. В большой семье типа задруги при наличии совместной семейной собственности нет места для наследования и завещания. У казахов со смертью главы семьи, как при смерти домочина в задруге, субъект права собственности не меняется и наследство не открывается. Но здесь при жизни главы семьи члены семьи, участники совместной собственности, имеют право на выдел, который в эпоху разложения большой семьи становится правовой формой ее дробления и распада.

Таким образом, в праве выдела и праве наследования существуют два различных, исторически друг за другом следующих порядка перехода собственности от одного поколения к другому. Разумеется, история дает нам гораздо больше примеров совместного существования этих порядков, нежели господства одного из них в чистом виде. Право выдела сохранялось в крестьянских семьях еще в эпоху капитализма. Ф. Энгельс считал возможным говорить о наследовании «согласно мате-

ринскому праву» [52]. Но принципиальное историческое различие этих двух порядков не следует упускать из виду при исследовании характера семейной собственности.

В казахской семье XVIII—XIX вв. права на выдел и наследование конкурируют между собой как старое и новое начало. Если и в XIX в. выдел совершеннолетних сыновей остается одним из основных способов перехода собственности к младшему поколению, то это означает лишь то, что казахская семья еще не откристаллизовалась как индивидуальная семья, что индивидуальная форма частной собственности окончательно не вытеснила еще форму совместной семейной собственности.

В основе выдела лежит объективная экономическая необходимость привести чрезмерно разросшееся хозяйство большой семьи к тем оптимальным размерам, которые диктуются условиями хозяйствования. Конкретная почва для того, чтобы выделы участились, в Казахстане создается, вероятно, на почве перехода в XVIII в. от общинного кочевания к кочеванию отдельными аулами. Гавердовский прямо указывает, что «женатые сыновья отделяются от отца, будучи часто к тому вынуждены при наличии больших табунов необходимостью кочевать отдельно» [53]. Понятно, что в семье богатого скотовода выделение сыновей делается необходимым в первую очередь. Богачи вынуждены бывают по условиям кочевого скотоводства делить свой скот на части и кочевать отдельными аулами. Ведущая роль в развитии института выдела сыновей сохраняется за семьями богачей еще во второй половине XIX в. По Изразцову, только богатые выделяют после женитьбы сыновей [54]. Но, конечно, ни в XIX, ни в XVIII в. применение выделов не ограничивалось только богатыми семьями. Китайский источник 1773 г. сообщает о выделе сыновей у казахов как об общем правиле: «Сыновей на 16-м году возраста отделяют и снабжают частью скота, чтобы могли жить сами по себе» [55]. Интересно, что уже Я. Гавердовский связывает выдел сыновей с распадом кровных связей, с упадком патриархальных отношений, с господством индивидуальных интересов и стремлением к личному обогащению, т. е. с развитием индивидуальной частной собственности. Он говорит здесь о том, что «детское почтение к старцам теряло

всю силу», что «расстроилась доверенность к управляющим коленами», что кровные связи ослабли в такой степени, что «даже дети, увидев на противной стороне личные свои выгоды, не дорожат родительским благосостоянием» [56].

Для освещения развития семейной собственности у казахов важно решить, какие взаимоотношения сыновей с отцом по поводу выдела нужно считать первоначальными. Пользовались ли сыновья в семье-общине *правом* на выдел, которое они стали терять по мере возникновения семьи с деспотической властью отца, либо, как утверждал М. Ковалевский, *праву* сына на выдел из семьи предшествовала деспотическая власть отца — собственника всего имущества семейной общины, — власть, исключавшая какие-либо правопритязания сыновей на раздел и поколебленная только развитием принципа индивидуализма [57]. Данная концепция М. Ковалевского связана с общей его буржуазно-апологетической концепцией «демократизации внутрисемейных отношений в связи с развитием частной собственности». Отвергая эту концепцию в целом, коснемся все же документации, приводимой М. Ковалевским в обоснование своего взгляда на историю выдела. Наименее удачной нужно считать его ссылку на городские статуты. Поскольку речь идет о семье в средневековом *городе*, то это уже, конечно, индивидуальная семья, и отсутствие здесь у детей права на выдел не может ни в коем случае служить доказательством, что такие правоотношения типичны для ранних стадий развития семьи. Нельзя признать решающее значение и за приводимой М. Ковалевским вестготской формулой, гласящей: «Старый обычай и предписания законов установили, что отцы, желая освободить своих взрослых сыновей из-под своей власти, уступают им часть общего семейного имущества в том случае, если захотят этого». Ссылка на «предписания законов», закрепляющих дискреционную власть отца, свидетельствует, скорее, о борьбе этих законов с еще более древним обычаем, когда сыновья имели право требовать у отца выдела. Нужно вообще полагать, что констатация того или иного порядка выдела или даже смены этих порядков в отрыве от анализа форм семьи не может разъяснить эволюции права выдела.

Итак, к тому времени, к которому относятся более подробные данные по вопросу о выделе, т. е. ко второй половине XIX в., сыновья уже не имели права на выдел. Но многое из того, что мы знаем о выделе в это время, убедительно говорит в пользу предположения, что на предшествующем этапе требование выдела было защищаемым правопритязанием сыновей.

Как в материалах Л. Баллюзека, так и в сообщении Н. Гродекова мы находим утверждения, что размер надела и самый надел зависят исключительно от произвола отца [58], однако описанный здесь порядок выдела, ряд деталей, его сопровождающих, нельзя рассматривать иначе, как пережиток наличных в прошлом определенных и защищенных обычным правом притязаний на выдел у сына как у совместного с отцом собственника семейного имущества. При выделе, по Н. Гродекову, отец делит все имущество на калымы, для дочерей, на столько равных частей, сколько у него сыновей, имеющих право выделиться (т. е. всех, кроме младшего), и еще откладывает две части на пропитание себе и жене, либо, по другому варианту, только одну часть на погребение. В этом порядке раздела имущества семьи на примерно равные для сыновей, дочерей и родителей части нужно видеть пережиток равенства. Особенно характерна в этом отношении часть на погребение, которую мы в качестве пережитка имущественного равенства членов семьи встречаем у многих народов. Так, у германцев выделяется доля умершего главы семьи, если после его смерти семья распадается. Часть эта состоит из оружия, платьев, инструментов, продовольствия, коней, быков, охотничьих птиц и собак; ее погребают или сжигают вместе с умершим. Это доля покойного в имуществе семьи, которая «выдается» ему для существования в загробном мире, куда он, так сказать, «выделяется» как равноправный член семьи, остающейся в мире живых. Равные доли у отца и сыновей при разделе семейного имущества отмечаются в так называемой «инокоштине», или «инокосной» семье, сербов и хорватов, которая является первым этапом разложения задруги и по своим семейно-имущественным отношениям напоминает казахскую семью. В. Богишин, описавший инокосную семью, отмечает, что в ней сыновья «могут требовать раздела имущества даже при жизни отца», и

как особенно характерную черту подчеркивает, что «при разделе отец получает только часть, равную с частью каждого из его сыновей» [59].

Из материалов Н. Гродекова далее выясняется, что приведенное выше утверждение Баллюзека и самого Гродекова о праве отца произвольно определить размер выделяемого сыну имущества справедливо, очевидно, только для второй половины XIX в., в то время как в прошлом обычное право знало другой порядок. Бий Торгай сообщает, что максимум «инчи» (надела) зависит от отца, минимум же «определяется старцами, имеющими нравственный авторитет, но не судебную власть» [60]. Отсюда следует, во-первых, что минимум надела не зависит от произвола отца, а определяется независимо от его воли. Чтобы решить вопрос о том, кто же определяет этот минимум, нужно обратить внимание на противопоставление Торгаем «старцев, имеющих нравственный авторитет», т. е. аксакалов, судьям-биям. Суд аксакалов как суд чисто народный, действующий по древней традиции, по С. Сабатаеву [61], казахи противопоставляли официальному суду биев. К суду аксакалов прибегали, желая уклониться от тех новшеств, которые под влиянием изменений в экономике и под давлением царской администрации совершенно исказили облик древнего правосудия. Следовательно, привлечение аксакалов к определению обязательного минимума инчи свидетельствует о том, что обязательность выдела и определенность размера выдела есть традиция прошлого, уже не пользующаяся теперь, в конце XIX в., защитой официальных бийских судов. О защищенности в прошлом права сыновей на инчи говорит еще и то, что в разрешении споров, связанных с выделом, принимают участие община, родственники. О таком участии не могло быть и речи, если бы обычное право признавало неограниченную власть отца распоряжаться имуществом семьи, если бы правопритязания сына не были основаны на обычном праве. «Народ мирит» спорящих по поводу выдела отца и сына. Выделяемый не соглашается на то, чтобы отец сам вычислил размер надела, и требует для этого участия родни. Даже по обычаям, действующим в конце XIX в., отец не может просто отказать сыну в наделе, выгнать его без надела. Изгоняя сына за дурное поведение без инчи, отец все же

должен дать ему хорошую лошадь или хорошего верблюда, которые, по словам Н. Гродекова, «заменяют инчи». Он обязан также и в этом случае уплатить за сына калым, «ибо ни один отец не может обойтись без уплаты калыма за сына» под угрозой, что сын получит право отогнать безнаказанно требуемое в калым количество скота из стада отца [62]. В этом случае мы вновь имеем полную аналогию с отношениями в упомянутой выше инокосной семье. Хотя постановления ст. 47 закона Даниила 1855 г. запрещали сыновьям требовать выдела при жизни отца, обычное право допускало такое требование, и это право сыновей считалось настолько незыблемым, «сила обычая» вкоренилась в нравы настолько прочно, что эта статья вовсе не применялась на практике. «Случается часто,— писал В. Богишич,— что отец, находя раздел несвоевременным, грозил сыну, требующему своей доли, выгнать его, ничего не дав ему. Однако в случае настояний сына раздел совершается и суды даже принуждают отца к уступке, хотя бы он и ссылался на постановление указанной статьи» [63].

Независимость права сына на выдел от произвола отца по казахскому обычному праву видна также из наличия обычно-правового срока для такого выдела. Предпосылками выдела были достижение 15-летнего возраста и женитьба. Отец, отказавший сыну в инчи, по Гродекову, обычно мотивирует свой отказ требованием, чтобы сын сперва женился, и «народ» поддерживает такое требование.

Описанные черты института выдела, сохранившиеся до конца XIX в., позволяют думать, что раньше, чем отец стал собственником всего семейного имущества, раньше, чем в семье победили начала индивидуальной части собственности и она сосредоточилась в руках отца, сыновья имели право на семейное имущество как на совместную с отцом семейную собственность и вытекающее отсюда право на выдел. Отсутствие каких-либо данных о выделе в известных нам памятниках казахского права более раннего периода лишает нас возможности документально подтвердить изложенный взгляд. Исходя, однако, из некоторой общности истории правового развития кочевников Азии, полезно обратить внимание на нормы интересующего нас института в древнейшем монголо-ойратском сборнике законов — в Цаад-

жин-Бичике в XV—XVI вв. Ст. 5 его гласит: «Если юноша подрос и стал самостоятельным, то он не находится уже под властью отца и может, если пожелает, потребовав долю в стаде, вовсе отделиться от отца...». Об обязанности отца при жизни выделить сыновей говорит и монголо-ойратский устав 1640 г. [64]. Если бы схема М. Ковалевского, предполагающая развитие семьи от деспотической власти отца к защищенному праву сына на выдел, была правильной, то оставалось бы предположить, что казахская семья XIX в. находилась на более низкой стадии развития, нежели семья у монголо-ойратов в XV—XVI вв., а это неверно.

Таким образом, развитие института выдела сыновей в казахском праве XVIII—XIX вв. подтверждает, во-первых, что до второй половины XIX в. сыновья рассматривались как владельцы совместной семейной собственности и, во-вторых, что в конце XIX в. семейная собственность все более приближается к индивидуальной собственности главы семьи, в связи с чем право сыновей на выдел превращается в право отца их выделить.

Характеризуя имущественные права супругов, нужно сказать, что в основном они определяются в XVIII и XIX вв. патриархальной властью мужа, подчиненным положением жены. Поэтому имущественные права жены настолько ограничены, что во многих случаях сводятся к нулю. Это тот строй внутрисемейных имущественных отношений, который типичен и для патриархальной, и для буржуазной семьи, который преобладает вообще в семье эксплуататорского общества. Но наряду с этим основным содержанием имущественных отношений супругов обычное право казахов знает и обособление имущественных прав жены, на котором следует остановиться, в частности, для того, чтобы показать, что жены имеют самостоятельные права на имущество только в богатых семьях и что имущественная самостоятельность жен, будучи пережитком отдаленного прошлого, устраняется по мере укрепления индивидуальной частной собственности. Обособленность имущества жен в казахском праве нельзя смешивать с внешне ей подобным институтом в буржуазном праве. Допускаемая в развитом буржуазном праве раздельность имущества супругов (которая фактически существует и имеет вообще какой-либо смысл только для класса капиталистов) служит

целям самостоятельного участия мужа и жены в гражданском, коммерческом обороте и часто является средством темных коммерческих махинаций. Допущение раздельности имущества супругов является здесь уже результатом отрицания ранее утвердившегося и вполне буржуазного взгляда на мужа как на собственника всего семейного имущества. Ст. 1421 кодекса Наполеона при отсутствии специального соглашения о раздельности имущества супругов предполагает ту «общность», в силу которой «муж один управляет имуществом, входящим в общность. Он может его продать, отчудить и установить на него ипотеку без участия жены».

В обычном праве казахов XVIII и XIX вв. существование богатых жен-собственниц, имеющих самостоятельное хозяйство, не является, как в буржуазном праве, результатом ограничения имущественных прав ранее всевластного мужа. Это очень отдаленный, правда, от своего источника, но все же пережиток имущественных отношений эпохи экзогамного брака. Он изживается, идет к упадку, ему на смену приходит неограниченная власть мужа на имущество жены. Подобный пережиток сохранился в частно-собственническом обществе, в семье, где уже прочно господствовала патриархальная власть мужа, лишь потому, что пережиток этот оказался весьма удобным способом организации хозяйства крупных скотоводов. Потребность разбить чрезмерно большое стадо, уже затрудняющее кочевание и обслуживание его, на несколько меньших, на которую Я. Гавердовский указывал как на причину выдела сыновей, диктовала и целесообразность обособления хозяйств нескольких жен богатого скотовода.

Чтобы исключить всякое предположение о том, что обособленность имущества жен является продуктом разложения в XVIII и XIX вв. патриархальной семьи, семейной собственности и укрепления индивидуальной собственности, достаточно вспомнить совершенно аналогичные формы семейно-имущественных отношений у монголов: «Если татарин имеет много жен,— сообщает Плано Карпини,— то каждая из них сама по себе имеет свою ставку и свое семейство». А. Бернштам указывал на «расселение жен» по отдельным кибиткам в обществе орхонских тюрок в VI—VIII вв., называя связанную с та-

ким расселением форму брака «полигамно-локальной» [65].

К концу XIX в. обособленность имущества жен, очевидно, исчезает. По крайней мере, исследователи этого периода категорически отрицают возможность наличия у жены самостоятельных имущественных прав. По Н. Гродекову, «жена и невыделенные дети не имеют никакого имущества. Уходя от мужа, жена не берет с собой ничего». Если же она, уходя, что-либо возьмет с собой, то это рассматривается как кража. Обычай возвращать отцу умершей жены ее платья, шубы и прочие предметы одежды и личного обихода Н. Гродеков, со слов биев, характеризовал как существовавший только в «древности» [66]. Изразцов столь же категорически утверждает, что жена не имеет имущественных прав. Он приводит обычно-правовой афоризм: «Женщина владеет только собой и за себя одну отвечает» [67].

На основе этих сообщений можно согласиться с тем, что к концу XIX в. муж, глава семьи, узурпировал все имущественные права остальных ее членов. Его индивидуальное право собственности вытеснило как права сыновей, так и права жен. Но не так дело обстояло в первой половине XIX в.

Источники этого времени совершенно определенно указывают на обособленность имущества жен. Жена была, во-первых, собственницей своего приданого, во-вторых, она могла получать от мужа в дополнение к своему приданому еще и известное количество скота и имела свое хозяйство.

Гавердовский дважды подчеркивает, что все приданое составляет отдельное хозяйство и обособленную собственность жены. «Приданое составляет неотъемлемую собственность тех жен, за которыми оно было получено. Жены заботятся об умножении его, т. е. главным образом скота, и живут на доходы от своего хозяйства». Отсюда и намеченная Я. Гавердовским резкая разница в имущественном положении отдельных жен в тех богатых семействах, которые он имел возможность близко наблюдать. «В то время, как одни из них ходят в шелках, шитых золотом, другие бродят в рубище и выпрашивают хлеб» [68]. Обособленность имущества жен отмечал также и А. Левшин [69]. Право собственности жены на приданое ясно сформулировал д'Андре, хотя

он ошибочно называет приданое «калымом», исходя из того, что невеста в качестве приданого получает часть скота, уплаченного за нее в калым. Поэтому он пишет: «Муж над калымом, полученным женой, не имеет никакого права — жена распоряжается им по собственному произволу» [70].

Наличие у жен обособленного имущества в виде приданого констатирует и М. Красовский. Приданое жены неприкосновенно, муж не может посягать на него и при разводе; на приданое не имеют никаких прав и родители жены. Приданое идет только детям от данной жены, они наследуют его после смерти. Из приданого же получают часть надела ее выделяемые сыновья [71]. С сохранением обособленности имущества жен связываются, следовательно, также и такие черты архаического порядка наследования, как наследование детей в имуществе своей матери, но не отца.

Судя по данным д'Андре и др., обособленное имущество жены не ограничивается ее приданым. За исключением «старшей жены» — байбиче, богатый скотовод выделяет каждой жене часть своего скота, что вместе с приданым жены образует ее самостоятельное хозяйство. Д'Андре описал порядок выделения имущества жены: «При взятии же к себе ордынцем второй жены, то, по усмотрению его, часть скота отходит в пользу той жены, остальное остается в владении байбиче», старшей или первой жены, совокупно с мужем. Таковой распорядок раздела производится при взятии третьей и четвертой жен. Размер выдела младшим женам зависит от байбиче: «От нее отчасти зависит, что именно уделить от имения второй и третьей жене». Следовательно, говорит д'Андре, она всегда богаче других жен [72]. Выдел имущества для хозяйства жен производится исключительно скотом, и д'Андре называет этот надел жены «инчи», т. е. так же, как и надел выделяемому сыну. «Каждая жена живет в своей кибитке и со своими детьми», т. е. образует особое хозяйство [73]. Только старшая жена — байбиче — не имеет обособленного хозяйства, остается в основном хозяйстве мужа. Она, по словам Гавердовского, совместно с мужем владеет и распоряжается имуществом мужа: «В ее распоряжении находится мужнее имение, скот и соблюдение порядка в семье»; «будучи совершенной госпожею», она «у богатых людей

никогда излишними трудами не обременяется». Она разделяет в богатой семье положение мужа как главы семьи и становится во главе семьи после смерти мужа. «Байбича... до бракосочетания всех малолетних после покойного начальника семьи управляет всем имением точно так, как и при жизни хозяина...» [74]. То же подтверждает и д'Андре: «Байбича, или первая жена, полная хозяйка всего имущества наравне с мужем...» [75].

В источниках можно найти некоторые конкретные примеры осуществления «старшей женой» в семьях знати функций госпожи дома, главы всего хозяйства мужа. По показаниям Уракова и Гуляева от 10 апреля 1760 г., хан Абулмамбет, находясь всю зиму в Туркестане, приезжает в летние времена к находящейся в Алтай-Аргинскому роду большой жене своей и бывает по нескольку времени, пока в Туркестан отъезжает» [76]. Ясно, что в то время как Абулмамбет сидит ханом в Туркестане, его «большая жена» ведет его скотоводческое хозяйство в степи, в Среднем жузе. Жены знати не только распоряжались хозяйством, но и замещали мужей как владельцев. Посланный с письмом в улусы Аблая в 1766 г. Казаккул Казанбаев сообщил по возвращении, что «дома Аблая не застал, и во отбытие его владеет жена его», которой он вручил письмо через писаря, не удостоившись аудиенции, так как его, Казаккула, «до ее не допустили» [77]. О вдове Абулхаира Бопай-ханше Гуляев писал 14 января 1750 г., что сын ее хан Нуралы «и все братья матерь свою почитают и весьма слушают, а особливо-де хан без совета матери и Эрали салтана ни на какое дело не вступается» [78]. Еще раньше, в октябре 1748 г., Гуляев сообщал, что Нуралы обратился к своим братьям, предлагая «во всем почитать и слушать родительницу нашу; и что-де у нас имения и скота есть, того-де без воли ее своим называть не надобно и во всяком управлении спрашивать ее и с ней советоваться» [79]. И действительно, Бопай-ханша, несмотря на избрание ханом ее сына Нуралы, фактически руководила не только «именнем» семьи, но и политической деятельностью своих сыновей — хана и султанов.

Само собой разумеется, что описанная структура имущественных отношений между мужем и женой существовала, как и полигамия, только в семьях богатых

скотоводов, и притом не для всех жен богатого скотовода, а только для некоторых. В семье такого богача наряду с женами-хозяйками, которые, по Гавердовскому, ходят в шелках, расшитых золотом, имеются и жены-служанки, выпрашивающие, по его словам, как милостыню, хлеб. Наряду с женами, купленными за большой калым, принесшими с собой богатое приданое и получившими от мужа надел скотом, имеются жены, купленные за небольшую цену, как служанки-рабыни, которые взяты для службы в основном хозяйстве домовладыки и которыми, как рабынями же, командует байбиче. Это различие в бытовом и имущественном положении жен не совпадает с юридическим различием жен и наложниц. Чем менее богата семья, чем меньше жен, тем больше шансов у каждой жены оказаться на положении служанки-рабыни. Подчиняясь волчьим законам, создаваемым в господствующей эксплуататорской семье, рядовой скотовод и скотовод-бедняк также начинают видеть в единственной подруге своей жизни прежде всего рабочую силу в хозяйстве. Помимо этого она даст ему дочерей, которых можно продать за калым, сыновей, которые помогут вести хозяйство. Таким образом, и у бедняка вырабатывается уже отмеченный выше взгляд на жену как на собственность, на имущественную ценность. Так как приданое у невесты бедняка большей частью незначительно и состоит из предметов личного пользования жены, то здесь во все времена нет места ни для раздельности имущества супругов, ни, тем более, для обособленного хозяйства жены.

Каково же юридическое положение обособленного хозяйства жены там, где оно существует и включает в свой состав не только приданое, но и надел, данный ей мужем? Возможно, конечно, что Я. Гавердовский и другие авторы, говоря о приданом как неотъемлемой собственности жены, составляющей ее обособленное хозяйство, не заметили, что в составе этого хозяйства имеется не только приданое, но и надел. В таком случае можно было бы считать, что юридическое положение надела жены не отличается от положения приданого, что все сказанное в источниках о приданом относится и к наделу, т. е. что в начале XIX в. надел, как и приданое, был собственностью жены и, так же как и приданое, стал собственностью мужа, когда в конце XIX в. возросшая

власть мужа лишила жену былых прав. Этот заключительный этап во всяком случае засвидетельствован Изразцовым, утверждающим, что в конце XIX в. отделение жен фактически не создает для них имущественной самостоятельности [80]. Но одних предположений, хотя и обоснованных, было бы недостаточно для суждения о юридической природе надела в первой половине XIX в., и вопрос этот оставался бы спорным, если бы не имеющиеся у нас по этому поводу, хотя и отрывочные, записи д'Андре.

Отмечаемые д'Андре права жены на надел ясно говорят о том, что у жены есть права на надел, что выдача жене надела является обязанностью мужа и что, следовательно, в наделе жена имеет не только обособленное владение, но и обособленную собственность. По сообщению д'Андре, жена не только сохраняет права на свой надел в случае смерти мужа, но она имеет право требовать выделения ей надела в том случае, если муж при жизни не успел сделать этого. «В случае, если муж, имея одну или две жены, уплатив калым, взял к себе третью жену, но уделить часть имущества не успел и помер... та часть уделяется бием или лицом, общеуважаемым в ауле, и на том же основании, как и при жизни будто бы мужа». По смерти мужа, если у него было несколько жен, они «остаются полными владелицами каждая своей части имущества». Имущество мужа, находившееся в хозяйстве, в кибитке каждой жены презюмируется собственно ей принадлежащим. «Буде умирающий не успел произнести в своем завещании и умер, в таком случае вещи, оставшиеся по кибиткам каждой жены, остаются в принадлежности каждой» [81]. Здесь достаточно ясно говорится о том, что хозяйство, имущество жены состоит не только из приданого, но и обязательного надела. Это хозяйство не переходит в порядке наследования, а остается у жены как у собственницы его. Предоставление же надела, очевидно, не зависит от произвола мужа, поскольку надел выделяется и после его смерти в обязательном порядке, «на том же основании, как и при жизни будто бы мужа».

Можно, таким образом, считать установленным, что семейная собственность у казахов, поскольку богатые семьи были семьями полигамными, вплоть до конца XIX в. характеризовалась обособленностью имущества

жен, которое состояло из приданого жены и получаемого ею от мужа надела. Установление индивидуальной собственности мужа на имущество жены, как и всех членов семьи, относится только к концу XIX в. Констатируя эту особенность, не следует, конечно, предполагать, что собственность жен была вовсе независима от мужа. Такая независимость, несомненно, имела место в условиях приниженного положения женщины. Нужно, однако, помнить, что при патриархально-феодальных отношениях не может быть места для «свободной», частной собственности, развивающейся только в буржуазном обществе. Отношения феодальной связанности и иерархия, проникающие в семью, ставили хозяйство жен в положение, близкое к положению клиента, и создавали соответствующую зависимость.

Несмотря на разнообразие выявленных таким образом имущественных отношений супругов, различие их в богатых и бедных семьях и для разных жен в одной и той же богатой семье, общая тенденция развития этих отношений в XVIII и XIX вв. достаточно ясна. Она характеризуется постепенным поглощением имущественных прав жены там, где они еще сохранились, правами мужа как единственного индивидуального собственника всего семейного имущества. Таковы результаты развития чистой частной собственности для имущественных прав женщины, решительно опровергающие взгляд буржуазных социологов, и в частности М. Ковалевского, на сущность и эволюцию семейно-имущественных отношений классового общества. М. Ковалевский оспаривает то, что «в патриархальную эпоху муж был неограниченным властелином над личностью и имуществом жены». Он говорит о разделении имущества супругов по древнему германскому и славянскому праву, считая это типичным для древнего права вообще. Идеализируя строй имущественных отношений как патриархальной, так и буржуазной семьи, М. Ковалевский видит в фактическом распоряжении мужа имуществом жены только средство «для сохранения в целости и неприкосновенности семейного достояния» [82]. Здесь не место для исследования семейно-имущественных отношений в древнем славянском и германском праве, которое показало бы, что и там деспотическое господство мужа было одним общим правилом, а раздельность имущества су-

пругов — привилегией знати. Рассмотренные же нами материалы казахского права не оставляют сомнения в том, что в патриархальной казахской семье жена, будучи вообще бесправной, не пользовалась при жизни мужа никакими имущественными правами, что такие права принадлежали лишь отдельным женам богачей и что дальнейшее развитие частнособственнических начал не ослабляло, а еще более усиливало бесправие жен и деспотизм мужей.

Право наследования

Строй внутрисемейных имущественных отношений и эволюция семейной собственности в Казахстане хорошо отражены также в нормах наследственного права, в уровне его развития. Выше мы видели, что переход собственности к младшему поколению осуществлялся у казахов путем выдела сыновей при жизни главы семьи. Такой порядок сохранился до конца XIX в., свидетельствуя о том, что семейная собственность не была вытеснена индивидуальной собственностью главы семьи. Выдел в то же время говорит о разложении большой патриархальной семьи на малые семьи, о постепенном возникновении индивидуальной семьи, все имущество которой является собственностью главы семьи. Только в такой индивидуальной семье наследственное право становится основной формой перехода собственности из поколения в поколение. Пока этого не случилось, пока на развалинах патриархальной семьи окончательно не утвердилась семья индивидуальная, с наследственным правом как способом перехода собственности конкурирует выдел. В качестве наследника притом выступает преимущественно только один младший сын, которого, как правило, не выделяют. Следовательно, сфера наследственного права сильно сужена применением выдела.

Чтобы оценить значение этого обстоятельства для развития частной собственности и гражданского оборота, нужно иметь в виду, что наследование отличается от выдела не столько тем, что при выделе имущество переходит к сыновьям при жизни главы семьи, а не после его смерти, сколько, главным образом, тем, что

при наследовании создается для сыновей *универсальное преемство*. При наследовании к сыновьям переходят все права и обязанности, связанные с хозяйственной деятельностью отца. Порядок наследования в отличие от порядка выдела предполагает значительное развитие гражданского оборота на базе индивидуальной частной собственности. Институт наследования служит потребностям гражданского оборота. Универсальное преемство при наследовании предполагает сохранение обязательств хозяйства перед кредиторами умершего домохозяина. Выдел же не обеспечивает интересов кредиторов. По Гродекову, «бии отказывают в исках к сыновьям за долги отца, основываясь на «точном адате» [83]. Платить должен только получивший наследство и в пределах наследственной массы. Таким образом, большая часть имущества отца, приходящаяся на долю всех выделенных сыновей, кроме младшего, не отвечает по долгам хозяйства.

Показателем зрелости наследственного права эксплуататорских обществ, показателем соответствия его развитой индивидуальной «чистой» частной собственности является институт завещания. Допущение завещаний, т. е. более или менее полной свободы распоряжения своей собственностью на случай смерти с частичным или полным отстранением законных наследников, есть одно из выражений той неограниченной свободы распоряжения собственностью, которая типична для развитого права индивидуальной частной собственности. Маркс не только указал, что в Риме свобода завещания является результатом частной собственности, но охарактеризовал право наследования по завещанию «произвольным и суеверным преувеличением даже самого принципа частной собственности». Маркс противопоставлял наследование по завещанию наследованию без завещания [84]. В таком противопоставлении хорошо подчеркивается, что институт завещания отражает индивидуальную частную собственность, освобожденную от семейной связанности.

Поскольку мы имели уже достаточно доказательств того, что господствующей формой собственности в Казахстане в XVIII и XIX вв. была семейная, а не индивидуальная частная собственность, странно видеть институт завещания в древнейшем из доступных нам источ-

ников — законах Тауке. «Духовные завещания делаются при родственниках и муллах», — гласят законы Тауке в записи А. Левшина. (В изложении Гавердовского и Шукуралиева такого постановления нет). Г. Броневский воспроизводит почти буквально ту же формулировку: «Духовные завещания делаются завещателями при родственниках и муллах». Он добавляет лишь то, что завещания делаются устно, и далее указывает на свободу завещания, что родители вправе при жизни «определить» одному ребенку вдвое больше, чем другому [85]. Возможно, что источником как для Левшина, так и для Броневского был § 207 свода Комитета 1824 г. [86]. Итак, по Левшину, Броневскому и по своду Комитета 1824 г., у казахов и в начале XVIII в., и в начале XIX в. существовал институт завещания с той относительной свободой распоряжения семейным имуществом со стороны главы семьи, которая составляет самую сущность данного института.

Обращаясь теперь к концу XIX в., мы находим здесь категорическое отрицание существования этого института, во всяком случае для прошлого. Так, И. Гродеков пишет: «Никаких завещаний, кроме наставлений, не признается. Отец не может завещать одному сыну столько-то, а другому — столько-то. Все наследство достается невыделенным... Если бы отец хотел лишить невыделенного сына наследства, то потребовал бы его через бия, который и присудил его непременно» [87]. Столь же определенно высказывается и П. Маковецкий: «Завещания стали появляться у киргизов весьма недавно, но они не пользуются популярностью, а бии не придают им никакого значения» [88]. Итак, в конце XIX в. завещания только стали появляться и еще не пользовались признанием. Противоречивость этих сведений бросается в глаза. Разумеется, нельзя предполагать, что право завещания существовало до начала XIX в. и исчезло в середине XIX в., чтобы вновь возродиться в конце XIX в.

Какова же действительная история этого института в казахском праве?

Некоторую помощь в решении этого вопроса могут оказать нам записи д'Андре (1846 г.). Он, правда, говорит о завещании почти в тех же выражениях, что и Левшин или Броневский. Но одновременно сообщает неко-

торые детали, проливающие свет на содержание завещания. «При совершении завещания, — сообщает д'Андре,— никаких особых правил не соблюдается. Умирающий киргизец, если он в памяти, завещание свое делает словесно при тех лицах, кои находятся в то время в кибитке, и его слова свято исполняются. Если в продолжении жизни своей обещал кому-либо что словесно оставить после смерти, имеет равную силу предсмертного завещания» [89]. Но что же является предметом завещания? Судя по записям д'Андре, не *семейная собственность*, а предметы личного пользования домовладыки. Так, здесь содержится уже упомянутое постановление, что при отсутствии завещания вещи, оставленные в кибитках каждой жены, остаются в принадлежности этих жен. И по формулировке, и по обстоятельствам дела («оставил *каким-либо случаем* некоторые вещи из своего имущества») ясно, что это, действительно, вещи личного пользования, оставленные в кибитке той жены, с которой покойный сожительствовал. Только судьба этих вещей и должна определяться завещанием, а при отсутствии такового,—«если ордынец умрет, *не произнеся* завещания», — фактическим местонахождением имущества в момент смерти [90].

Такое истолкование записей д'Андре представляется вполне убедительным, во-первых, потому, что, говоря подробно о распоряжении личным имуществом, записи эти ничего не говорят о возможности распоряжения семейным имуществом, в частности основным богатством семьи — скотом. Во-вторых, мы имеем и в других источниках указания на то, что оружие и платье покойного, т. е. предметы личного потребления, не включаются в наследственную массу в отличие от прочего семейного имущества. Их переход всегда подчинен особым правилам. По Красовскому и Гродекову, выделенные старшие сыновья, не имеющие права наследования в семейном имуществе, делят между собой, однако, оружие и платье отца [91]. Далее, возникновение права наследования и завещательного распоряжения первоначально лишь в отношении имущества личного пользования следует считать обычным путем возникновения этих институтов. У индейцев Южной Америки при существовании большой семьи дом, инвентарь, обстановка не были предметом наследования, они принадлежали боль-

шой семье, и смерть домовладыки ничего не меняла в положении этого имущества. Но если после смерти мужчины оставались оружие, снасти, одежда, украшения, то они распределялись между его сыновьями и старшими братьями [92]. Здесь институт наследования, как и сама частная собственность, еще только зарождался. Но отмечаемое здесь различие личного и семейного имущества характерно для дальнейшего пути развития наследственного права. В законах XII таблиц Древнего Рима формула свободы завещательного распоряжения хозяйственной базой семьи пришла позже, в связи с широким развитием индивидуальной частной собственности и гражданского оборота, в связи с поглощением семейной собственности собственностью отца [93]. При очевидном господстве в Казахстане формы семейной, связанной собственности мы вправе рассматривать записи д'Андре, относящиеся к завещанию, как подтверждение свободы завещательного распоряжения в отношении только имущества личного пользования.

Отметим также, что изложенный взгляд на содержание записей д'Андре, и только такой взгляд, удовлетворительно разрешает констатированное выше противоречие по вопросу о завещании между источниками XVIII и начала XIX в., с одной стороны, и конца XIX в. — с другой. Противоречие это только кажущееся, поскольку источники начала XIX в. говорят о возможности завещательного распоряжения *предметами личного пользования* главы семьи, а источники конца XIX в. отрицают возможность завещательного произвола в отношении *хозяйства, имущества семьи.* Завещательные распоряжения по поводу предметов, не относящихся к средствам производства, к хозяйственной базе семьи, безусловно, в конце XIX в. допускались. Вот пример, взятый из бийского решения 1876 г. Некто Бекджан «назначил» жене на случай своей смерти кибитку с домашними вещами: 2 одеяла, 2 подушки, тюфяк, рукомойник, таз, самовар и чайник. О скоте в этом завещании не упоминается. Скот распределяется в порядке наследования по закону. Даже в конце XIX в. завещание не играло еще никакой роли в отношении наследования основного хозяйства после смерти его главы [94].

Позволительно даже сомневаться в том, что приводимое Левшиным постановление законов Тауке о заве-

щании есть действительно запись обычного права. Ссылка на участие мулл разоблачает чисто шариатское происхождение этой нормы. Кстати, таких норм в своде Тауке довольно много.

В сущности, завещание, будучи у казахов способом распоряжения лишь второстепенными объектами собственности, весьма близко к институту предсмертного дарения. У ирокезов если мужчина хотел что-либо оставить в наследство своим сыновьям, то он должен был публично подарить им это перед своей смертью. От этого архаического суррогата завещания в доклассовом обществе не слишком сильно отличаются и предсмертные распоряжения казаха в описании д'Андре. Несмотря на принципиальную противоположность общественного строя ирокезов и казахов, в обоих случаях свобода распоряжения на случай смерти распространяется лишь на предметы личного обихода, не затрагивая имущественных интересов семьи или рода.

Что касается круга наследников, то он в казахском обычном праве второй половины XIX в. определен почти так же, как и в законах XII таблиц, где к наследованию призывались в первую очередь sui heredes — подвластные жена и дети, во вторую очередь — ближайшие огнаты (родственники), и прежде всего братья наследователя, а при их отсутствии, в третью очередь — gentiles — сородичи [95].

По данным Л. Ф. Баллюзека, к наследованию у казахов призывались в первую очередь жена и дети, при отсутствии их — братья, далее — двоюродные братья, троюродные братья, наконец, одноотделенцы и однородцы [96]. На такой же порядок наследования указывает и Гродеков [97].

То же можно сказать и о нормах обычного права казахов, сообщенных А. Левшиным и М. Красовским. К тому же пережитки древних порядков наследования здесь даже во второй половине XIX в. чрезвычайно многочисленны. Обращаясь же к отрывочным по этому вопросу источникам XVIII и первой половины XIX в., мы находим здесь в действии порядок наследования, предшествующий укреплению индивидуальной семьи. Из сообщения Левшина об обстоятельствах, сопровождавших «избрание хана Есыма» видно, что царскому правительству было совершенно точно известно, что

«правило наследства в частной жизни казахов» заключается в переходе наследства *не к сыну, а к брату*. Обсуждался лишь вопрос о применимости этого правила к наследованию ханского престола. Сам А. Левшин, говоря о современном ему обычном праве казахов, указывает уже на альтернативное наследование. Он, собственно, даже не решается говорить о наследовании, а указывает, что при смерти главы семьи «в управление домом» вступает старший брат или старший сын [98]. Это следует понимать, очевидно, таким образом, что старый порядок наследования, при котором во главе дома становится, как в большой патриархальной семье, старший член семьи, т. е. обычно брат отца, не сменился еще окончательно новым порядком, присущим индивидуальной семье, в которой всегда наследуют дети. Конкуренция права на наследование брата и сына продолжается и позже. По своду Комитета 1824 г., в качестве ответчиков по долгам отца выступают одновременно неотделенные сын и брат, т. е. оба они предполагаются, в отличие от выделенных сыновей, наследниками [99]. А. Гейнс заметил, что «старший сын (из числа невыделенных. — *С. Ф.*), *а чаще всего старший из братьев покойного* делается главою семейства» [100]. По М. Красовскому, брат покойного уже не делается главою семейства, но у него остается право на попечительство над семьей покойного и право на одну из его жен [101]. Впрочем, Изразцов, писавший после Маковецкого и Гродекова, все еще утверждает, что право наследовать принадлежит либо сыну, либо брату [102]. Должно быть, конкуренция прав брата и сына на наследство не исчезла даже в самом конце XIX в. Тем больше оснований полагать, что братья принадлежали к наследникам первой очереди.

В качестве пережитка древнейшего порядка наследования сохранилось наследование одноаульцами и однородцами. По Броневскому, при отсутствии близких родственников «имение делится волостью в поминки муллам и соседям». По Баллюзеку, в этом случае наследуют одноотделенцы и однородцы. По Гродекову, если нельзя отыскать никаких родственников-мужчин, наследство получают дочери и их мужья. Он же, однако, отмечает, что выморочным наследство не бывает, так как никто не живет без родных и друзей, которые при-

сваивают себе это имущество. Пережитком права наследования всех родичей является следующий обычай. Если в кибитке-семье не осталось никого в живых, кроме несовершеннолетнего наследника, то он переходит со всем своим имуществом к ближайшему родственнику. Тогда к последнему являются другие родственники и берут из сиротского имущества, что им нужно, говоря при этом: «Когда ты ешь, разве я не могу есть?» [103].

Право сыновей на выдел, обособленная во многих случаях собственность жен, отсутствие свободы завещательных распоряжений, требование совместного распоряжения семейным имуществом — все это характеризует связанность семейной собственности, отсутствие у главы семьи полноты компетенции собственника в отношении всего имущества семьи. Это не просто пережитки совместной собственности большой патриархальной семьи. Описанная нами структура семейной собственности свидетельствует о том, что индивидуальная семья и сосредоточение права собственности в руках главы семьи, т. е. полное господство индивидуальной частной собственности, еще не вполне вызрели в Казахстане к концу XIX в. Уже только в качестве пережитка былой общности имущества в масштабе большой патриархальной семьи сохраняются в конце XIX в. такие институты, как институт дозволенной кражи между родственниками. «Чем теснее круг родства, — пишет Гродеков, — тем бесконтрольнее члены его пользуются имуществом друг у друга». Воровство среди родственников именуется только «тайным отнятием». Отец и дед у сына и внука могут похищать сколько угодно раз и сколько угодно имущества, даже все. Сын у деда и отца — только три раза, в четвертый раз он карается штрафом. «Тайное отнятие» может иметь место безнаказанно между родственниками до третьего колена. Племянник может красть у дяди до трех раз безнаказанно, но в четвертый раз он «лишается прав племянника» [104].

Пережитки родовой собственности

Нет необходимости останавливаться подробно на описании пережитков родовой собственности в казахском праве. Они в большом количестве сохранялись еще в XIX в., своеобразие их бросалось в глаза всем наблюдателям казахского быта. Рассмотрим такие пережитки с точки зрения значения их для характеристики частной собственности.

Одни из них, создавая очень характерные бытовые отношения, не имеют серьезного значения для положения частной собственности. Сюда относятся, например, обязанность разделить с сородичами военную добычу. В записках доктора Саввы-большого, например, сообщается, что при разделе награбленной добычи казахи сперва добросовестно делят ее между участниками набега: «Так все было разделено, что ничего в целости не оставалось», были разорваны на мелкие части сукна, меха и кожи, разбирались астролябии, циркули, карманные часы, ломались пополам ложки» [105]. Потом всякий, вернувшись домой, «должен еще разделить добычу с родными и приятелями своими, после чего ему остается за все труды и за все буйство самое ничтожное возмездие» [106]. Сюда же относится обычай, требующий, чтобы возвращающийся с военной добычей уделял лошадь, овцу или какую-нибудь вещь всякому встречному, который его об этом попросит. При разделе военной добычи старики получают свою долю в первую очередь [107]. На охоте старик получает первую добычу, если охотник не успел еще приторочить ее к седлу [108]. В обычаях, относящихся к охоте, наиболее ярким пережитком коллективной собственности является обычай, разрешающий присваивать себе добычу из чужого капкана. «Взять капкан значит учинить кражу; взятие лисы (из чужого капкана. — *С. Ф.*) не есть кража. Даже на суде, когда присуждают к отдаче капкана, нельзя требовать вместе с ним и выдачи лисицы». Вообще, всякий, вовсе даже незнакомый, присутствующий при поимке охотником первый лисицы, имеет право потребовать ее у охотника, который при отказе даже платит штраф [109]. В материалах Баллюзека устанавливается как общее «правило приличия» на охоте «всегда уступать добычу

тому, кто случится на месте в момент ее приобретения»; правило это объясняется тем, что у казахов охота, «служа лишь забавой, не составляет правильного народного промысла» [110]. В действительности, конечно, перед нами типичный пережиток родового строя, когда охота была важнейшим источником существования. Об этом отчасти свидетельствует сообщаемый Баллюзеком следующий обычай: в случае присутствия при поимке добычи многих лиц в первую очередь (в обход старшинства по возрасту и общественному положению) отдавать добычу девице. Такой обычай имеет корни скорее в отдаленнейших пережитках матриархата, нежели в рыцарском отношении к женщине.

Однородны с упомянутыми обычаями, относящимися к военной охоте и добыче, обычаи требовать «базарлык» с возвращающегося с базара, «сатал» с бия, успешно окончившего дело, «байгазы» с купившего обнову [111] и вообще обыкновение требовать доли от всякого сородича, получившего какое-либо приращение имущества. Все эти обычаи — пережитки коллективной собственности — имели уже, во всяком случае в XIX в., преимущественное значение «правил приличия», хотя некоторые из них, как мы видели, защищались штрафами, грозящими их нарушителю. К этим обычаям чрезвычайно близок институт «обязательных подарков». Однако относящиеся сюда обычаи решительно выходят за рамки чисто бытового своеобразия и представляют собой очень слабо завуалированный способ ограбления трудящихся знатью. Дореволюционная литература совершенно смазывала этот эксплуататорский, классовый характер института подарков, хотя подробно перечисляла многочисленные случаи, когда обычай требовал их поднесения, как, например, при сватовстве и свадьбе, где жених не может сделать и одного шага без подарков. Гродеков перечисляет свыше 20 обязательных подарков, которые жених должен сделать одним только женщинам во время свадьбы, не считая подарков другим родственникам и подарков до и после свадьбы. В их числе есть и такие, как подарок за «лицезрение невестиной сестры», за право погладить волосы невесте, «за движение одеяла» и даже за то, что «старуха, препятствовавшая соединению, притворяется мертвой» [112]. П. Маковецкий приводит мнение казахов, что свадьба может

состояться скорее без калыма, нежели без подарков. Гродеков сообщает даже соответствующую казахскую пословицу: «Нет в их жизни ни одного торжественного случая, который не сопровождался бы более или менее значительными обязательными подарками» [113]. Свадьба в этом смысле не исключение. Но все это, в конце концов, простая бытовая обрядность. Каждый из таких подарков, по Гродекову, состоит из 20—40 копеек либо заменяется символическим подарком — маленьким кусочком ткани. К характеристике собственнических отношений подобные подарки отношения не имеют. Они не пользуются даже юридической защитой, не препятствуют заключению брака, хотя, по словам Гродекова, женщины, не получившие от жениха подарков, рвут платье на его спутнике.

В литературе упоминается и другая категория подарков. «Существуют, — говорит Маковецкий, — особые, точно определенные юридические отношения, сущность которых сводится к обязанности давать и праву получать подарки». Таков, например, подарок отца жениха невесте при въезде ее в аул мужа. После смерти отца он может быть взыскиваем в судебном порядке, и бии присуждают его из наследства [114]. Таков обязательный подарок отца вышедшей замуж дочери при каждом посещении ею отцовского аула, подарок внуку со стороны дочери и некоторые аналогичные. Здесь перед нами, по существу, завуалированное в пережиточной форме подарка дополнительное приданое дочери.

Очень своеобразной формой юридически защищенной обязанности давать и права получать подарки является так называемое тамырство. В материалах Баллюзека тамырство определяется как дружба двух лиц, основанная на взаимных подарках, преподносимых по очереди, и поддерживаемая исключительно этими подарками без особенных внутренних симпатий друг к другу. Подарок делается по выбору и усмотрению одаряемого. Отсутствие встречного подарка влечет за собой разрыв «дружбы» и судебное взыскание. «Тамыры кончат спором, ровесники кончат враждой», — говорит приводимая Маковецким пословица [115].

Сущность и происхождение тамырства в той меркантильной форме, которая описана у Баллюзека, хорошо выясняется сравнением трех видов тамырства, о кото-

рых сообщает Маковецкий. Это, во-первых, «дос-тамыры», или «друзья до века». Такое тамырство заключается посредством объятия с обнаженной грудью или пожатия друг друга за большой палец. Они обязаны всегда помогать друг другу, могут взять друг у друга все, что пожелают, и никаких расчетов при этом не полагается. Такое тамырство переходит и на потомков. По заявлению Маковецкого, в его время оно встречалось уже чрезвычайно редко.

Можно с уверенностью полагать, что в этом древнейшем и потому во второй половине XIX в. уже очень редко встречающемся виде тамырства перед нами тот же институт побратимства, который монголам был известен под названием «аньда». Аньда были Темучжин и Чжамуха. Становясь на путь побратимства — аньда, они обменивались подарками и клялись друг другу в верности. Закон побратимства состоит, по свидетельству «Сокровенного сказания», в том, что «аньды — названные братья — как одна душа: никогда не оставляя, спасают друг друга в смертельной опасности» [116]. Побратимством связывались обычно лица, принадлежащие к разным, хотя и близким родам [117]. Так искусственно создавались отношения родовой взаимопомощи, аналогичные отношениям кровных сородичей. Взаимные подарки, право брать друг у друга все, что пожелаешь, без всяких расчетов, как у казахских «дос-тамыров», вытекает из искусственно создаваемой путем побратимства родовой общности, родовой коллективности имущества, ибо институт этот возник, очевидно, еще в пору, когда родовая общность имущества не была разложена частной собственностью.

Второй вид тамырства, по сообщению П. Маковецкого, это «сюек-тамыры», или дружба по кости, связывающая сватов. Сюек-тамырство, надо думать, более позднего происхождения и является попыткой использовать древнейший институт тамырства для установления взаимопомощи между свойственниками. Содержание «сюек-тамырства» недостаточно ясно. Можно лишь отметить, что казахи придавали большое значение брачному союзу как способу расширить круг лиц, от которых можно ожидать помощи и поддержки; поэтому, например, они неохотно выдавали замуж двух дочерей за двух двоюродных братьев, заявляя при этом: «Мы луч-

ше заведем связь в двух местах, а не в одном» [118].

Что же касается тамырства, основанного на взаимных подарках, о котором сообщает Л. Баллюзек и которое заканчивается судебным иском, то оно, по П. Маковецкому, именуется «ауз-тамырством», или «словесной дружбой». Совершенно ясно, что это — последняя ступень вырождения побратимства. П. Маковецкий, в общем, правильно объясняет сущность тамырства в целом тем, что «каждый старался создать для себя более прочное положение посредством приобретения возможно большего количества друзей, обязанных защищать тамыра под условием взаимности». Но нужно ясно представить себе эволюцию этого института. Тамырство возникло в эпоху, когда родовая организация была еще достаточно прочной, как способ преодоления узких родовых связей. Вожди (как, например, Чингис и Чжамуха или Чингис и Ван-хан) прибегали к побратимству потому, что испытывали потребность в прочном союзе, выходящем за пределы отдельного рода; их побратимство было способом преодоления замкнутой изолированности родовых союзов. В то же время заключаемый ими межродовой союз они облекли в форму искусственно создаваемой родовой общности, ибо другой формы союза они не знали. Тамырство XIX в. у казахов есть, напротив, результат уже распавшейся родовой коллективности. Отсутствие родовой взаимопомощи здесь пытаются восполнить искусственной связью, закрепляемой обменом подарками. При этом господствующие отношения частной собственности в корне изменили и отношение к подарку. Если раньше подарок был символом коллективной собственности, то теперь тщательно ведомая «подарочная бухгалтерия», «коммерческий расчет» подчеркивают, что в новом качестве тамырство абсолютно никаких элементов коллективной собственности не имеет. Л. Баллюзек сообщает, правда, что для «баланса» не требуется равноценность подарков, а только равное их число. Может быть, в середине XIX в. еще и отдавали эту скромную дань старине, но в конце XIX в., по Гродекову, «бии высчитывают на деньги сумму стоимости всех подарков той или другой стороны и заставляют доплатить разность» [119]. Судебное разбирательство между тамырами считается, впрочем, неблаговидным. Разумеется, это ни в коей мере

не колеблет частнособственнического характера всего института, в качестве пережитка сохранившего лишь древнее название.

Действительный смысл сохранения в казахском праве института обязательного подарка открывается в иных постановлениях обычного права, для которых в дореволюционной литературе вопроса либо вовсе не нашлось места, либо сущность их была в ней смазана. Обратимся к «Описанию киргизских обычаев» д'Андре, в котором есть специальный отдел «О подарках». Здесь мы узнаем, что «каждому лицу, *пользующемуся каким-либо уважением* в орде, можно получать подарки, *хотя то лицо и должностное»*. Другой вариант той же записи усиливает норму и говорит, что такое лицо даже «не может отказываться от принятия подарка» [120]. Далее подчеркивается, что одаривать дарителя такое уважаемое лицо отнюдь не обязано, хотя и может это сделать, основываясь на «почтении и уважении» к тому. Затем следуют постановления: «1. Султан или другое видное лицо, остановившись в ауле и пробыв там некоторое время, хоть час, получает обыкновенно подарок от хозяина... 2. Равным образом, если какое-либо лицо, пользующееся уважением, находясь в чужом ауле, изъявит желание быть (коротко?) знакомым с хозяином, попросит какую-либо вещь или скотину, то, какой бы ни была ценной та вещь, лишь бы принадлежала хозяину, подарок получает» [121]. Наконец устанавливается, что «пользующееся уважением» видное лицо не должно даже утруждать себя просьбой о подарке. «Султан или другое важное лицо если похвалит какую-либо вещь, то хозяин оной должен предложить в подарок...» [122].

Итак, перед нами в форме института обязательного подарка освященное обычаем право султанов и знати вообще бесстыдно грабить зависимых от них людей. В этом подлинная причина и цель сохранения в казахском частнособственническом обществе такого пережитка патриархально-родовых отношений, как обязательный подарок, дающего возможность норму, санкционирующую их грабеж, представить как общую для всех норму правопорядка. В записи д'Андре после приведенных выше норм имеется небольшое примечание: «Вообще не только султаны делают, но и простые, по

преимуществу с богатыми людьми». Д'Андре записал здесь то, что сообщили ему бии. Возможно даже, что формально это соответствовало обычно-правовой норме, вуалировавшей таким путем свою грабительскую суть. Вряд ли, однако, и сам д'Андре думал, что норма эта фактически давала возможность бедноте пользоваться имуществом богачей. Во всей сюда относящейся записи он, как мы видели, подчеркивает, что право на обязательный подарок принадлежит султанам и «уважаемым людям».

Такова же судьба и другого чрезвычайно распространенного обычно-правового института — обязательного гостеприимства («кунакасы»). Связь его с общей родовой собственностью отражена в легенде об Алаше, который перед смертью разделил свое имущество на 4 части и, дав каждому из своих трех сыновей по одной части в «инчи», четвертую передал им в общее достояние с тем, чтобы они при взаимном путешествии по степи не брали друг у друга платы за гостеприимство. При этом Алаша будто бы указал на необходимость подобного института, вытекающую из условий путешествий в степи, когда путник, всегда едущий верхом, не в состоянии вести с собой запас пищи на много дней [123]. Нельзя, разумеется, игнорировать условия кочевой жизни в степи как почву, которая способствовала тому, что данный институт возник и укоренился. Но на вопрос, почему сохранился он при господстве частной собственности, нельзя отвечать ссылкой на общеполезность его в условиях кочевого скотоводства. Никакая общественная полезность не могла бы спасти институт, возлагающий на частного собственника бремя неэквивалентных обязанностей, если бы господствующий класс не ухитрился превратить и этот институт в источник ограбления бедноты.

Данные о том, в какой мере «кунакасы» имеют принудительный характер и существует ли санкция за неисполнение обязанности гостеприимства, противоречивы. По сообщению Н. Гродекова, в то время как одни бии считают, что хозяин кибитки должен даже платить кун за гостя, который умрет с голоду вследствие того, что ему было отказано в пище, и возмещение за павшую при таких обстоятельствах лошадь, другие бии полагали, что неподача кунакасы не наказуема [124]. Эти

последние указывали, что, несмотря на то, что в голодный год многие умерли с голода, исков за неподачу кунакасы не было.

Неопределенность в вопросе о защите института «кунакасы» правовыми санкциями вытекает из ошибочной постановки вопроса. В реальной действительности, как отмечают некоторые авторы, дело обстояло таким образом, что неподача кунакасы рассматривалась бием как повод для санкции лишь в том случае, если в роли гостя оказывалось какое-либо влиятельное лицо. В литературе, описывающей путешествия в Казахской степи, нередко можно встретить указание на то, что при приближении как русских, так и казахских чиновных людей население уходит, пытаясь избегнуть встречи, которая в связи с кунакасы может оказаться разорительной. Казахская пословица по этому поводу говорит: «Если гость раз остановится, то это счастье, если два раза — бедствие» [125]. Для султанов, старшин, биев «кунакасы»— это способ путешествовать без всяких затрат, перекладывая свое и своей свиты содержание на плечи подвластных. Путешествующий бедняк не мог, конечно, рассчитывать на широкое гостеприимство. В конце концов, вопрос об обязательности кунакасы решался соотношением сил, влиятельностью гостя. Это хорошо иллюстрируется следующим сообщением бия Чиныбекова, которое приводит Гродеков: «Когда приезжий, знакомый или незнакомый, остановится перед закатом солнца у какой-нибудь юрты, то хозяин ее или колет барана для его угощения или удовлетворяет приезжего добрыми приветливыми словами. Если последнего гостю мало и он сам заколет барана из стада юрто-владельца и съест и если по этому поводу возникнет спор, то гость будет прав, а хозяин виноват» [126]. Не всякий гость в силах проявить такую настойчивость, поощряемую обычным правом, а для гостя, который в силах это сделать, приходится подать угощение, не дожидаясь неприятностей.

Перейдем теперь к пережиткам коллективной родовой собственности, в которых классовый эксплуататорский характер сказался наиболее ярко и которые являются специфическими формами эксплуатации в казахском патриархально-феодальном обществе. Сюда относятся различные формы родовой помощи и взаимо-

помощи, среди которых ведущее место занимает «саун». Эта форма родственной «помощи» богача бедняку не представляет собой, как в предыдущих случаях, простую экспроприацию, ограбление зависимых людей. «Саун» есть определенный и очень типичный для Казахстана способ организации эксплуататорского хозяйства, привлечения рабочей силы и присвоения прибавочного продукта под флагом родственной помощи. Подробное описание сущности сауна дал еще Георги: «Поелику не всякий может иметь довольное для табунов своих число невольников, то богатые наделяют скудных скотом, а сии в знак благодарности приглядывают за скотиной своих благодетелей. Ежели табуны чьи-нибудь скоро размножатся, то он почитает сие благодатью и разделяет по бедным людям знатное число скота. Ежели сей податель пребудет в благосостоянии, то наделенные им люди не бывают ему за то ни в чем обязаны; если же он по причине скотского падежа, расхищения, по иным каким несчастьям лишится своих стад, то наделенные им прежде приятели дают ему такое же число или еще с приплодом скота, хотя бы у самих их мало затем оставалось. И потому богатый человек делает посредством таковых благотворений табуны свои как будто вечными» [127]. Георги дал очень трезвое описание сауна, за «благодетелями» и «благотворениями» он отлично разглядел собственнический интерес, составляющий весь его смысл. В описании И. Георги саун есть подлинно феодальный институт. Несколько голов скота, которые даются бедняку с тем, что он «в знак благодарности» обслуживает огромные табуны богатого скотовода, соответствуют тому участку земли, который крепостной крестьянин получал у помещика для своего хозяйства, чтобы иметь возможность работать на барщине. Скот, данный бедняку, не переходит в собственность последнего, который пользуется лишь молоком для пропитания. Скот может быть истребован давшим его богатым скотоводом, подобно тому как феодал-землевладелец всегда мог согнать крестьянина с предоставленной ему в пользование земли. Оговорка, что скотовод-феодал мог это сделать только в том случае, если он лишился своих стад, может быть, имела некоторое значение во времена И. Георги, когда патриархальные традиции были еще сильны. В XIX в. они, несом-

ненно, потеряли свое значение. Саун постепенно превращался в выдачу скота на выпас за право пользоваться некоторым количеством молока. А. Гейнс встретил семью бедняка, которая пасла скот за крынку молока ежедневно. Другие пастухи рассказывали ему, что за пастьбу они получают «что дают»: когда лошадь, когда баранов. Они заверили Гейнса, что султан им в этом не отказывает, так как-де скота у него много [128]. Это, может быть, и не были «облагодетельствованные» сауном сородичи, но ясно, что положение неимущих сородичей должно приближаться к описанному положению пастухов.

Рядом с сауном, создавшим постоянное устойчивое отношение эксплуатации, существовали и другие виды «родственной помощи» для эпизодического привлечения рабочей силы в хозяйство эксплуататора при постройках, полевых работах и т. д. Приглашающий сородичей помочь ему в хозяйстве, разумеется не оплачивает эту помощь. Он только предлагает им угощение. Такая родственная помощь «теоретически» мыслится как взаимопомощь. Однако сообщающий об этом И. Гродеков прямо говорит: «К бедным, которые плохо угощают, не идут» [129].

Прочие виды «взаимопомощи» не связаны с организацией эксплуататорского хозяйства. Они являются просто формами классовой экспроприации населения. Сюда относятся известные обычно-правовые институты «жилу» и «журтшылык». Жилу, по А. Баллюзеку и И. Гродекову, есть помощь родовичу при постигшем его бедствии вследствие суровой зимы, неприятельского набега и разорения, пожара, голода и т. д. Частным случаем жилу является, очевидно, упоминаемый Баллюзеком обычай «кызыл-котерю», в котором участвуют только родовичи-одноаульцы. В случае гибели у бедняка головы крупного скота они «раскупают павшую скотину по двенадцати главным ее частям, или, как говорят киргизы, по джиликам, заплатив за каждый джилик по барашку, ягненку, что составляет 12 ягнят». В жилу, по Баллюзеку, участвуют не только сородичи-одноаульцы, но и весь род в целом. При отказе участвовать в жилу угрожают исключением из рода. Журтшылык — это участие общины в уплате долга одного из сородичей [130]. Можно думать, что жилу древнее журтшылыка.

Последний характеризуется чертами более узкой общинной коллективности. Мы находим здесь некоторые черты, родственные «дикой вире» «Русской правды». Так, при разложении долга принуждают к уплате с мотивом, что были случаи взаимного журтшылыка между предками. Это напоминает «вложившихся в дикую виру». Угрожают при этом «отсечь подол» и тем прекратить взаимное оказывание журтшылыка. «Кто откажется от взноса, тот лишается права на поддержку в свою очередь, когда с ним случится подобное же несчастье». В древности отсечением подола сопровождалась, очевидно, процедура исключения из круга лиц, связанных коллективной, взаимной ответственностью. Как и «дикая вира» «Русской правды», журтшылык по своему происхождению связан с ответственностью за убийство, с обязанностью коллективно платить кун, что в древности было, очевидно, единственным «долговым обязательством», которое могло возникнуть у члена рода.

Отмеченные черты жилу и журтшылыка не оставляют сомнения в том, что они являются пережитком коллективной собственности. Само собой разумеется, что общеизвестная и выше отмеченная нами для XVIII в. резкая имущественная дифференциация, пауперизация родовых скотоводов и потрясающая нищета значительных групп населения не могла бы иметь места, если бы эта беднота действительно имела право на жилу и журтшылык. В отдельных редких случаях, конечно, бедняки пользовались этим «благодеянием», которое еще более усиливало их зависимость от «лучших людей» общины. В основном, однако, жилу, как и журтшылык, служили средством ограбления массы населения в интересах богачей и знати. Бии, по материалам Гродекова, относящимся ко второй половине XIX в., сознавались, что «помощь на уплату долгов... оказывается всегда соразмерной влиянию в обществе того человека, который задолжал». Гродеков приводит и очень убедительный пример журтшылыка в пользу влиятельного лица, волостного управителя Бикджанова. После смерти Бикджанова на уплату его частных долгов было собрано по рублю с кибитки, всего семь тысяч рублей.

Мы рассмотрели многочисленные пережитки общности имущества, связывающие широкий круг сороди-

чей, одноотделенцев, одноаульцев, и имеем возможность сделать вполне обоснованный, бесспорный вывод, что все эти пережитки либо, вовсе не затрагивая отношений собственности, сохранились в качестве бытовых особенностей, своеобразных правил приличия, либо как институт обязательного подарка (кунакасы) и, в особенности, саун, жилу и журтшылык служили задачам ограбления бедноты знатью. Господство частной семейной собственности, таким образом, не только не ущемлялось, не смягчалось наличием указанных пережитков, а напротив, пережитки коллективной собственности, умело используемые знатью, решительно содействовали укреплению частнособственнических, эксплуататорских позиций.

Выводы

1. Частная собственность в форме семейной собственности существовала у племен, из которых сложился казахский народ, за много столетий до образования объединившего их Казахского государства. Предание, приписывающее хану Тауке введение семейной тамги, не может служить каким-либо опорным пунктом для суждения о времени появления семейной частной собственности. Частная семейная собственность выделялась из родовой и в первую очередь как собственность знати, богатых людей.

2. Важнейшими объектами права собственности в XVIII—начале XIX в. были скот, рабы и приближающиеся по своему положению к невольницам женщины.

3. В отношении к основным объектам частной собственности, уже задолго до введения ханом Тауке семейных тамг, субъектом права собственности была большая семья, которая в XVIII в. находилась в стадии разложения. На протяжении XVIII—XIX вв. семья эта проходит путь от семейной общины в форме задруги к объединяющей, как и раньше, несколько поколений патриархальной семье с неограниченной властью домовладыки. К концу XIX в. казахская семья все еще не может быть отождествляема с индивидуальной семьей.

4. Развитие внутрисемейных отношений собственности в XVIII—XIX вв. заключается, главным образом, в вытеснении принципа совместной семейной собственно-

сти, в узурпации самостоятельных имущественных прав членов семьи мужем, отцом, домохозяином. Так, в XVIII и начале XIX в. неотделенные сыновья распоряжаются семейным имуществом как совместной собственностью, хотя и под контролем отца; сыновья имеют также право на выдел, который в это время является основным способом перехода семейной собственности к младшему поколению и в то же время формой дробления большой семьи. Отец при разделе имеет в семейном имуществе долю, равную доле сыновей. В богатых семьях имущество жен обособляется, и жена самостоятельно распоряжается своим приданым и наделом, полученным от мужа. Слабые ростки института наследования не отличаются еще от института предсмертного дарения преимущественно предметов личного пользования. Круг и очередность наследования не соответствуют принятому в индивидуальной семье: братья наследуют перед сыновьями, в круг наследников входят однородцы и одноотделенцы.

Иными чертами отмечены внутрисемейные имущественные отношения в конце XIX в. Здесь все имущество семьи, и в том числе все нажитое неотделенными сыновьями, находится в исключительном распоряжении отца. Выдел сыновей в основном зависит от произвола отца, ибо право сына на выдел не пользуется защитой суда биев. Жены не имеют ни обособленной собственности, ни прав на имущество мужа. Круг наследников и очередность наследования вполне соответствуют принятому в индивидуальной семье.

6. При полном господстве частной семейной собственности в обычном праве казахов сохраняются до конца XIX в. многочисленные пережитки коллективной, родовой собственности. Эти пережитки (как-то: институт обязательных подарков (кунакасы), саун, журтшылык, жилу) охраняются и используются как форма феодальной эксплуатации рядовых скотоводов знатью. Они не только не смягчают эксплуататорский характер частной семейной собственности, но и решительно способствуют экспроприации масс. Наличие этих пережитков отличает право собственности казахского патриархально-феодального общества от феодальной собственности вообще.

Примечания

1. *Зобнин Ф.* К вопросу о невольниках, рабах и тюленгутах в киргизской степи.— Памятная книжка Семипалатинской обл. на 1902 г. Вып. VI. Семипалатинск, 1901, с. 7—17, 80.
2. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 65.
3. Ленинградское отделение Института истории АН СССР (ЛОИИ), рукописный фонд. Материалы по истории Казахской ССР. Т. II, с. 298. (далее: Материалы по истории Казахской ССР, т. II.).
4. Там же, с. 323—324.
5. ЛОИИ, ф. 267, № 10, л. 13. Из письма Нуралы от 26.VII. 1759 г. А. Р. Давыдову.
6. *Георги И. Г.* Описание всех обитающих в Российском государстве народов. Ч. II. Спб., 1799, с. 131, 128 (далее: *Георги)*.
7. *Гродеков Н.* Киргизы и кара-киргизы Сыр-Дарьинской области. Т. 1. Ташкент. 1889, с. 264, 198 (далее: *Гродеков*).
8. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 20, 27.
9. *Гродеков*, с. 233.
10. Истарх КазССР, ф. 5, оп. 1, д. 556, л. 88, 89.
11. *Гродеков*. Приложение, с. 154.
12. Там же, с. 95.
13. *Гинс Г.* В киргизских аулах.— Исторический вестник, 1913, т. CXXXIV, с. 290; *Гродеков,* с. 88.
14. *Косвен М. О.* Семейная община.— Известия АН СССР. Сер. истории и философии, 1946, № 4, с. 362.
15. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч., т. 21, с. 62.
16. *Винников И.* Четвертое издание книги Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства».— В кн.: 50 лет книге Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства». М., 1936, с. 170.
17. *Ковалевский М.* Очерки происхождения и развития семьи и собственности. М., 1939, с. 66, 69.
18. *Ефименко А.* Исследования народной жизни. М., 1884, с. 54.
19. *Богишич В.* О несложной сельской семье у сербов и хорватов.— Журнал Министерства народного просвещения, 1885, ч. 237, с. 286—287; *Демелич.* Обычное право южных славян по исследованиям д-ра Богишича.— Юридический вестник, 1876, октябрь — декабрь, с. 145.
20. *Георги,* с. 122.
21. *Гавердовский Я.* Обозрение киргиз-кайсацкой степи.— ЛОИИ, отдел рукописей, ч. II, № 495, л. 66 (далее: *Гавердовский*).
22. Там же, л. 90.
23. Там же, л. 71.
24. *Radloff W.* Aus Siberien. Berlin, 1884, с. 417, т. 513.
25. Там же, с. 418.
26. *Вяткин М.* Очерки по истории Казахской ССР. М., 1941. с. 117.
27. *Аристов Н.* Опыт выяснения этнического состава киргиз-казахов.— Живая старина, 1894, вып. 3—4, с. 410 (далее: *Аристов*).
28. Там же, с. 412—413.
29. *Вяткин М.* Очерки по истории Казахской ССР, с. 117.
30. *Аристов,* с. 412.
31. *Левшин А.* Описание киргиз-казачьих или киргиз-кайсацких орд

и степей, ч. III. Спб., 1832, с. 117 (далее: *Левшин*).
32. *Гавердовский,* л. 51.
33. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч., т. 21, с. 58.
34. *Бернштам А.* Социально-экономический строй орхоно-енисейских тюрок VI—VIII вв. М.— Л., 1946, с. 67, 74 (далее: *Бернштам*).
35. *Радлов В. В.* К вопросу об уйгурах.— Записки Академии наук. Т. 72, кн. 1. Спб., 1893, с. 37.
36. *Марко Поло.* Путешествие. Л., 1940, с. 65.
37. *Бернштам*, с. 74.
38. *Гавердовский*, л. 50.
39. Там же, л. 51.
40. *Соколов Д. Н.* О башкирских тамгах.— Труды Оренбургской Ученой архивной комиссии. Вып. XIII. Оренбург, 1904, с. 17.
41. См. таблицу тамг в «Материалах по истории Казахской ССР». Т. IV. М.—Л., 1940 под номерами 25, 26, 28, 30.
42. ЦГИАЛ, ф. 3, омск. отд., д. 8, оп. 861, № 1, гл. 4.
43. Материалы по истории Казахской ССР, т. IV, с. 319.
44. Там же, с. 435.
45. Следует отметить, что наряду с общесемейной тамгой существуют еще и особые тамги — знаки собственности выделяющихся сыновей. Это так называемые «зарубки», делаемые на ушах скота. По объяснению Н. Гродекова от слова «зарубка» — «эн» — происходит название сыновнего надела — «энчи» или «инчи» (*Гродеков,* с. 43.).
46. ЛОИИ, ф. 267, д. 10, л. 13, 21.
47. Там же, ф. 267, д. 33, л. 35.
48. Там же, д. 19.
49. *Маковецкий П. Е.* Материалы для юридических обычаев киргизов. Вып. 1. Омск, 1886, с. 28 (далее: *Маковецкий*).
50. Там же, с. 124.
51. *Гродеков,* с. 34.
52. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч., т. 21, с. 59.
53. *Гавердовский,* л. 71.
54. Этнографическое обозрение, 1897, № 4, с. 2.
55. *Бичурин Н. Я. (Иакинф).* Описание Чжунгарии и Восточного Туркестана. Спб., 1829, с. 146.
56. *Гавердовский,* л. 70—71.
57. *Ковалевский М.* Очерк происхождения и развития семьи и собственности, с. 118—120.
58. *Баллюзек Л. Ф.* Народные обычаи, имевшие, а отчасти и ныне имеющие в Малой киргизской орде силу закона.— Записки Оренб. отд. ИРГО. Вып. 2. Казань, 1871, с. 104 (далее: *Баллюзек*); *Гродеков,* с. 43.
59. *Богишич В.* О несложной сельской семье у сербов и хорватов, ч. 237, с. 299.
60. *Гродеков,* с. 45.
61. *Сабатаев С.* Суд аксакалов и суд третейский у киргизов Кустанайского уезда Тургайской области.— Этнографическое обозрение, 1900, № 3.
62. *Гродеков*, с. 43—44.
63. *Богишич В.* О несложной сельской семье у сербов и хорватов, ч. 237, с. 299.
64. *Леонтович Ф.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав

взысканий. Одесса, 1879, с. 88, 203; *Голтунский.* Монголо-ойратские законы 1640 г. М., 1880, с. 40—41.
66. *Гродеков*, с. 93, 94, 160.
67. Этнографическое обозрение, 1897, № 3, с. 68.
68. *Гавердовский,* л. 86 и 89 об.
69. *Левшин,* ч. III, с. 108.
70. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 72, 76.
71. *Красовский М.* Область сибирских киргизов. Ч. III. Спб., 1868, с. 45—46 (далее: *Красовский*).
72. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 121, 131.
73. Там же, л. 73.
74. *Гавердовский,* л. 89 и 94.
75. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 131.
76. ЦГАДА, ф. 122, оп. 1, д. 4, л. 69, 71.
77. ЦГАДА, ф. 122, оп. 1, д. 14, л. 269—274.
78. Материалы по истории Казахской ССР, т. II, с. 312.
79. Там же, с. 253.
80. Этнографическое обозрение, 1897, № 3, с. 69.
81. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 73, 77, 78.
82. *Ковалевский М.* Очерк происхождения и развития семьи и собственности, с. 87—93.
83. *Гродеков,* с. 50.
84. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч., т. 16, с. 385.
85. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 282.
86. *Самоквасов Д. Я.* Сборник обычного права сибирских инородцев. Варшава, 1876, с. 281 (далее: *Самоквасов)*.
87. *Гродеков,* с. 51.
88. *Маковецкий,* с. 48.
89. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 77.
90. Там же, л. 78.
91. *Гродеков,* с. 47; *Красовский,* с. 46.
92. *Кунов*. Всеобщая история хозяйства. М., 1929, с. 217.
93. *Покровский И.* История римского права. Пгр., 1918, с. 521.
94. *Гродеков,* с. 156.
95. *Покровский И.* История римского права, с. 528—529.
96. *Баллюзек,* с. 187.
97. *Гродеков,* с. 52.
98. *Левшин,* ч. II, с. 246; ч. III, с. 108.
99. *Самоквасов,* § 177.
100. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Т. I. Спб., 1897, с. 102.
101. *Красовский,* с. 47—48.
102. Этнографическое обозрение, 1897, № 3, с. 69.
103. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 281; *Баллюзек*, с. 103; *Гродеков,* с. 39, 52, 53.
104. *Гродеков,* с. 114, 160.
105. Сын Отечества, 1822, № 14, с. 289—290.
106. *Левшин*, ч. III, с. 74—75.
107. *Гродеков*, с. 7, 124.
108. *Маковецкий,* с. 43.
109. *Гродеков,* с. 121—122.
110. *Баллюзек,* с. 152.
111. *Гродеков,* с. 125—126.

112. Там же, с. 70 и сл.
113. *Маковецкий,* с. 17, 44; *Гродеков,* с. 72.
114. *Маковецкий,* с. 44.
115. *Баллюзек,* с. 139; *Маковецкий,* с. 46.
116. *Козин С. А.* Сокровенное сказание. М.— Л., 1941, с. 105—106.
117. *Владимирцов Б. Я.* Общественный строй монголов. Л., 1934, с. 60.
118. *Гродеков,* с. 29.
119. Там же, с. 40.
120. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 69, 123.
121. Там же.
122. Там же, л. 69.
123. *Гродеков,* с. 112—113.
124. Там же, с. 113, 149.
125. Там же.
126. Там же, с. 114.
127. *Георги,* с. 131.
128. *Гейнс А. М.* Собрание литературных трудов, т. I, с. 446.
129. *Гродеков,* с. 117.
130. Там же, с. 115—116; *Баллюзек,* с. 148.

ГЛАВА 2 ПРЕСТУПЛЕНИЕ И НАКАЗАНИЕ В ОБЫЧНОМ ПРАВЕ КАЗАХОВ XVIII—ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЫ XIX в.

Преступление

Казахское право не знает специального термина для преступления, который связывал бы преступление с нарушением права, закона. Преступление определяется в казахском праве как «дурной поступок», «дурное деяние» [1]. Так обстояло дело в конце XIX в., и нет, конечно, никаких оснований предполагать в прошлом более развитое понятие преступления. Подобный способ определения преступления и преступника присущ развитому феодальному праву в такой же мере, как и праву обществ, находящихся на самой ранней ступени классового развития. Чукчи, не зная «никаких общественных постановлений, осуждающих или наказывающих чьи-либо проступки», называли всякого рода раздоры, неурядицы и преступления «неудобным бытием», «неудобным делом» [2]. Missetat Übeltat, т. е. «дурное дело», «злое дело», называлось преступление и у древних германцев. Это было деяние, нарушающее мир и потому ставящее нарушителя за пределами мира. Но и русское феодальное право XVI в. пользовалось еще для определения преступления и преступника термином «лихие люди», «лихое дело» [3]. В литовском праве, феодальном только на самой высшей ступени его развития, понятие «злочинца» вытесняется новым понятием —«выступцей из закона». Таким образом, принятый для обозначения преступления термин «дурное деяние» сам по себе почти ничего не говорит об уровне уголовно-правового развития, об уровне развития казахского права вообще. Ошибочно было бы также, как это делает П. Маковецкий, исходя

из этого термина заключать, что у казахов не различались деяния преступные, безнравственные и противоречащие требованиям религии [4]. При развитой системе обычно-правовых норм деяния преступные, конечно, отличались от поступков, нарушающих требования морали и религии (поскольку последние не были преступлениями против религии). Отсутствие в казахском праве формализма препятствовало появлению четкой грани между теми и другими, создавало почву для свободного судейского усмотрения и произвола. «Каждое преступление, какого бы рода оно ни было, — сообщает д'Андре, — обслуживается и наказывается более по усмотрению бия, чем на основании каких-либо особых узаконений» [5]. Но судебный произвол вообще присущ как феодальному, так и дофеодальному праву, и одно лишь наличие его не означает отсутствия понятия о преступлении как наказуемом деянии, отличающемся от действий, осуждаемых общественным мнением, но не наказуемых.

Н. Гродеков, который, вопреки мнению П. Маковецкого, заметил, что «народ отличает дурной поступок от греха», допускает вместе с тем ошибочное утверждение другого порядка. Он отрицает начисто так называемый публично-правовой характер преступления у казахов, по существу же, отрицает классовый его характер. Преступления, говорит он, являются «дурными поступками только в глазах обиженных. Когда последние говорят про насилие... и мучение... то нарушители их интересов похваляются своим геройством». Ему вторит Словохотов, утверждая, что у казахов преступление «есть главным образом, если не исключительно, нарушение интересов и прав потерпевшего лица» [6]. Как Гродеков, так и Словохотов тесно связывают этот «частноправовой» характер преступления с обвинительным характером казахского процесса. По Гродекову, в связи с тем, что в казахском процессе «нет уголовных дел, когда нет истца», понятие преступления существует лишь как понятие об ущербе, причиненном потерпевшему, в представлении потерпевшего, «только в глазах обиженных».

Ошибочность подобных рассуждений очевидна. Прежде всего, при рассмотрении проблем казахского правового процесса было уже показано, что он не может быть сведен к обвинительному и что в нем наряду с началами обвинительными очень важно розыскное начало

[7]. Далее ясно, что даже господство обвинительного процесса не дает оснований отрицать существование понятия преступления как общественно опасного деяния, угрожающего данному классовому порядку, ибо данный способ обеспечения правосудия, коренящийся в слабости государственной и в частности судебной власти, еще ничего не говорит о задачах правосудия и о взгляде на преступления, к искоренению которых стремится правосудие. Не следует забывать также, что процессуальная форма может оказаться консервативней того содержания, которое вкладывается в нее политикой господствующих классов и материальным правом. Это особенно относится к казахскому праву, поскольку для казахского общества столь характерно противоречие патриархально-родовых форм общественно-политической жизни и ее феодального классового содержания. Стоит, наконец, взглянуть на такие документы, как «Обет» 1803 г., чтобы убедиться, что казахские султаны, старшины, бии, батыры и прочие «уважаемые люди» прекрасно представляли себе, что определенные деяния, такие, как, например, грабежи и кражи, вовсе не являются «дурными поступками» «только в глазах обиженных», а преступлениями или «дурными явлениями», как они их называют, угрожающими «миру и спокойствию», т. е. выгодному им классовому порядку во всем казахском журте. Они требуют от царского правительства помощи для ликвидации этих «дурных явлений», заявляя, что в противном случае «мы не можем быть в мире и спокойствии» [8]. Несомненно, что уже в это время у казахов существует понятие преступления, «дурного явления» как деяния, угрожающего не только отдельным лицам, но и общественному порядку и подлежащего искоренению путем наказания.

Высокое развитие казахского уголовного права по сравнению с правом примитивных классовых обществ видно из того, что преступление рассматривается в нем главным образом как деяние виновное. Объективное вменение занимает здесь уже незначительное место. Коллективная ответственность за преступления, совершенные отдельным лицом, характерная для развитого феодального права, в казахском праве во многих случаях выступает уже как ответственность добровольная или субсидиарная, хотя отрицать ее значение как

одного из принципов ответственности, и даже очень распространенного, не приходится.

Субъектом преступления по казахскому обычному праву может быть только человек. Оно не знает осуждения животных или неодушевленных предметов. По Моисееву законодательству бык, убивший человека, подлежал побитию камнями. Талмудисты не сомневались, что это делалось только по приговору малого синедриона, и спорили лишь о том, распространялась ли компетенция этого судебного учреждения также и на диких зверей, совершивших аналогичное преступление. Суд пританов в Афинах судил неодушевленные предметы, причинившие кому-либо смерть. Немецкое городское право ряда городов угрожало смертью животным за убийство человека. Во Франции велись процессы против крыс. Вообще процессы против животных и неодушевленных предметов были хорошо известны средневековью [9], хотя здесь, как и во всех упомянутых выше случаях, они, несомненно, были только пережитком древнейшего периода права. Криминалисты справедливо утверждают, что это явление связано с таким представлением средневековья об уголовной ответственности, по которому виновность не была непременным условием ответственности [10]. Для характеристики уголовного права казахов XVIII—XIX вв., рассматривающего преступление главным образом как виновное деяние, интересно поэтому подчеркнуть, что здесь не только уже никогда не ставился вопрос об ответственности животных, но отрицается и обязанность хозяев животных отвечать за причиненный животными, вплоть до убийства, вред, если по обстоятельствам дела не может быть установлена вина хозяина. Большинство источников просто молчит о возможности такой ответственности. В материалах же Г. Броневского и Комитета 1824 г. подчеркивается, что ответственность в этих случаях не наступает. За вред и даже смерть, причиненные животными, никакого наказания или штрафа не полагается, сообщает Броневский [11]. В сборнике Комитета 1824 г. прямо указано, что только наличие вины хозяина влечет за собой его ответственность. Ст. 185 гласит, что хозяин отвечает за укусившую кого-либо собаку только в том случае, если она уже 3 раза кого-либо укусила [12]. Эти данные подтверждаются материалами Л. Баллюзека, где приводятся следу-

ющие конкретные примеры. За увечье или убийство, причиненное бурою (верблюдом-самцом), хозяин не платит кун, если он не знал и не должен был знать о норове и свирепости буры; если же он об этом знал или должен был знать, но не держал буру на привязи, то платит кун. Если привязанная к юрте лошадь убила человека, то хозяин ее отвечает в зависимости от того, соблюдал ли он, привязывая лошадь, принятые правила предосторожности: он платит полный кун, если привязал ее у дверей; полкуна, если привязал ее сбоку; и ничего не платит, если привязал ее сзади кибитки [13]. Эти же правила ответственности за вред, причиненный животными, подтверждаются и Н. Гродековым [14].

В более древние времена, очевидно, во времена, предшествующие законам Тауке, действовали и в казахском праве постановления об ответственности животных и об обязанности их хозяев отвечать за причиненный животными вред независимо от вины этих хозяев. Сюда относится постановление о том, что хозяин, не отвечая за вред, обязан выдать пострадавшему или сородичам убитого причинившее вред животное; в случае смерти, причиненной животным, он хотя и не платит кун, но обязан дать пищу для устройства поминок и саван для погребения убитого [15]. Все это, несомненно, остаток существовавшей ранее полной в этих случаях ответственности хозяина и «наказания» причинившего вред животного. Подчеркивая, что у казахов подобного рода «наказания» имели место в прошлом, мы тем самым характеризуем казахское обычное право XVIII— начала XIX в. как прошедшее уже эту низшую ступень уголовно-правового развития. Это не значит, конечно, что казахское обычное право стояло на более высокой ступени развития, чем, например, немецкое средневековое городское право, знавшее процессы против животных и вещей и «наказание» их. Подобное явление как в русском, так и в западноевропейском средневековом праве, бесспорно, носило характер пережитка и не вытекало из принципов развитого феодального права.

Казахское право XVIII— начала XIX в., рассматривая преступление преимущественно как виновное деяние, различает умышленные преступные деяния и неумышленные. Грани между умыслом и неосторожностью или между неосторожным, небрежным и случайным при-

чинением вреда здесь, конечно, искать не приходится [16]. Все то, что не может рассматриваться как результат прямого умысла, относится к деяниям неумышленным. Ответственность же за неумышленное преступление сохраняется только в отношении тягчайших деяний (убийства), да и то значительно пониженная.

Наиболее ранние из известных нам источников казахского права (сообщения И. Георги, Я. Гавердовского, М. Путинцева, А. Левшина, Г. Броневского, сборник Комитета 1824 г.) прямо не упоминают о различии умышленных и неумышленных преступлений. Но отсюда нельзя сделать вывод, что в конце XVIII— начале XIX в. это различие было еще неизвестно. Сборник Комитета 1824 г., например, умалчивает об этом различии в казахском праве, но в изложении обычного права бурят подчеркивает, что здесь «доходят в суждении до самой точности» и стараются узнать, совершено ли преступление с намерением или без такового. Во втором случае преступник не наказывается и платит только некоторую пеню [17]. Невозможно думать, что обычное право бурят, записанное примерно в то же время, когда сделана была опубликованная Д. Я. Самоквасовым запись казахского права, различало умышленные и неумышленные преступления, в то время как казахское обычное право этого различия не знало. Если записи постановлений казахского права начала XIX в. не фиксируют этого различия, то лишь потому, что при чрезвычайной краткости своей они вообще фиксируют лишь наиболее типичные случаи ответственности; типичным же преступлением является, конечно, умышленное.

В материалах обычного права казахов, собранных в XIX в., уже содержатся постановления о различии умышленного и неумышленного преступления и, что нужно подчеркнуть, также постановления, древнейшее происхождение которых не может вызвать сомнений. Так, например, Изразцов сообщает, что в прошлом умышленное убийство отличалось в смысле ответственности от неумышленного убийства тем, что за первое куна не принимали, а требовали крови [18]. Древнейший характер этого постановления виден хотя бы из того, что оно относится ко времени господства кровной мести. Такое же положение известно было Моисееву законодательству, которое не допускало выкупа компози-

цией при умышленном убийстве. По материалам рапорта чиновника Оренбургской пограничной Комиссии Аитова, излагающего содержание казахского обычного права (1846 г.), неумышленное убийство в драке, как и случайное убийство, влекло за собой уплату только половины куна [19]. Эта норма новее той, о которой говорит Изразцов, она относится к периоду, когда применение мести было уже исключением и когда полный кун был нормальным наказанием за умышленное убийство. По данным Л. Ф. Баллюзека, нечаянное убийство во время игр или на охоте не наказывается, однако родные убитого имеют право получить на устройство поминок и на саван несколько голов скота. Здесь явный пережиток ответственности по принципу объективного вменения, но только пережиток [20]. В материалах д'Андре приводятся данные о различном наказании за умышленную и неумышленную потраву лугов. В первом случае виновные должны полностью возместить все убытки, во втором они не несут никакой ответственности [21]. Примеры различия ответственности за умышленное и неумышленное преступление приводят также Гродеков, Маковецкий, Загряжский [22].

Выдвинутое выше утверждение, что во взглядах казахского права на преступление господствует представление о преступном деянии как деянии виновном, не опровергается тем, что право это знает ответственность, хотя и пониженную, даже за случайное убийство. Необходимо иметь в виду, что, во-первых, как и всякое обычное право, казахское право не представляет собой стройную систему, построенную на определенных правовых принципах; в нем «механически, неупорядоченно и несоглашенно скопились самые гетерогенные, исторически различные и нередко друг друга исключающие начала» [23]. Для характеристики системы в данном случае достаточно, следовательно, показать, что новый прогрессивный принцип виновности получил здесь преобладание над началами объективного вменения. Нужно иметь также в виду, что сохранение пониженной ответственности за неумышленное убийство в форме, например, обязанности принять участие в расходах по похоронам, будучи, как показано, пережитком древнейшей ответственности на началах объективного вменения, в рассматриваемую нами эпоху не было уже, по существу, наказанием. При отсутствии раз-

личия неосторожного и случайного преступления, с одной стороны, гражданской и уголовной вины и ответственности — с другой, это был единственно возможный способ компенсации ущерба, причиненного, например, чьей-либо небрежностью.

Наряду с субъективной стороной преступления казахское право учитывает в оценке значения преступления, его тяжести и наказуемости также и особенность способа действия, времени и места его совершения. Относящиеся сюда постановления содержатся преимущественно в источниках второй половины XIX в. Из многочисленных постановлений мы остановимся только на тех, древнейшее происхождение которых не вызывает сомнения.

По сообщению П. Е. Маковецкого, казахи утверждают, «что *в старину* убийца, затаивший долгое время свое намерение с целью привести его в исполнение при самых благоприятных условиях, подвергался смертной казни, аул его разграблялся, а родственники платили кун простой». Наказание за убийство резко усиливалось в том случае, когда оно сопровождалось сокрытием трупа. В 1884 г. на урджарском съезде биев за убийство с сокрытием трупа подо льдом бии наложили двойной кун — 100 верблюдов. Сюда же относится постановление, приведенное еще у Г. Броневского. Если убийца «тело бросит в степи и оно от зверей или птиц будет повреждено», то он платит не простой, а полуторный кун «и отдает одного верблюда, на котором полагается тело убитого, накрытое ковром, и девку одну в трауре на вороной лошади, которая, ведя того верблюда, отдается родственникам убитого» [24]. Маковецкий подверг сомнению возможность одновременного применения смертной казни и куна, считая, что казахское право не соединяет вместе двух взысканий, по пословице «С одного барана двух шкур не дерут». Это вообще правильно, но к данному случаю, как мы сейчас увидим, не относится. Повышение наказания при сокрытии трупа Маковецкий объясняет тем, что сокрытие трупа лишает родственников возможности устроить поминки. В таком же смысле может быть истолкована и запись Броневского, подчеркивающая, что тело, брошенное в степи, будет повреждено зверями или птицами. Возможно, что такого рода объяснения и давались Броневскому и Маковецкому, но они были уже отражением взглядов и понятий XIX в. В действительности же осо-

бенности убийства, сопровождаемого сокрытием трупа, имеют свои корни в древнейшем различии тайного и явного убийства. Это то же различие, которое германцы полагали между Mord и Totschlag [25], отличая Totschlag по поведению убийцы после совершения преступления. Убийство рассматривалось как Mord, если убийца бросал тело убитого в колодец, в реку или прикрывал его кустарником. Наказание, установленное за Mord в отличие от Totschlag, поразительно соответствует тем, о которых говорят Маковецкий и Броневский. Это, во-первых, всюду (у салических франков, фризов, саксов) многократный вергельд, но характерно еще, что у саксов и лангобардов, например, ответственность сородичей ограничивалась только простым однократным вергельдом, точно так же, как у казахов «родственники платили кун *простой*». Особенностью наказания Mord в отличие от Totschlag было также обречение преступника в первом случае на смерть. Древнейшее германское право прямо предписывало в случае Mord смертную казнь. Позже установлен был для этого случая тройной и девятикратный вергельд, так что, принимая во внимание то, что сородичи платили только вергельд однократный, убийца, лишь будучи чрезвычайно богатым, мог выкупиться вергельдом, в большинстве же случаев он, и отдав все свое имущество, не мог избежать смерти. Этому вполне соответствует сообщение Маковецкого, что в то время, как родственники платили простой кун, убийца «подвергался смертной казни, аул его разграблялся». Под аулом здесь понимается его личное хозяйство, а не община. Таким образом, перед нами различие явного и тайного убийства как квалифицированного. Смысл этого различия хорошо выражен в Полицком статуте: «Где случится мертвая кровь, то 140 либр, т. е. когда кто убьет другого в ссоре; а если убьет способом ассасинским (т. е. разбойничьим.— *С. Ф.*) из засады или по какой корысти, или убивши ограбит, то следует wrazda» [26]. Тайное убийство связывается с разбоем как с преступлением, прямо направленным против класса имущих и потому особо тяжко наказуемым. Всякое другое убийство — в ссоре, драке — было явным. При убийстве, совершаемом в порядке мести, нужно было объявить о совершившейся расправе.

Большое значение в оценке тяжести преступления имело *место* его совершения. Относящиеся сюда поста-

новления сводятся к тому, чтобы обеспечить необходимый классовый порядок в самой общине, чтобы прежде всего не допускать посягательств на собственность и личность «лучших людей» аула со стороны прочих сородичей. Крайне децентрализованный характер Казахского государства, широкая автономия отдельных родовых объединений, отсутствие консолидации господствующего класса в общегосударственном масштабе приводили к тому, что и в области уголовного права действовал принцип «своя рубашка ближе к телу». Самым тяжким преступлением, с точки зрения места его совершения, считалось преступление, совершенное в своем же ауле. За кражу в чужом ауле присуждали лишь к возмещению половины украденного. Наказание уменьшалось, если кража совершалась вдали от жилых мест, в горах, в ненаселенной части степи [27].

Время совершения преступления также играло роль момента, когда преступление рассматривалось как квалифицированное. Здесь в казахском праве можно отметить одну интересную особенность. В то время как во всех почти древних законах ночная кража считалась квалифицированной и давала право убить вора на месте, в казахском праве «кража, совершенная днем, наказывается строже, чем сделанная ночью, ибо в первом случае к преступлению — краже — присоединяются дерзость и крайнее пренебрежение страхом быть замеченным» [28]. Объясняется это тем, что право оседлых народов видит в ночном воре человека, вторгшегося в дом, нарушившего домашний мир, пользующегося сном хозяев, чтобы угрожать не только их собственности, но и жизни. У казахов же предметом кражи был главным образом скот, который и в ночное время под охраной пастухов находился вне дома. Квалифицированным по признаку времени совершения было преступление, совершенное во время рамазана.

По казахскому обычному праву, преступление есть виновное деяние и соответственно субъектом преступления может быть только лицо, способное на виновное деяние. Не были субъектом преступления безумные и глухонемые [29]. У Маковецкого упоминается даже некоторое подобие психиатрической экспертизы: для определения вменяемости испытуемому предлагали схватить рукою горящий предмет и признавали его вменяемым,

если он от этого уклонялся [30]. Малолетние преступники в возрасте до 15 лет хотя и не привлекались к суду, но по совершенно иным основаниям, нежели неспособность их давать себе отчет в своих действиях. У д'Андре по этому поводу читаем: «Ордынцы, как мужского, так и женского пола, могут подлежать суду биев не прежде, как по минованию 15-летнего возраста. Буде какое-либо важное преступление будет учинено ордынцем до минования того возраста, как-то: кража, убийство,— суд над обвиняемым отсрочивается до совершеннолетия обвиняемого», который при этом дается на поруки [31]. Отсюда ясно, что полное освобождение детей до 15-летнего возраста от уголовной ответственности по менее важным, чем убийство и кража, преступлениям, объясняется не признанием их неспособности отдавать отчет в своих действиях, а их неспособностью платить тогузы и аипы, к взысканию которых сводилось в большинстве случаев всякое наказание. С наступлением 15-летнего возраста, который считался возрастом гражданского и брачного совершеннолетия, молодой казах мог уже быть выделен отцом. «В пятнадцать лет — хозяин кибитки» — гласила казахская пословица [32]. Перед судом стоял уже собственник, способный расплачиваться за преступление, т. е., с точки зрения казахского права, способный нести уголовную ответственность. Таким образом, способность быть субъектом преступления по казахскому праву предполагала не только способность к виновным действиям, но и качество свободного собственника.

Именно поэтому у казахов в рассматриваемую эпоху, как и во всяком обществе, знающем рабство, раб не был субъектом преступления. Он не был свободным собственником, не мог платить кун, тогузы и аипы, поэтому за совершаемые им преступления ответственность должен был нести его хозяин-собственник. Источники сообщают нам очень интересный случай применения этого правового принципа. У хана Аблая бежали четыре раба-калмыка. Будучи в бегах, они убили одного казаха. Родственники убитого немедленно потребовали удовлетворения у Аблая. Хан, «тем и сем отбывая от заплаты, отговаривался, что он невиновен», но, очевидно, требование было настолько бесспорным, что он уплатил в виде куна за убийство, совершенное его бежавшими рабами, 50 лошадей. Претенденты «сделались довольны и отбыли», но, вер-

нувшись домой, рассудили, что они получили удовлетворение не полное, и, «вооружившись немалым собранием, паки к нему Аблай салтану прибыв, с великим азартом подлежащего за убийство того же киргизца удовольствия требовали». И Аблай вынужден был дополнить уплаченный лошадьми кун еще двумя рабами [33]. Итак, следовательно, ни ханское достоинство, ни то обстоятельство, что рабы совершили убийство, будучи уже в бегах, не избавило Аблая от необходимости нести ответственность за совершенное ими преступление.

Д'Андре проводит резкую грань между уголовной ответственностью рабов, с одной стороны, и тюленгутов (слуги султанов и ханов) и слуг — с другой. В то время как рабов суд не судит, преступные «тюленгуты судятся бием, казыем наравне с прочими», равно и работник-слуга «боктачи» подлежит суду бия, казыя и т. п. [34]. Как тюленгут, так и боктачи, несмотря на зависимое свое положение, могут свободно распоряжаться своей собственностью, и, хотя для незначительной части тюленгутов и особенно для боктачи это право является чисто формальным, оно сообщает им качество для того, чтобы быть субъектом преступления. В то же самое время замужняя женщина как формально не имеющая права распоряжаться семейной собственностью этих качеств лишена. Гродеков сообщает, что «мужья ответственны за преступления своих жен; жены за мужей не отвечают» [35]. Освобождались от ответственности и беременные женщины. Д'Андре замечает, что им «наказание отсрочивается до их разрешения», но это, похоже, догадка самого д'Андре. Прочие источники совершенно определенно говорят о том, что беременная женщина вовсе не наказывается даже за тягчайшее преступление — мужеубийство. По Левшину, беременная жена, убившая мужа, «не наказывается, но навсегда предается презрению и почитается бесчестной». Броневский добавляет: «Никто ее в замужество не возьмет и в собрания не приемлется». По Красовскому, дела о таком убийстве не разбираются вовсе [36]. Перед нами, бесспорно, реликт древнейшего права с характерной санкцией отрешения от родового культа, может быть, от жертвоприношений, ибо к каким еще собраниям могла допускаться женщина [37]. Этот реликт как отдаленнейший пережиток матриархальных отношений нельзя не связать с особой защитой женщин от оби-

ды, что никак не вяжется с приниженным ее положением. Вопрос этот рассматривается подробно ниже в связи с характеристикой оскорбления как преступления против личности. Необычайная живучесть этого древнейшего реликта объясняется, очевидно, использованием его как орудия политики сохранения потомства. Иначе нельзя объяснить также постановление законов Тауке, карающее смертью мать за убийство внебрачного ребенка, в то время как родители вообще за убийство своих детей не несут ответственности.

Субъект преступления как вменяемое, виновное лицо, к тому же свободное, распоряжающееся своей собственностью и могущее поэтому расплачиваться за свои преступления, не совпадает в казахском праве с субъектом, к которому относится уголовная ответственность, так как наряду с индивидуальной ответственностью виновного здесь широко применяется коллективная ответственность членов семьи и сородичей, являющаяся наиболее ярким пережитком былого господства родовой коллективности. Именно пережитком, потому что база этой коллективной ответственности — коллективная родовая собственность — уже была вытеснена частной собственностью глав отдельных семейств.

Коллективная уголовная ответственность сородичей и членов семьи выступает главным образом как имущественная ответственность. Но сохраняется еще, поскольку речь идет о мести, и коллективная личная ответственность. Тевкелев в донесении от 13 июня 1751 г. по поводу стремления родственников убитого хана Абулхаира мстить детям убийцы — султана Бадака писал: «У них... когда отец виноват, за то не только он, но и дети ответственны...» [38]. Позже, в XIX в., остается только имущественная ответственность членов семьи, которые отвечают, по существу, как наследники по долгам умершего. «Имущественная ответственность за преступления простирается до седьмого колена включительно» [39].

Подобную характерную эволюцию уголовной ответственности армянский судебник Мхитара Гоша (ст. 331) отметил в мусульманском праве: «Люди, поступившие по закону и учению Соломона, издали постановление на счет удовлетворения за кровь, которое впоследствии... превратилось в наследственный иск между учениками лжеучителя Магомета». Развитие в таком же направле-

нии казахского права происходило, конечно, не без влияния мусульманского права.

Коллективная уголовная ответственность сородичей как имущественная ответственность есть принцип уголовной ответственности в обычном праве казахов. По имеющимся у нас материалам можно проследить процесс разложения коллективной родовой ответственности, которая, однако, сохраняется еще и в начале XX в. Она сохраняется больше всего и носит безусловный характер по тягчайшим преступлениям. Ответственность за убийство как обязанность платить кун всегда падает на всех сородичей. Это не субсидиарная ответственность. Сородичи называются поэтому «кундасы», т. е. соучастники в платеже куна [40]. Гавердовский подчеркивал: замена кровной мести куном требует, чтобы «весь род виновного заплатил... от 200 до 1000 лошадей» [41]. По записи закона Тауке Шукуралиева, «за убийство платили по 200 лошадей *всем родом* того виновника» [42]. У д'Андре не было ясного представления о характере коллективной ответственности. С одной стороны, он пишет: «Какой бы штраф ни был, не только одним виноватым платится, но *отделением, даже целым родом»,* т. е. распространяет коллективную ответственность за все преступления и объявляет ее непосредственной и безусловной. Далее ответственность определяет уже так: «За каждый важный проступок, как-то: убийство, баранта — не только аул, но целое отделение и род, к коим принадлежит преступник, некоторым образом имеет участие в деле. Кун, тогуз и вообще всякий иск или возврат покраденного распространяется равно на всех в случае несостоятельности или бегства виновного». Здесь коллективная ответственность мыслится то как ответственность «за каждый проступок», то как ответственность по всем преступлениям («всякий иск»). Но она рассматривается уже как ответственность субсидиарная на случай несостоятельности или бегства преступника. Наконец, ряд записей д'Андре характеризует коллективную ответственность за преступление не только как субсидиарную, но и как добровольную помощь со стороны сородичей. Например, «тогуз может быть заплачен не одним преступником, но и родственниками ответчика»; «если ограбивший... не в состоянии уплатить стоимость, то родственники или одноаульцы или даже целое отделение должно удовлетворить ограблен-

ного. Буде родственники откажутся в уплате того, то преступник отдается в работники для выработки (отработки.— *С. Ф.*) тех денег или вещей»; тут же указано: «цель из жалости заплатят». Отмечен и другой вариант родственной помощи: «идя в работники, родственники могут находиться при нем для подмоги» [43]. Противоречивость приведенных сообщений д'Андре не лишает, однако, их ценности для понимания эволюции коллективной ответственности. Его записи представляют собой результат опроса многих биев и старшин и вполне естественно, что среди них были хранители более древних традиций наряду с поклонниками «новых» начал. Кроме того, работая с переводчиком, он мог легко спутать положения, относящиеся к уплате куна за убийство и тяжкое членовредительство с ответственностью по тогузам и аипам за прочие, менее тяжкие, преступления. Вообще понимание сложной системы коллективной ответственности плохо давалось не одному только д'Андре. Не лучше изобразил ее и Левшин в своей записи законов Тауке: «Если ответчик к суду не явится или присужденный пени заплатить не сможет, то оная взыскивается с его родственников или с его аула, предоставляя оному право возвратить свою потерю совершением над виновным судебного приговора» [44]. У Левшина, как и д'Андре, коллективная ответственность зависит не от характера преступления, а связывается только с несостоятельностью преступника или уклонением его от ответственности. Трудно предположить даже, что во времена Тауке, не говоря уже о середине XIX в., когда изучал обычное право д'Андре, существовала обязательная коллективная ответственность сородичей по *всем* преступлениям. Н. Гродеков четко указывает, что «все куны, не исключая и неполных за членовредительство, раскладываются, даже при состоятельности виновного, на кундасов... *тогузы* раскладываются на общину только после несостоятельности виновного» [45]. Вряд ли это различие в порядке коллективной ответственности могло возникнуть только во второй половине XIX в. Коллективная ответственность по всем преступлениям если и существовала, то только в те весьма отдаленные времена, когда коллективная собственность играла еще серьезную роль в кочевой общине. Уже в XVIII в. в связи с развитием феодальных отношений она должна была отмирать и сохра-

нилась только для куна за убийство и членовредительство, так как размеры куна, как правило, вообще исключают индивидуальную ответственность. За прочие преступления эта ответственность приобрела уже субсидиарный характер на случай бегства или несостоятельности и, наконец, стала вырождаться в «добровольную» помощь, которой пользовалась, конечно, не беднота, а знать, принуждавшая зависимых от нее сородичей платить как кун, так и прочие уголовные штрафы.

Вырождение уголовной коллективной ответственности идет также в направлении сужения круга лиц, несущих эту ответственность. Кун должен был платить, как мы видели выше, род преступника в целом. Но распределялась эта обязанность между сородичами не равномерно, а так, что на ближайших родственников убийцы падала при раскладке большая доля, чем на дальних [46]. Это, так сказать, первый шаг по пути сужения круга сородичей-соответчиков. У Гродекова отмечены отдельные случаи иного построения коллективной ответственности; их следует рассматривать как дальнейший шаг по тому же пути. В одном случае кун взыскивали уже так: «часть определяется на самого ответчика, а остальную часть куна, по распределению между собою, платят его родичи из круга запрещенной степени родства». Круг соответчиков сужен. В другом случае сужение круга соответчиков идет дальше, и родовая ответственность заменяется семейной: здесь платят только отец, брат и дядя [47].

Для того чтобы при существовании коллективной ответственности за преступление «добрые люди» не отвечали за «лихих», в казахском обычном праве, как и в некоторых других близких ему по уровню развития правовых системах, существует отречение от родственника, применяемое к вору, который, будучи несостоятельным, вынудил тем самым общину платить за него тогузы. Сородичи, «истощив все меры к исправлению его, всенародно отрекаются как от него самого, так и от куна, если кто убьет его» [48]. Именно на такого вора, который потерял теперь надежду выкупиться от наказания, удовлетворив потерпевшего и биев тогузами, рассчитаны те телесные наказания и смертная казнь, о которых так много говорится в материалах д'Андре, утверждающего одновременно, что казах никогда не допустит применения к нему телесного наказания, что он всегда выкупится ско-

том и что всякое преступление можно выкупить скотом.

Подводя некоторые итоги изложенному по вопросу о субъекте преступления в казахском обычном праве, можно сказать, что выработанное буржуазным правом понятие субъекта преступления не применимо к правоотношениям уголовного права казахов. Здесь субъект преступления, во-первых, не совпадает с субъектом уголовной ответственности, поскольку огромную роль играет коллективная ответственность за преступление. Во-вторых, субъект преступления здесь не всякое вменяемое физическое лицо, а только лицо, свободно распоряжающееся своей собственностью. Не являются таковыми рабы, женщины, неотделенные дети, за которых отвечает хозяин-собственник, муж и отец. Такая конструкция уголовной ответственности и субъекта преступления является выражением права привилегии в его еще неразвитой форме. Если основная роль права заключается в том, чтобы быть орудием, средством подавления эксплуатируемых и зависимых масс населения, то оно вместе с тем играет роль и средства защиты отдельных представителей господствующего класса, создавая правовые гарантии этих интересов. Можно говорить о праве быть субъектом преступления, составляющем привилегию свободных собственников, ибо никто, очевидно, не предположит, что положение раба облегчалось тем, что он не мог быть субъектом преступления. В казахской уголовно-правовой системе это означало только то, что он лишен был возможности защищаться против предъявленных ему обвинений перед судом биев и откупаться куном, тогузами и аипами от наказания, которое неизбежно ожидало его от руки разгневанного хозяина или потерпевших, не связанных необходимостью обращаться к суду, чтобы наказать его. По отношению к бедноте такой же привилегией знати и богачей была коллективная родовая ответственность. Постановления Тауке в записи Левшина, обязывая сородичей платить за преступника при уклонении его от суда или несостоятельности, одновременно предоставляют им право «возвратить свою потерю над виновным судебного приговора». Это, конечно, не право регресса, тем более если речь идет о несостоятельном, неимущем, а призыв расправиться с ним. Недаром в приведенном уже выше сообщении Баллюзека об «отречении от родственника» говорится, что так поступают, «исто-

щив все меры к справлению его». Смысл этой двойной юстиции в том и заключался, что сородичи в «исправлении» бедняка, за преступление которого им пришлось уплатить, не были связаны мерами, предписанными адатом и сводившимися преимущественно к платежу скотом. Гродеков по-своему подчеркнул это, говоря, что нужно «отличать телесные наказания, производимые старшинами в ауле «домашним» образом, от официальных, присужденных биями, которые составляют нововведение, в слабой степени проникшее в степь из кокандских укреплений» [49]. Суд биев в прошлом и должен был ограничиваться имущественными наказаниями, потому что он был судом только для подлинных субъектов преступления — свободных имущих собственников. Коллективная имущественная ответственность вовсе не была «родственной помощью». Она существовала для удовлетворения интересов потерпевшего собственника и для того, чтобы обеспечить вслед за тем расправу с неимущим преступником уже такими телесными и членовредительными наказаниями, которые не были предусмотрены древним адатом, ибо адат этот складывался в пору, когда классовая дифференциация и классовые противоречия не достигли еще той степени углубления и остроты, при которой композиции уже не достаточны для целей классовой юстиции.

Привилегированное положение свободных в сравнении с несвободными, имущих в сравнении с неимущими в казахском уголовном праве дополняется еще и привилегией главы семьи в отношении его домочадцев, закрепляющей патриархальную власть главы семьи. Сюда относятся постановление законов Тауке о том, что «родители за убийство детей своих ничем не наказываются»; тяжкие и позорящие наказания за оскорбление родителей детьми; непринятие жалоб детей на родителей; постановление закона Тауке, не дозволяющее без санкции родственников мужа выкупать куном жизнь жены-мужеубийцы, в то время как муж, убивший жену, безусловно, может выкупиться от наказания, уплатив кун; ответственность жизнью за прелюбодеяние, которую несет жена, и ряд подобных постановлений, которые подробней излагаются ниже при рассмотрении отдельных преступлений. Здесь следовало бы только подчеркнуть одну характерную деталь этой группы поста-

новлений. Законы Тауке освобождают домочадцев, знающих о воровстве главы семьи, от обязанности доносить об этом, «ибо на старшего в семействе не позволено доносить». Казахское право предпочитает оставить безнаказанным вора, нежели нарушить патриархальный принцип всевластия главы семьи.

По мере развития в казахском обществе отношений феодальной эксплуатации, право привилегии, т. е. право типично феодальное, делается все более характерным для казахского обычного права и, в частности, для уголовно-правовых его постановлений. Отметим, например, такой момент. Обычное право казахов устанавливает семикратный кун за убийство султана по сравнению с куном за простого казаха. Это обычная феодальная иерархия наказаний, которая воспроизводится во всех почти источниках казахского права. Но ни законы Тауке, ни какие-либо другие источники ничего не говорят об убийстве хана. Это не случайно, это свидетельствует уже о наличии феодально-правовой идеологии. Смысл умолчания заключается в том, что в популярных в народе нормах права нельзя даже допускать возможности посягательства на жизнь хана. Подобный мотив прямо изложен в законах грузинского царя Вахтанга VI, где после перечисления цены крови дворян и князей всех категорий сказано, что о царе, католикосе и царевичах не упоминается потому, что подобного рода злодеяния вообще немыслимы. Следовало бы, может быть, воздержаться приписывать такую же точку зрения казахской знати только на основе умолчания обычного права об убийстве хана, если бы источники не дали нам прямого свидетельства наличия у казахской знати подобной феодальной идеологии. По донесению Неплюева от 13 октября 1749 г., Барак после убийства Абулхаир-хана пытался отрицать свою вину. Он заявлял, что убили хана простые казахи, что он прискакал к месту убийства, когда оно уже было совершено, и что он сознательно взял это убийство на себя только потому, что «хану от подлых людей убиту быть безчестно» и нужно было спасать честь господ «белой кости», к которой принадлежали и хан, и султаны [50]. Привилегии знати «белой кости» закреплены достаточно прочно. По свидетельству д'Андре, «бий не решается обсуждать сам» преступления, совершенные султанами, и передает их на обсуждение специального

трибунала, который в XIX в. состоял «из нескольких биев, султана-правителя, казыя и почетных ордынцев». У д'Андре же отмечается, что «заслуги или уважение, коим преступник пользовался», способствуют смягчению наказания [51]. Феодальный характер казахского уголовного права сказывается также на способе защиты собственника-эксплуататора от посягательства на его жизнь со стороны зависимых от него людей. Хотя, как указано было выше, слуги, работники наравне с тюленгутами в отличие от рабов судятся общим судом биев и, следовательно, по общим нормам обычного права (с теми, разумеется, поправками на их социальное положение, которые вносит бий), но при убийстве слугой хозяина куна не присуждают; «по бедности», как записано у Броневского. Эта «снисходительность» к бедности корректируется тем, что по просьбе сородичей убитого слуга должен быть повешен. Постановление это полностью воспроизведено и в своде Комитета 1824 г. При этом господин за убийство слуги отвечает только перед богом [52]. И по данным В. Радлова, раб и жена, убившие хозяина и мужа, безусловно, предаются смерти [53]. Радлов, кажется, не различает здесь рабов и слуг, в то время как у Броневского это различие проводится.

В завершение характеристики преступления по казахскому праву коснемся обстоятельств, исключающих оценку деяния как преступного, различия стадий преступной деятельности и порядка ответственности при соучастии.

Знало ли казахское право в XVIII — начале XIX в. понятие необходимой обороны? Самые ранние из известных нам источников вообще не содержат никаких данных для решения этого вопроса. Это относится, в частности, к записям законов Тауке. У Броневского, в сборнике Комитета 1824 г. находим уже постановление, гласящее, что вора, разбойника и убийцу можно убивать безнаказанно [54]. По данным рапорта Биглова 12 марта 1846 г., казахское право позволяло убивать грабителей и барымтовщиков [55]. О праве безнаказанно убивать нападающих барымтовщиков упоминает и Казанцев [56]. Но эти данные еще не достаточны для того, чтобы признать здесь наличие хотя бы элементов института необходимой обороны. Право убивать воров и грабителей так же мало свидетельствует о признании

необходимой обороны, как право мужа убить на месте преступления уличенных в прелюбодеянии жену и любовника. Для того чтобы в праве убить вора можно было видеть хотя бы зародыш института необходимой обороны, нужно, чтобы допущение правом такой обороны сопровождалось условиями, соответствующими обстановке необходимой обороны. Такие условия содержались, например, в законах XII таблиц, если они делали условием убийства дневного вора его вооруженное сопротивление; можно, хотя и с некоторой натяжкой, видеть зародыш необходимой обороны в дозволении убивать только ночного вора («Русская правда», англосаксонские правды и др.). Но в казахском обычном праве об этих условиях впервые упоминают только материалы второй половины XIX в., собранные Гродековым. Но и он считает спорным вопрос, нужно ли платить кун за убийство преступника, оказавшего вооруженное сопротивление. Один из его живых источников, бий Микебай, дал, правда, разъяснение в духе четкой конструкции необходимой обороны. Он сказал, что кун нужно платить даже за убийство вора, который хотя и вступил первый в драку, но к оружию прибег не первый. Насколько этот взгляд отражает содержание адата XVIII и начала XIX в. и не является продуктом «нового адата», сказать трудно. Несколько убедительней в пользу исконности провозглашенного Микебаем правила говорит описываемая Гродековым судебная практика. Оказывается, родственники убитого вора также убеждены, что воровство, грабеж и т. д. еще не дают права потерпевшему убивать вора. Они требуют поэтому с убийцы уплаты полного куна, предлагая со своей стороны заплатить уголовный штраф за нападение, драку, воровство и вообще за то преступление, которое будет признано за виновным [57]. Они утверждают, что на их покойного сородича убийца «взводит напраслину», желая, очевидно, этим сказать, что убийца преувеличивает агрессивность своей жертвы, пытаясь избавиться от платежа куна. Отсюда можно сделать вывод, что ограничение самораспpавы с вором условиями необходимой обороны соответствовало правосознанию населения. Поскольку правосознание это гораздо медленнее менялось под давлением «нового адата», чем юриспруденция контролируемых царизмом биев, можно допустить, что условия необходимой обороны были из-

вестны казахскому праву и ранее, хотя они и не указаны в приведенных выше постановлениях, позволяющих убивать воров, разбойников и убийц. При этом, разумеется, нельзя предполагать, что казахскому обычному праву был известен общий принцип ненаказуемости действий, совершенных в состоянии необходимой обороны. Здесь в лучшем случае известны лишь конкретные постановления, допускавшие, например, убийство вора, грабителя, разбойника при определенных конкретных обстоятельствах.

Так же обстоит дело с наказуемостью предварительной преступной деятельности, т. е. обнаружения умысла, приготовления к преступлению, и покушения. Никаких общих принципов наказуемости отдельных стадий преступной деятельности здесь нет и быть не может. Обычное право знает лишь отдельные случаи обнаружения умысла или покушения на совершение определенных преступлений, в которых предварительная преступная деятельность подлежит наказанию. Этим, очевидно, объясняется разнобой в ответах на вопрос о наказуемости и предварительной преступной деятельности. Из источников начала XIX в. только в сборнике Комитета 1824 г. разбирается случай, когда убийцы, полагая ошибочно, что жертва уже убита, оставляют ее в живых. Так как преступный результат здесь не наступил, то убийцы платят только половину куна, хотя отказ от совершения преступления был основан на заблуждении [58]. Это одна из тех казуистических норм, о которых говорилось выше. Д'Андре, которому казуистичность обычного права не была понятна и который стремился поэтому отыскать и изложить общие уголовно-правовые принципы казахского права, оказался, разумеется, не в состоянии решить такую задачу. В одном месте он пишет: «...покушение на преступление в вину не принимается». В другом месте он вычеркивает в этом тезисе слово «не» и добавляет: «В Восточ. ч. (Восточной части Малого жуза.— *С. Ф.*). Вместе с преступлением и покушение на оное наказывается по одному усмотрению бия сообразно с тем убытком или вредом, который покушавшийся вознамеривался учинить» [59]. Мало правдоподобно, чтобы в различных частях Малого жуза вопрос о наказуемости покушения решался диаметрально противоположно. Известное различие в оттенках обычно-правовых поста-

новлений могло, конечно, иметь место в зависимости от большей или меньшей близости к «линии», следовательно, от влияния торговли и воздействия царской администрации, но столь резкого различия никто из исследователей и бытописателей не отмечал еще. Большинство из них, напротив, подчеркивает удивительное однообразие адата и его применения в различных местностях. Ошибка д'Андре заключается просто в попытке найти общее правило там, где его не было. Это понимал Маковецкий, сообщающий, что покушение, не давшее преступного результата, не наказывается, за исключением покушения на убийство, которое карается штрафом от одного до трех тогузов. Карается, по Маковецкому, даже обнаружение умысла убить (платят небольшой штраф: лошадь и халат), в то время как в отношении кражи даже покушение не наказывается [60]. Данные Маковецкого подтверждаются мнением биев, опрошенных по поручению Гродекова [61], хотя здесь уже были отдельные мнения о ненаказуемости угрозы убить и наказуемости покушения на кражу и грабеж. Приведенные Гродековым мнения биев и сообщение Маковецкого дают, однако, материал для вывода, что говорить о наказуемости вообще угрозы и покушения по казахскому праву было бы неправильно даже в отношении убийства. Наказываются здесь не угроза и не покушение, а совершенно конкретные формы угрозы и покушения, составляющие самостоятельные преступления с так называемым в современной уголовно-правовой теории «усеченным составом». Наказание за покушение на убийство, по бию Султану, называется «аип за нож». Это значит, что перед нами не норма наказуемости покушения на убийство, а норма, совершенно аналогичная той, которая в «Русской правде» гласит: «Оже ли кто вынезь меч, а не тнеть: то тои гривну положить». Видеть в подобных постановлениях, как это делает Владимирский-Буданов, «присутствие понятия покушения в древнейших памятниках русского права» [62], значит потерять чувство меры в модернизации древнейшего права, которое именно потому, что понятие покушения ему чуждо, вынуждено создавать норму о наказуемости отдельных совершенно конкретных действий, которые только с точки зрения современного права могут быть охарактеризованы как покушение. Из материалов Маковецкого следует: в более древнее время наказуема

была лишь определенная форма угрозы лишить жизни, в частности форма обрезывания хвоста у лошади того, кому эта угроза была адресована. Такой своеобразный способ угрожать был связан с обычаем обрезывать у лошади хвост после смерти хозяина, обводить ее, покрытую красным сукном, вокруг аула и через год закалывать на поминках. Обрезывание у лошади хвоста расценивалось поэтому как некое колдовское, магическое действие, угрожающее жизни ее хозяина. Если после этого хозяин лошади или даже кто-либо из его сородичей умирал, то обрезавший хвост платил полный кун как убийца. Нет поэтому ничего удивительного, что за обрезание хвоста у лошади назначалось наказание в древности более тяжкое (тогуз), а во времена Маковецкого уже небольшое (половина стоимости лошади) [63]. Ясно, однако, что наказание за обрезывание хвоста у лошади было не наказанием за обнаружение умысла, угрозы, а наказанием за своеобразное, самостоятельное «преступление». Вот почему следует заключить, что казахское обычное право, как и Варварские правды [64], как и «Русская правда», не знает наказуемости предварительной преступной деятельности как таковой.

Известные нам постановления казахского права о совиновничестве и соучастии чрезвычайно малочисленны, противоречивы, частью запутаны в изложении и понять их легче в сравнении с более обстоятельными и подробными постановлениями правовых систем того же «возраста», например, Варварских правд. Самое раннее из сохранившихся постановлений о совиновничестве, записанное Броневским и в сборнике Комитета 1824 г., гласит: «...ежели один, два, три и более убьют одного или несколько человек, то претендателю выдают из них одного, кого он потребует, для произведения над ним смертной казни,— кун же в таком случае не платится; ежели же два двух или три трех убьют, то и те предаются смерти и платится кун сполна» [65]. Смысл этого довольно неясного и, должно быть, искаженного при записи постановления выясняется при сопоставлении его с аналогичным, но четко и подробно изложенным постановлением главы 43 Салической правды «О человекоубийстве скопищем» [66]. В постановлении, записанном Броневским, речь идет, очевидно, не о соучастии, а только о совиновничестве. Самый факт участия в группе, совершив-

шей преступление, не влечет за собой ответственности, наказанию подлежат лишь те, кто непосредственно приложил свою руку к убийству. Постановление состоит из двух частей. Первая имеет в виду случай, когда количество нападающих превышает число жертв. Всякое иное толкование сводит первый случай ко второму и лишает все постановление смысла. Вторая часть («ежели два двух или три трех убьют») имеет в виду примерно равное количество нападающих и жертв. Так как за одного убитого по традициям кровомщения можно требовать смерти также одного человека или уплаты одного куна, то в первом случае все участники убийства «выдают из них одного». Во втором случае, когда «два двух или три трех убьют», отвечает несколько убийц, так как здесь несколько жертв. Но различие заключается не только в самом численном отношении сторон; за различием численного соотношения скрывается, очевидно, различный характер убийства. В первом случае — нападение группы на одного-двух — перед нами разбойное нападение; во втором случае — при равенстве сторон,— так сказать, «честная драка». Этим можно объяснить, что в первом случае виновный выдается для казни; «кун же в таком случае не платится». Во втором же случае текст у Броневского бесспорно искажен. Вместо «предаются все смерти и платится кун сполна» нужно читать «*или* платится...». Так это и записано в сборнике Комитета 1824 г., да и вообще известно, что казахское право не знает одновременного ответа головой и уплаты куна [67].

Из более поздних источников случай совиновничества сообщает д'Андре. За барымту с каждого ее участника взыскивается по лошади и халату (аттун); за отсутствующих барымтовщиков аттун уплачивают их одноаульцы. Для понимания ответственности за соучастие это постановление ничего не дает, ибо здесь совиновничество. В другом месте, правда, д'Андре пишет: «Участники в каком-либо преступлении наказываются наравне с самим преступником» [68]. Но его сообщения, как уже было показано выше, в гораздо меньшей степени, чем сообщения о конкретных нормах, могут быть признаны достоверным материалом.

Об институте соучастия можно судить отчасти по состоянию этого института во второй половине XIX в. Судя по материалам Баллюзека, Маковецкого, Загряжского и

Гродекова [69], какого-либо единства взглядов и судебной практики по вопросу об ответственности соучастников здесь все еще не было. Вопрос этот решался казуистически и прямо противоположным образом применительно к отдельным преступлениям, да и здесь часто не было единства практики. По Маковецкому, «степени соучастия» вообще неизвестны; «все так или иначе причастные к преступлению платят один и тот же аип или кун по частям». Это подтверждают также Загряжский и Гродеков. В то же время Маковецкий констатирует наличие особых терминов для главного виновника, который называется «плательщиком куна», для главы шайки, подстрекателя и пособника, и сообщает, что в прошлом при подстрекательстве к убийству убийцу казнили, а подстрекатель платил полный кун. Разноречивы и сообщения об ответственности за подстрекательство. Маковецкий приводит пословицу: «Тот, кто велел бить, не наказывается, а тот, кто бил, наказывается». Загряжский же утверждает, что зачинщики и подстрекатели наказываются высшей степенью наказаний.

Подобные сообщения все же противоречивы только с точки зрения одной какой-либо стройной юридической конструкции соучастия, и это не лишает их достоверности. Что касается ответственности подстрекателей, то она в казахском праве, так же как и в праве фризов, лангобардском праве, Салической правде и т. д., была установлена только по очень узкому кругу наиболее тяжких преступлений, и в первую очередь при убийстве. Подстрекатель нес здесь самостоятельную и очень тяжкую ответственность, платил, по Маковецкому, полный кун. Загряжский только неудачно обобщил это частное положение, ибо во всех остальных случаях отвечал исполнитель, а не тот, «кто велел бить», т. е. подстрекатель.

Характер ответственности соучастников зависел не от вида соучастия, которые вообще не различались, а от характера нападения. Все источники согласно утверждают, что штраф распределялся для платежа между участниками. Ответственность соучастников была солидарной. В этом отношении казахское право сильно отличается от «Русской правды», где каждый соучастник особо платил полностью «продажу», т. е. уголовный штраф в пользу князя. Но это понятно. Казахские «аипы» были не уголовным штрафом в пользу государственной власти, как

«продажа», а композицией в пользу потерпевшего, которую незачем было умножать на число участников. Там же, где преступники не могли выкупиться штрафом, каждый из них подвергался соответствующему наказанию, как это предусмотрено в цитированной выше записи Броневского и сборника Самоквасова: «предаются все смерти или платится кун сполна». Платить нужно только один кун, но если не платят его и дело доходит до наказания, то предаются смерти все. Это тот принцип, который был установлен и в Моисеевом законодательстве, и в Варварских правдах [70].

Наказание

Марксистско-ленинская теория уголовного права определяет наказание как меру государственного принуждения, осуществление которой является правом и обязанностью государства. Эта мера должна причинить преступнику определенное страдание и выражает от имени государства осуждение преступлению и преступнику [71]. Все эти признаки в большей или меньшей степени присущи наказанию и в обычном праве казахов, но почти все они выражены чрезвычайно слабо и нечетко. За спиною судей-биев не стоит государственный в узком смысле слова аппарат, понуждающий осужденного подчиниться приговору. Приговор, если он заключается в присуждении пени, приводится в исполнение под давлением «авторитета» бия, «авторитета» общественного мнения. Если это телесное наказание, для него всегда находятся исполнители — добровольцы из числа «хороших людей», и они-то и являются единственными исполнителями приговоров. Право осуществлять уголовную юстицию, а следовательно, и наказание преступника, не принадлежит исключительно государству. Почти каждое дело, не исключая убийств, возбужденное пострадавшей стороной, может в известных случаях разбираться третейским судьей, избранным сторонами. Легализуя барымту, обычное право констатирует бессилие государственной власти наказать обидчика и предлагает потерпевшему собственными силами и силами своих сородичей рассчитываться с убийцей, вором, грабителем. Исключительное право и обязанность государства наказать преступников вообще трудно конструировать там, где действует еще правило: «неволею

никто ниже хана никого в суд привести не может» (Тевкелев) [72]. Заинтересованность государства в наказании преступника, на первый взгляд, отступает на задний план рядом с заинтересованностью потерпевшего в возмещении причиненного ему ущерба. Роль жалобы потерпевшего для возбуждения преследования преступника исключительно велика и часто является решающей. С наказанием по судебному приговору успешно конкурируют наказания, применяемые властями без всякого суда.

Ранее нами уже было установлено, что мнимое отсутствие государственного принуждения в области юстиции есть в действительности лишь одно из проявлений крайней слабости центральной власти и использования родовой организации для целей государственного принуждения. Естественно, что в этих условиях и осуществление наказания как одна из государственных функций настолько вуалируется патриархально-родовым бытом, что перечисленные выше основные элементы наказания здесь временами трудно разглядеть. Происходит это потому, что указанные элементы часто пребывают здесь еще в зародышевом состоянии. Но вскрыть их наличие вполне возможно, если, не ограничиваясь ознакомлением с провозглашаемыми в обычном праве общими положениями о наказании, тщательно изучить механизм его применения.

Одно из таких общих положений, выдвигаемое на первый план почти всеми исследователями обычного права казахов, заключается в том, что от всякого наказания казах, как правило, откупался. О свободном германце времен Тацита Ф. Энгельс говорил, что он «подвергался смертной казни лишь за измену своему племени, а в остальных случаях мог штрафом (вергельдом) искупить всякий ущерб, даже убийство» [73]. Такое же положение, очевидно, в глубокой древности существовало и у казахов. Но в XVIII и начале XIX в., когда свободный казах стал уже объектом феодальной эксплуатации (тонко замаскированной патриархально-родовыми отношениями, «добровольным подчинением» «авторитету» бия и старшины, «родственной помощью» и т. д.), нельзя уже говорить ни о свободе большинства населения, ни о возможности для каждого откупиться куном или тогузами от наказания. К источникам, утверждающим, что всякое наказание искупалось штрафами, нужно поэтому отнес-

тись критически. Таково, например, сообщение Путинцева, который свою запись обычного права «О киргизских законах» начинает с положения: «По киргизскому обыкновению вместо наказания за вину полагается штраф» [74], что, впрочем, не мешает ему в дальнейшем отмечать, что неуплата штрафа влечет за собой смертную казнь. Таковы записи д'Андре, в которых читаем: «Присужденный к какому-либо наказанию может быть освобожден от оного («с согласия, впрочем, бия»,— зачеркнуто д'Андре), если тот присужденный может заплатить надлежащий штраф (тугуз) в пользу обиженного». Или: «Все преступления могут быть выкуплены, хотя и в Алкоране сказано противное, кроме по одному преступлению против веры, где откупиться нельзя». Д'Андре отрицает применение на практике наказаний, заявляя: «Ордынец не допустит себе телесного наказания, всегда выкупится скотиной...». А если он сам не в состоянии сделать этого,то помогут родные («авось сжалятся аульцы и постараются удовлетворить... и избавить вора») [75]. Такая постановка вопроса сочетается у д'Андре с подробной характеристикой телесных наказаний, способов и орудий их осуществления. Нас же интересует не столько наличие права искупить преступление уплатой штрафа, сколько то, существовала ли практика применения смертной казни, телесных членовредительных и прочих наказаний и насколько она была распространенной. Ибо именно в этой практике применения наказания и ее соотношении с теми или иными формально провозглашаемыми правами раскрывается классовая сущность наказания по казахскому праву.

Но прежде всего — о праве искупить наказание куном или тогузами. Оно вовсе не было безусловным, как это утверждает д'Андре. Г. Броневский, который считает его условным, зависящим от согласия потерпевшего, характеризует право выкупиться от наказания так, что оно совершенно отчетливо приобретает черты феодального права привилегии. «Строгость казни в настоящее время очень смягчена,— пишет он,— и все преступления наказываются предпочтительно кунами и штрафами; особенно *если обидевшая сторона сильнее обиженной,* но в противном случае, буде не согласятся на все убеждения биев принять плату, действительно, казнь производят повешением на верблюда или растаскиванием дикими

лошадьми, либо умерщвлением преступника от рук ближних родственников убитого, коим выдают его головою на произвол» [76]. Ясно, что не согласиться на выкуп преступления может только потерпевший, который сильнее обидчика. В результате действует чисто феодальный принцип: там, где преступник из рядов эксплуатируемых отвечает головою, преступник из рядов имущих отделывается денежным платежом. Здесь речь идет, и это следует еще раз подчеркнуть, еще не об экономической возможности или невозможности выкупиться, а о *праве* выкупить свое преступление, что усиливает характеристику данного права как феодального права привилегии. Ниже, при рассмотрении ответственности за убийство, приводятся многочисленные свидетельства, подтверждающие, что право убийцы выкупиться от мести куном зависело от согласия сородичей потерпевшего. Если допустить даже, что замечание Броневского также относится только к смертной казни за убийство, то и тогда нельзя уже настаивать на существовании у казахов безусловного-права выкупиться от наказания за все преступления, как это имело место у германцев времен Тацита.

Это положение доказано при рассмотрении отдельных преступлений. Штраф ни в одном из источников не фигурирует как единственное наказание, а всюду сопровождается альтернативой наказания, обращенного непосредственно на личность преступника. В то время, как д'Андре рассуждает о праве откупиться от наказания и пытается изобразить дело таким образом, будто к этому выкупу всегда практически сводится наказание, его сослуживцы, не задавшиеся целью отыскать и сформулировать принципы казахской юстиции, а просто сообщившие по заданию начальства известную им практику, говорили о различном наказании для состоятельного и несостоятельного преступника. Так, например, попечитель Александрийский в рапорте от 29 марта 1846 г. писал, что за обиды, мошенничество и кражу полагается имущественное взыскание, «неимущий же ответчик подвергается телесному наказанию, если не найдет благонадежного по себе поручителя в уплате присужденного». То же читаем и в рапорте Ячменева от 16 апреля 1846 г., и в рапорте попечителя Белозерова от 17 июня 1846 г. «Несостоятельный вор,— пишет Ячменев,— наказывается телесно, а

иногда режут ему нос и уши...» [77]. Во второй половине XIX в. такое же положение замечено Гродековым: «Бедный и безродный отдает дочь вместо денег и из следуемого за нее калыма выплачивает сумму взыскания. Если же и дочери нет, то он поступает в услужение истцу». Сородичи, если им приходится платить за преступника бедняка, после третьего раза изгоняют его из рода [78], после чего ему уже, конечно, никогда не удастся откупиться от наказания. Укоренившийся в литературе взгляд на имущественные взыскания как на меры, заменяющие на практике все прочие виды наказания, не верен и для XVIII в., во всяком случае, как ниже показано, можно считать бесспорно установленным при ответственности за убийство.

Тем самым уже в значительной мере опровергается представление о том, что удовлетворение потерпевшего было единственной целью тех санкций, которые предусматривались обычным правом за преступление; опровергается, так сказать, «частноправовой» характер наказаний. Смертная казнь, телесные и членовредительные наказания подстерегали неимущего преступника. Не всегда и преступник, располагавший необходимыми средствами или пользовавшийся поддержкой сородичей, мог рассчитывать на согласие потерпевшего на выкуп. Нельзя поэтому рассматривать практику применения телесных наказаний только как средство получить удовлетворение частного интереса, имущественной претензии потерпевшего, особенно если учесть, кем и как решался вопрос о применении наказания или выкупа. Во всяком уголовном деле сторонами были не потерпевший и преступник, а «роды», «отделения», «подотделения» или общины сородичей, к которым принадлежали преступник и потерпевший. Если преступник принадлежал к «добрым людям» своего «родового» объединения, последнее стояло горой за него, выделяло сородичей, которые приносили очистную присягу, чтобы добиться его оправдания; если это не помогало, сородичи пускали в ход все влияние коллектива для того, чтобы добиться согласия на выкуп, и брали на себя уплату выкупа, непосильного или разорительного для отдельного скотовода. При таких условиях можно было добиться согласия на выкуп и уплатить его, при таких условиях бии и заканчивали дело присуждением куна, тогузов и т. д., зная, что приговор

этот реален и реален также причитающийся им «бийлык» (взыскание в пользу бия). Но если преступник не принадлежал к числу тех «добрых людей», зажиточных и благонадежных хозяев, за которых община стояла горой, ему трудно было найти и присягателей, еще труднее было рассчитывать на материальную помощь общины для уплаты тогузов, на поддержку сородичей, которые помогли бы ему договориться о выкупе с «родом» потерпевшего. Перед биями стоял человек, которого уже отвергли, заранее осудили его же сородичи, с которого к тому же ничего и взыскать нельзя было ни в пользу потерпевшего, ни в пользу биев; этот неимущий вор, в отличие от богачей, содержавших целые шайки воров и грабителей, был классовым противником, и ничто не могло спасти его от плетей или от еще более жестокой расправы.

Таким образом, установив, что рядом с выкупом как привилегией имущих преступников в качестве наказания для неимущих применяется расправа, учиняемая над личностью, мы имеем возможность увидеть в наказании по обычному праву казахов не столько способ материального удовлетворения потерпевшего, сколько, главным образом, классовую репрессию. Исторически сложившиеся здесь нормы обычного права, относящиеся к наказанию, безусловно, обеспечивают применение наказания в полном смысле слова только к неимущим, эксплуатируемым. В то же время в отличие от типичного феодального права эти нормы сформулированы как нормы, гарантирующие равное наказание, дающие всем возможность откупиться от наказания. Если учесть при этом, что государственное принуждение вообще осуществлялось главным образом той верхушкой «родовых» объединений, которая решает судьбу преступника перед судом биев, к которой принадлежат бии, волю которой бии выражают и при поддержке которой исполняются бийские решения, то и момент государственного принуждения и наказания выступит достаточно отчетливо. Станет совершенно ясно, что наказание применяется не только в частных интересах потерпевшего, но и в интересах государства, которое в силу недостаточной консолидации господствующего класса, в силу крайней децентрализованности представлено в данном случае своей первичной ячейкой, «родовым» объединением.

Имея, однако, в виду, что в практике применения на-

казаний имущественные взыскания всегда играли у казахов очень большую роль и что, будучи как санкция привилегией господствующих классов, они широко использовались вообще во всех тех случаях, где такое взыскание могло оказаться реальным, нельзя отказаться от рассмотрения сущности имущественных наказаний. Если бы мы согласились с популярным в литературе воззрением, что имущественные взыскания, хотя бы в тех случаях, когда наказание ими ограничивалось, служили только средством возмещения вреда и удовлетворения стремления к мести потерпевшего, то мы допустили бы тем самым существование и большое значение в казахском праве XVIII и начала XIX в. такого института, наличие которого можно предполагать только в доклассовом обществе или на самых ранних ступенях развития классового общества. Между тем нетрудно показать, что и имущественные взыскания за преступления являются наказанием в полном смысле этого слова, т. е. мерой государственного принуждения, осуществляемой в интересах государства.

Из некоторых постановлений обычного права казахов легко заключить, что имущественные взыскания до второй половины XIX в. не были еще средством обогащения или возмещения вреда, причиненного потерпевшим, а рассматривались как средство наказания преступника. Эти обычно-правовые нормы записаны в рапортах поручика Аитова, «попечителей» Александрийского, Белозерова и письмоводителя Ячменева [79]. Речь идет о том, что истец-обвинитель не должен был вовсе пользоваться выгодами имущественного взыскания или же был сильно ограничен в этом смысле. Аитов пишет, что уличенный вор присуждается к возврату украденного и к платежу тогуза, т. е. 9-, 18- или 27-кратному против стоимости украденного штрафу. «Претендатель, получив сии вещи, дарит их по своему произволу другим киргизам, даже родственникам обвиненного; но у себя оставить, отдавая своим родителям и родственникам, не должен. Если же таковые вещи оставит у себя или отдаст сим последним, то поставляется это ему в бесчестье». Ячменев и Белозеров, также подчеркивая, что потерпевший не должен оставлять у себя или отдавать своим родственникам присужденный ему штраф, указывают, что полученное в качестве штрафа имущество раздаривается не только

присутствующим казахам, но и бию, и свидетелям, участвовавшим при рассмотрении дела. По данным же Александрийского, «в пользу биев и на общее угощение по окончании суда» предназначается не весь штраф, а лишь часть его.

Не только сам потерпевший, но и сородичи его не должны были обогащаться за счет уплаты преступником штрафа, штраф шел в пользу общества, раздавался присутствующим, шел на угощение и в пользу бия. Постановление это в 40-х гг. XIX в. не имеет абсолютного характера, в нем старые порядки как-то не сочетаются с новыми. Присвоение потерпевшим штрафа или раздача его своим родственникам уже возможны, но «поставляются ему в бесчестье». Значит, хороший старый обычай не допускал этого, «порядочные люди» этого не делают, хотя новый обычай не запрещает этого категорически, отдавая дань жадности и корыстолюбию собственников, игнорирующих старый адат. В сообщении Александрийского отмечен и компромисс между старым и новым обычаями: потерпевший может присвоить половину штрафа, а другая половина идет «в пользу судей и на общее угощение по окончании суда».

При рассмотрении порядка распределения взыскиваемого за убийство куна, мы увидим также, что и во второй половине XIX в. этот важнейший уголовный штраф не шел в пользу семьи убитого. На долю семьи убитого приходилось, как указывает М. П. Вяткин, 10—15% куна, а основная часть его шла в пользу биев и «сородичей» [80]. Становится ясным, что имущественные взыскания имели характер наказания в полном смысле этого слова. Внешним выражением этого государственного характера имущественных взысканий является обращение их не в пользу потерпевшего, а в пользу общества и главным образом судей. Особенностью казахского обычного права является лишь то, что здесь нет достаточно четкого размежевания, с одной стороны, уголовного штрафа, который уплачивается органам власти, хану, бию, и, с другой стороны, возмещения виновным вреда потерпевшему, как это, например, имеет место в «Русской правде», где вира и продажа платятся князю, головничество и урок — истцам. В казахском праве имущественные взыскания, уголовно-правовая санкция остановились на той ступени развития, когда в пользу

органов власти идет доля композиции. По законам Тауке эта доля определяется в одну десятую взыскания, в дальнейшем эта доля возрастает. Кроме «бийлыка» взыскивается еще и «ханская часть» («ханлык»), взимается какая-то доля в пользу эсаулов («эсаулхакы»). Все эти взыскания были не самостоятельными штрафами, а частью композиции. Так, д'Андре сообщает, что при присуждении аттуна «из обоих вещей обиженный берет лишь одну, другую же оставляет в пользу бия или тех людей, которые разбирали его дело» [81]. По Красовскому, вознаграждение бию всегда составляет определенную долю исковой суммы [82]. По Гродекову, «*прежде* вознаграждение биям (бийлык) не было точно определено. Помимо поднесений и подарков им доставалась одна из лучших скотин штрафа или по крайней мере халат из аттуна» [83]. Сопоставляя эти сведения с отмеченным выше древним обычаем, запрещающим потерпевшему обращать взыскание в свою пользу и требовавшим раздачи присутствующим на суде всего взысканного штрафа, приходим к выводу, что ханы и бии просто узурпировали древнее право общины на получение уголовного штрафа. Этот процесс полностью завершился не у казахов, а у киргизов, о которых тот же Гродеков сообщает, что «в ханлык и манаплык шел обыкновенно весь полученный штраф, за вычетом украденного имущества» [84]. Ясно, однако, что независимо от того, идет ли взысканное как штраф имущество в большей своей части хану и биям или в пользу общины, штраф этот по природе своей есть наказание, а не возмещение ущерба, причиненного потерпевшему.

Выяснив, таким образом, природу имущественных наказаний за преступление, перейдем к их классификации и рассмотрению отдельных видов. Среди имущественных взысканий прежде всего выделяется взыскание за убийство, тяжкое членовредительство и преступления, приравниваемые к убийству (например, изнасилование, прелюбодеяние или похищение женщины). Оно называется «кун». Подробно рассмотрим это наказание ниже, при исследовании убийства. От куна отличаются все прочие виды уголовных штрафов, называемые «аипами» [85]. Среди аипов наиболее типичными и распространенными являются «тогуз» (девятикратный штраф, «девятка») и «аттун» (лошадь и халат). Тогуз по своему происхожде-

нию связан с кражей, так же как кун с убийством, но в XIX в. тогуз уже потерял свое специфическое назначение и применялся в самых разнообразных случаях при серьезных преступлениях как серьезное взыскание. Аттун же применялся для наименее тяжких проступков.

Древнейшее право, знавшее только немногие преступления, знало соответственно и немногие санкции, как правило, абсолютно определенные и привязанные, так сказать, к определенным преступлениям. Дифференциация мер наказания есть продукт свободного правотворчества судей, неизбежного потому, что круг наказуемых действий непрерывно расширяется, так как с обострением классовых противоречий делаются все многообразнее и посягательства на существующий классовый порядок. В середине XIX в., когда в силу внутреннего развития и внешних влияний общественный строй казахов испытывал серьезнейшие потрясения, казахские бии, кажется, уже очень мало считались с нормами обычного права при определении наказания. Д'Андре сообщает: «Преступление, какого бы рода оно ни было, может принять более или менее важный оборот, основываясь на одних лишь местных обстоятельствах и соображении бия, равно как и самое наказание может быть увеличено или уменьшено, смотря по тому же одному соображению бия» [86]. Но при всем произволе в области определения наказаний бии, чтобы сохранить видимость соблюдения обычного права, предпочитали новые наказания облекать в форму привычных для населения, предусмотренных древним адатом. Это особенно практиковалось при превращении старых, равных для всех наказаний в наказания феодального типа, уменьшаемые для знати и увеличиваемые для бедноты. Очень характерно в этом смысле появление наряду с аттуном наказаний, которые Л. Баллюзек называет «азусыз-ат, жиексиз-тун» («лошадь без коренного зуба и не красный халат»). Это наказание заменяло аттун, когда потерпевшим был бедняк, оно присуждалось за обиду низшему, не пользующемуся никаким влиянием. При этом обиженный получал даже не беззубую лошадь и дрянной халат, что, может быть, имело место в прошлом, а барана и кусок бязи. При «незначительности» потерпевшего возможен и другой вариант аттуна, при котором давался только халат [87]. Гродеков сообщает о штрафе «ас-

тарсиз-чапан» («халат без подклада»), который означал почти мировую сделку [88]. Этот штраф также являлся, конечно, модификацией аттуна.

В таком же направлении развивался и тогуз, превращаясь из однообразного девятикратного штрафа в штраф, дифференцируемый в зависимости от тяжести преступления и особенно от классовой принадлежности преступника и потерпевшего. В первоначальной форме девятикратного штрафа против причиненного ущерба тогуз можно обнаружить у кочевников Средней Азии в самой глубокой древности. По китайским источникам, уже обычное право ту-кю устанавливало за кражу лошади и других вещей десятикратный против стоимости покражи штраф [89]. Но это, очевидно, тот же тогуз, названный десяти-, а не девятикратным штрафом, потому что к штрафу присчитана стоимость подлежащей возврату украденной вещи. Как известно, в монгольском праве также установлен был в качестве наказания для вора, укравшего лошадь, возврат украденной лошади с прибавкой *девяти* таких же лошадей [90]. Марко Поло, воспроизводя постановления монгольского права, говорит о *десятикратном* выкупе, также имея, очевидно, в виду возврат украденного [91]. «Девятка» и кратный к «девятке» штраф постоянно фигурирует в монгол-калмыцком и ойратском уставе 1640 г. Здесь одновременно упоминаются два способа исчисления этой «девятки». Так, за кражу *скота* «определяется брать за каждую скотину по семидесяти по две скотины, да сверх того свидетелю по девяти скотин», т. е. всего девять «девяток», причем не видно, включается ли сюда возврат украденного. В другой статье предлагается эти «девятки» за кражу *вещей* брать «сверху иску». Таким образом, и здесь «девятка» легко превращается в «десятку» [92].

В казахском праве тогуз как штраф по всем серьезным, кроме убийства, преступлениям, дифференцируется путем умножения на 3 и на 9. В законах Тауке в записи Левшина, как и в записи Шукуралиева, в качестве наказания за кражу фигурирует «трижды девять раз украденное» [93]. Такой же штраф указан и Я. Гавердовским [94]. При взысканиях за другие, более серьезные преступления взыскивалось девять тогузов. Так, например, из донесения султана Худаймедина акмолинскому окружному приказу в феврале 1844 г. мы узнаем, что

Кенесары Касымов взял «в штраф девять девяток» с Дмола и Акыла Агыбаевых с братьями за то, что те осмелились просить у него разрешения кочевать в сторону русской границы [95], что Кенесары расценил как измену.

Тогуз как имущественное взыскание имел совершенно различное содержание не только потому, что практика установила взыскание 1, 3, 9 и более тогузов, но и потому, что различной была ценность разных тогузов. Возникнув как девятикратный штраф скотом за кражу скота, тогуз мог быть девяткой верблюдов, лошадей, баранов и т. д., в зависимости от того, какой скот был украден. Когда тогузы стали применять не только за кражу скота, в одних случаях можно было назначить тогуз верблюдов, в другом — тогуз баранов. Но и этого мало. К каждому тогузу было сделано еще и добавление какой-либо «лучшей вещи». Так, в законах Тауке в записи А. И. Левшина и у Я. Гавердовского предусмотрено, что к тогузу верблюдов нужно придать одного пленного, к лошади — одного верблюда, к овцам — одну лошадь. В записи казахских законов начала XIX в., сделанной М. Путинцевым, указывается, что верблюд есть необходимая составная часть тройного тогуза, в котором он может быть, впрочем, заменен кольчугой [96]. Дальнейшая эволюция тогуза заключается, следовательно, в том, что эти «лучшие вещи» входят в состав «девятки». Тогуз перестает быть девяткой однородных предметов, перестает быть девятикратным против стоимости похищенного штрафом. «Лучшая вещь в числе взыска,— сообщает М. Путинцев,— называется по их обыкновению «яхши», т. е. главная, например, человек, кольчуга, верблюд, лошадь; за сими уже полагают жеребят, кобыл 4- и 3-летних» [97].

Казахскому праву, таким образом, известны были три вида разной ценности тогузов, генетически связанных с девятикратным штрафом за кражу основных в казахской степи видов скота: верблюдов, лошадей и овец,— но применявшихся уже в первой половине XIX в. и, вероятно, раньше как наказание за всякие преступления, кроме убийства. Приведем запись их д'Андре.

«...Тогуз бывает трех видов:

1-го рода тогуз самый большой и обременительный,

состоит из десятка голов скота, а именно: 1 верблюд, 2 дойных кобылы и 2 двухгодовалых жеребенка.

Примечание. Дойная кобыла считается за 3 головы, т. е. сосун, приплод и самая кобыла.

2-го рода тогуз состоит из девяти голов скота, а именно: 1 лошадь, 2 дойных коровы с 2 телятами и приплодом и пара годовалого рогатого скота.

3-го рода тогуз, или тукал-тогуз, состоит из восьми голов скота, а именно: из 2 баранов с ягнятами и с приплодом, 1 барана без ягнят и 1 козла».

Д'Андре замечает: «За важное преступление, требующее смертной казни или жестокого телесного наказания, преступник выкупается уплатой всех трех тогузов разом, составляющими в подобном случае один полный тогуз. За менее же важные проступки сообразно вине один из трех тогузов, может быть, сможет заменить наказание» [98]. В этих трех тогузах, составляющих «один полный тогуз», легко увидеть тот 27-кратный штраф за кражу, который упоминается большинством источников. Но если в записях законов Тауке весьма определенно подчеркивается, что 27-кратный штраф платится «тем же самым скотом» (Гавердовский), «трижды девять» (27) раз украденное (Левшин), «трижды по девяти верблюдов» за верблюда, «трижды по девяти лошадей» за лошадь и т. д. (Шукуралиев), то у Путинцева, который записывал не сохранившийся в устной традиции текст закона Тауке, а действовавшее в начале XIX в. обычное право, столь же определенно указано, что 27-кратный штраф платился «разным скотом».

В описании д'Андре трех видов тогузов можно найти объяснение не только происхождения этого наказания как девятикратного штрафа, но и происхождения имущественных взысканий за кражу вообще. В самом деле, каждый тогуз как «девятка» имеет в своей основе «тройку». Такой «тройкой», как отмечает д'Андре, считается дойная кобыла с сосуном и будущим приплодом, дойная корова с теленком и будущим приплодом и овца с ягненком и будущим приплодом. Тройной штраф за кражу скота известен казахскому праву и как самостоятельный вид штрафа. Это очень распространенный штраф, именуемый «привязкой к шее и хвосту» украденной скотины, т. е. обязанность вернуть вместо одной головы скота три. Штраф этот применялся исключительно при краже [99].

Во второй половине XIX в. этот штраф заменил собою тогуз как наказание за кражу скота, что связано с неприменимостью в это время крупных штрафов вообще; но эта «привязка к шее и хвосту» не была изобретена в XIX в., она древнее тогуза. В начале XIX в. тройной штраф практикуется рядом с тогузом за кражу скота как наказание за кражу охотничьей добычи из ловушек либо за порчу сетей и капканов [100]. Идею «тройки», ее происхождение для общества скотоводов объяснить нетрудно. Украденный скот, удерживаемый некоторое время вором, должен быть возвращен с нормальным приплодом. Отсюда и требовали по обычаю за каждую голову украденного скота три головы, причем характерно, что штраф, именуемый «привязкой к шее и хвосту», так и платился молодняком. Например, по Маковецкому, к 5 украденным взрослым лошадям нужно было прибавить 5 двухлеток и 5 трехлеток. В дальнейшем эта «тройка» легко превращалась путем повторного утроения в тогуз, «девятку», подобно тому как тогуз путем такого же утроения превращался в известный 27-кратный штраф, а этот, в свою очередь, в 81-кратный, или уже отмеченные нами «девять девяток». А. К. Гейнс сообщает, что в 60-х гг. XIX в. по одному иску за кражу двух лошадей бии присудили возвратить хозяину этих же двух лошадей, но с жеребятами, поскольку со времени кражи прошел год [101]. При этом султан получал в ханлык кобылу, а бии — трех баранов. Этот конкретный случай ясно показывает, что потерпевший от кражи получал только украденное с приплодом, а высокие штрафы за кражу шли в пользу султана и биев. Таким образом, имущественные взыскания за кражу возникли на почве возврата похищенного скота с приплодом. Поскольку эти взыскания перерастали размеры реального ущерба, они становились наказаниями, т. е. налагались в интересах поддержания классового порядка, при содействии государства, хотя слабая государственная власть была представлена властью общин. Первоначальный смысл композиций, поскольку они существуют в доклассовом обществе, заключается во всех случаях (в том числе и при убийстве, как это будет показано ниже при исследовании происхождения казахского куна) и в возмещении реального ущерба в натуре. Совершенно неправильно приписывать доклассовому обществу выкуп *преступлений* путем уплаты имущественного эквивалента, как

это делает учебник «Уголовное право». Здесь утверждается, что уже при первобытнообщинном строе композиции заключались в том, что «обидчик расплачивался с обиженным или его родом определенным количеством *меновых единиц*» [102]. Это предполагает такое развитие отношений обмена, при котором уже выработаны соответствующие эквиваленты не только имущественных, но и неимущественных ценностей: жизни, телесной неприкосновенности и т. д. Подобная идеология, допускающая компенсацию жизни сородича, раны или оскорбления определенным количеством меновых единиц, разумеется, ничего общего не имеет с идеологией общества, в котором жизнь и честь еще не стали под влиянием классового неравенства и разлагающей роли обмена предметом купли-продажи. Композиции, как это показано для тогуза и будет ниже показано для куна, появились не в качестве менового эквивалента, а в качестве возмещения причиненного ущерба в натуре.

Переходя от имущественных взысканий к взысканиям, обращенным на личность преступника, следует прежде всего остановиться на смертной казни.

Смертная казнь была древнейшим наказанием и вплоть до конца XVIII в. сохраняла архаические черты, свидетельствующие о том, что некогда смертный приговор у казахов, как у германцев эпохи Тацита, мог быть вынесен только народным собранием. В конце XVIII в. это правило в основном превратилось уже в гарантию для знати. Поэтому А. И. Левшин говорил о праве «ханов и сильнейших султанов казнить таких преступников, которых смерть не может произвести сильного ропота в народе» [103]. Более или менее влиятельных лиц хан, безусловно, казнить не имел права. Хан Нуралы в своем донесении Екатерине II от 15 мая 1774 г. сообщал, что когда к нему приехал сын султана Дусали, примкнувший было к Пугачеву, то он его «жестоко наказал и имел намерение умертвить, но токмо без надлежащего следствия и рассмотрения дела подчиненные мои до того меня не допустили» [104]. Но и к рядовым казахам казахские ханы до второй половины XVIII в. не могли применять смертную казнь без согласия народа. П. Рычков в «Описании киргиз-кайсацкого народа», составленном в 1747 г., указывает, что карательная власть ханов и султанов даже «за большие и явные злодейства» ограничи-

вается наказанием плетьми. Об Абулхаир-хане, добавляет он в примечании, «сказывают, якобы он по усилетву своему в народе виноватых людей никогда не вешал» [105]. Следовательно, применение смертной казни Абулхаиром рассматривается уже как узурпация, как результат «усилетва в народе» против обычной власти хана, и все это сопровождается еще оговоркой «сказывают, якобы». Все русские источники подчеркивают, что применение смертной казни Аблаем и Арынгазы было узурпацией прав «народного» собрания. Можно дополнить эти свидетельства постановлением, записанным в сборнике Комитета 1824 г.: «За убийство, сделанное султаном или хожею без приговора общества, платит... кун» [106]. Отсюда ясно, что султан мог казнить преступника только «по приговору общества». Отсутствие у казахских султанов и ханов права казнить своих подданных подчеркивал еще в начале XIX в. Мейендорф, указывая, что против права хана располагать жизнью и смертью своих подданых последние имеют гарантию в «общественном мнении», которое здесь необычайно сильно. Это не покажется удивительным, если учесть, что, по свидетельству П. Палласа, даже калмыцкие нойоны, бывшие для казахских султанов недосягаемым образцом сильной власти, могли подвергать своих подданных телесным наказаниям, даже резать им носы и уши, но не осмеливались казнить кого-либо публично [107]. Впрочем, с того времени, как в конце XVIII в. казахские султаны и ханы узурпировали право смертной казни, положение резко изменилось. Арынгазы вешал по собственному заявлению по сотне людей в год. Широко применял смертную казнь Аблай. Броневский пишет: «Прежние ханы, каковы Ишим и Аблай, имели силу и власть государей: жизнь и смерть подданных была в их руках — довольно было одного слова, чтобы лишить живота и имущества без всякого судопроизводства» [108]. Кенесары Касымов, по словам Герна, «за малейшее преступление наказывает смертью», действуя притом «неограниченно» [109]. В частности, он, как сообщается в рапорте Сотникова, обыкновенно наказывал смертной казнью «людей, подозреваемых в разведывании», т. е. шпионов [110]. Но древнему адату это, безусловно, противоречило; казахские бии, судившие по адату, никогда не пользовались правом присуждения к смертной казни, и д'Андре специально от-

мечает, что «к смертной казни приговор не может составляться одним бием, а обще с казыем и султаном» [111]. Участие в этом судилище казыя особенно подчеркивает, что судилище это руководствуется уже не адатом, а шариатом. Заметим, что во второй четверти XIX в. законодательство царизма окончательно ликвидировало владетельные права ханов и султанов и вовсе не исключало применение смертной казни казахскими судьями. Следовательно, записанный д'Андре порядок осуждения к смертной казни уже не мог быть действующим во времена д'Андре и, как многие записанные им нормы, относился к прошлому.

Смертная казнь могла применяться в качестве наказания за убийство, прелюбодеяние, изнасилование и за кражу. Это единогласно подтверждается записями законов Тауке, сделанными А. Левшиным, и Я. Гавердовским, записью действовавшего в начале XIX в. обычного права, сделанной М. Путинцевым [112], и некоторыми другими источниками. В этом отношении казахское обычное право идет по следам древнейших постановлений, известных кочевникам Средней Азии (и не только им). У хунну смерть была наказанием за совершение убийства или значительной кражи [113], у ту-кю — за бунт, измену, убийство, прелюбодеяние с замужней женщиной или изнасилование замужней женщины, а также за кражу стреноженной лошади [114]. По монгольскому праву, которое могло иметь непосредственное влияние на казахское право, смертной казнью карались убийство, прелюбодеяние, блуд, крупная кража и грабеж, а также отступление в бою и дезертирство [115]. Можно считать поэтому, что перечень преступлений, караемых у казахов смертной казнью, данный в указанных выше источниках, вполне достоверен. Но следует все же обратить внимание на то, что кража в этом перечне занимает отличное от иных преступлений место. Так, по Левшину, смертная казнь за кражу безоговорочно указана в имеющей несколько декларативный характер вводной части законов Тауке, но в норме, конкретизирующей ответственность за кражу, указано только имущественное возмещение в тогузах. В записи тех же законов у К. Шукуралиева смертная казнь, хотя и с возможностью выкупа куном, указана безоговорочно как наказание за

убийство и изнасилование, но для кражи предусмотрен только платеж тогузов, а смертный приговор определяется лишь на тот случай, «когда сделает сам признание или доказан будет четырьмя свидетелями». Лишь в этом случае вора «для страху другим убивали» [116]. По Я. Гавердовскому, вор к наказанию присуждался только «после девяти обличений». В. Радлов вовсе не упоминает о возможности применения смертной казни за кражу и говорит, что требовать смерти преступника по древнему обычному праву можно было бы только при убийстве, прелюбодеянии и изнасиловании [117]. Хотя это утверждение для XVIII в. безусловно ошибочно, оно заслуживает внимания, так как возможно, что В. Радлов пользовался в данном случае преданиями очень глубокой древности, отразившими особое положение кражи в ряду преступлений, наказуемых смертью.

Отмеченные особенности в установлении смертной казни за кражу вызваны, очевидно, тем, что смертная казнь за кражу стала применяться хотя и очень рано, но все же гораздо позже, нежели за убийство, изнасилование и прелюбодеяние. Как бы важна ни была защита частной собственности в процессе ее становления и развития, но в обществах, устойчиво сохраняющих рядовой быт и в связи с этим значительные пережитки коллективной собственности, посягательства на собственность долго не составляют серьезной угрозы для эксплуататоров их групп, использующих для эксплуатации сородичей главным образом пережитки коллективной собственности (саун, журтшилык и другие виды «родственной взаимопомощи»). Здесь же следует отметить, что установить смертную казнь за кражу было гораздо труднее, чем за убийство, ибо во втором случае смертная казнь прямо вытекала из права кровной мести, в то время как санкцией за кражу, как показано уже выше при выяснении происхождения тогуза, первоначально было возмещение в натуре причиненного кражей имущественного ущерба. Смертная казнь за убийство у казахов, как и других народов, возникла как легализуемая государством, судом месть родственников убитого убийце. По Броневскому, она еще в начале XIX в. заключалась в «умерщвлении преступника от рук ближних родственников убитого, коим выдают его головою на произвол» [118]. Описав кровавую расправу байулинцев над али-

мулинцами, Левшин добавляет: «... также бывает, когда убийцу выдадут родственникам убитого» [119]. Кража же первоначально, безусловно, не влекла за собой мести. По Тациту, у древних германцев поводом к мести было только убийство. По некоторым поздним источникам, кровная вражда и месть возникали не только из убийства, но и из прелюбодеяния, блуда и похищения женщин. Перед нами, следовательно, тот же перечень наказуемых смертью преступлений, что и в казахском праве XVIII в., за исключением кражи. Последнее свидетельствует о том, что в области защиты частной собственности казахи XVIII в. оставили далеко позади германцев времен Тацита.

Некоторые постановления казахского обычного права, относящиеся к смертной казни, имеют ясно выраженный характер феодального права привилегии. Так, например, если за убийство ходжи не будет уплачен положенный семикратный кун, то должен быть повешен не только убийца, но и 6 человек его родственников [120]. Постановление это содержится только в записях Броневского и свода Комитета 1824 г. и не характерно для древнего обычного права. Древнее постановление исключает замену смертной казни выкупом при убийстве женою мужа и хозяина рабом. Первое содержится в законах Тауке, второе подчеркивает В. Радлов [121]. В основном же классовая политика в отношении смертной казни вполне обеспечивалась возможностью откупиться от смертной казни куном или тогузом и применением в ряде случаев смертной казни к несостоятельному преступнику.

В архивных материалах и литературе дается очень много видов смертной казни. Но далеко не все они могут рассматриваться как присущие собственно обычному казахскому праву. Например, побивание камнями, о котором упоминают Броневский, Маковецкий и др., есть, несомненно, шариатское наказание. Оно хорошо известно из Корана. Маковецкий отмечает, что этот вид смертной казни применялся за религиозные преступления [122], к тому же такой способ казни вряд ли мог возникнуть в травянистой степи. Записи законов Тауке об этом виде смертной казни не упоминают. Столь же мало вероятно, чтобы в казахской степи в качестве обычного вида смертной казни практиковалось повешение на деревьях, о котором говорит А. Левшин [123]. Сажание на кол, о кото-

ром сообщает Л. А. Словохотов [124], бесспорно, наказание заимствованное, и довольно поздно, в оседлых среднеазиатских ханствах. Сообщают еще о таких видах смертной казни, как сжигание на углях, голодная смерть в яме [125], перерезывание горла, иногда рассечение тела на части, распарывание живота с вкладыванием туда рук, ног и головы [126]. Наряду с такого рода диким издевательством над телом казнимого существовало, по сообщению М. Красовского, и правило, требовавшее выдачи сородичам после казни трупа в «исправном состоянии» [127]. Противоречивость этих сообщений может быть согласована, если вспомнить, что, присуждая Чжамуху к смертной казни, Чингис-хан из уважения к своему политическому противнику, которого он считал «человеком высокого пути», удовлетворил его просьбу и казнил его «без пролития крови», т. е. велел удавить [128]. Выдача трупа «в исправном состоянии», т. е. не изуродованного, могла, очевидно, иметь место и у казахов в результате «привилегированной» казни путем удушения, повешения. По А. Левшину, удушение производилось в собрании старейшин, родоправителей и народа, куда осужденного приводили с петлей на шее. Участники собрания, по 2—3 человека с каждой стороны, затягивали эту петлю, пока не наступала смерть осужденного [129]. Так как к смертной казни в древности, как было уже показано, присуждало только народное собрание, то описанный здесь способ казни в народном собрании должен быть признан древнейшим. Удушение в народном собрании сменилось повешением, но не на деревьях, как сообщает Левшин, которые редки в степи, а на верблюде. Если казнили двух, то они вдвоем повисали на веревке, перекинутой через горб верблюда. Так, по Маковецкому, казнили виновных в прелюбодеянии. Если казни подвергался один, то, как описывал казни, совершенные Абулхаир-ханом, П. Рычков, осужденного вешали, «подняв его веревкою на верблюжью шею, которого (верблюда, разумеется. — *С. Ф.*) как погонят, то осужденный принужден скоро удавиться» [130]. О повешении на верблюде говорит и Броневский [131], и ряд других источников; несомненно, у казахов этот вид смертной казни был освящен долгой традицией.

Столь же древним видом смертной казни было «растаскивание дикими лошадьми» (Броневский). По

А. И. Левшину, к хвосту дикой лошади привязывали труп удушенного упомянутым уже способом в народном собрании. Но это, очевидно, была квалифицированная смертная казнь, при которой тело преступника, вместо того чтобы быть выданным сородичам для погребения в исправном состоянии, подвергалось такому растерзанию. Это была позорящая смерть. Из журнала А. И. Тевкелева (запись от 19 января 1733 г.) видно, что партия противников Абулхаир-хана угрожала, что Абулхаир-хана «ханшу, привязав за волосы к хвосту лошади, будут таскать по полю» [132]. Этот вид смертной казни породил в казахском праве нечто вроде символической казни за небольшие преступления: обнаженного до пояса преступника, вымазанного сажей и с черным войлоком на шее, заставляли держать зубами веревку, привязанную к хвосту лошади и, погоняя плетьми лошадь и преступника, заставляли его бежать за лошадью [133].

Членовредительные, увечащие наказания не свойственны обычному праву казахов. О них упоминают источники только начиная с середины XIX в. В рапорте Ячменева от 16 апреля 1846 г., например, мимоходом отмечается, что несостоятельному вору, который, как правило, подвергается телесному наказанию, «иногда режут ... нос и уши» [134]. Д'Андре в одном случае упоминает, что вору отсекается кисть правой руки [135], но это прямо заимствовано из Корана. По Маковецкому, за прелюбодеяние резали уши, нос, губы, рвали ноздри [136]. Но Гродеков указывает, что членовредительные наказания «практиковались только кокандцами» [137], и если он и неправ, категорически отрицая их применение у казахов, то во всяком случае бесспорно, что этот вид наказаний был поздно заимствован у оседлых соседей; казахское право еще в начале XIX в. его не знает, и даже позже указания на применение членовредительных наказаний чрезвычайно редки. В XVIII и первой половине XIX в. казахское обычное право знало бесспорно только один вид увечащего или близкого к увечащему наказания. Это «рассечение головы», заключающееся в том, что наказываемому ударом сабли или ножа разрезали кожу на голове. Памятники обычного права вовсе умалчивают об этом наказании, а между тем на практике оно, очевидно, часто применялось. Так, султан Ерали в письме к исполняющему обязанности оренбургского губернатора Мансурову от

24 декабря 1777 г. докладывал, что он подчиненных ему казахов «не допускал к учинению ими злодейства, битьем и ранением их голов от того удерживал» [138]. Бывший в плену у Кенесары Касымова Куитас Куватов показывал, что «Касымов мучил их пыткою, разрезывая ножом головы» [139]. Кенесары же, по показанию лазутчика Кульджана Культенева, приказал поймать незаконно собиравших закят Дюсембая и его товарищей, жестоко наказать «и в довершение всего, *чтобы Кенесары знал, что они наказаны*, сделать на головах их раны» [140]. Наказание это, следовательно, имело значение меры, свидетельствующей навсегда о том, что данное лицо подвергалось наказанию, наподобие урезывания уха в древнем русском праве. Афганец Мухамметхан, подвергшийся в 1840 г. нападению со стороны группы казахов, показывал: «Мне рассекали топором голову, всех прочих переранили» [141]. Если бы речь шла в данном случае, как и в предыдущем, не о специфическом наказании, то вряд ли, конечно, авторы этих показаний могли бы их сделать. Это наказание, очевидно, очень древнее, так как нечто подобное можно обнаружить еще у хунну, которые за легкие преступления рассекали лицо [142].

Самыми распространенными из наказаний, обращенных против личности преступника, были телесные. В отношении неимущих и не пользующихся поддержкой сородичей они были столь же частыми, как имущественные взыскания применительно к имущим и обеспеченным материальной помощью. Это хорошо выражено в казахской пословице: «У кого дырявая юрта, того пожирают дождевые капли; у кого мало сородичей, того пожирают нагайки» [143].

Телесные наказания получили распространение не ранее конца XVIII — начала XIX в. Законы Тауке такого наказания не предусматривали, и в его время суд биев таких приговоров не выносил. Невероятно, чтобы во времена Тауке, когда всякий формально свободный казах приглашался еще в народное собрание непременно вооруженным, когда столь же формально, правда, но отрицалось еще право принудительного суда над ним, невероятно, чтобы этот свободный казах подвергался сечению по приговору биев, которые продолжали напяливать на себя личину медиаторов-посредников. Слишком сильны были еще традиции родо-племенной демократии, чтобы подоб-

ные унизительные наказания могли найти себе место в обычном праве. Конечно, ханы, султаны и старшины и в XVIII в. орудовали плетьми, избивая за провинности зависимых от них людей. О том, что казахские ханы и султаны, разбирая «обще с султанами и старшинами и с лучшими улусными людьми происходящие между киргизцами ссоры», наказывали виновных «больше одними плетьми, употребляя к тому из находящихся при них особых служителей, коих называют они тюленгутами», — сообщает П. Рычков [144]. Нуралы избил плетью сына Досали-султана за сообщничество с Пугачевым и докладывал об этом как об учиненном им наказании мятежнику [145]. Но, оценивая подобные сообщения, следует иметь в виду, что казахские ханы, со времени Абулхаира стремившиеся к тому, чтобы вопреки старой степной традиции быть «самовластными», и в своей карательной политике мало считались с древним адатом, а некоторые из них, как Арынгазы, прямо заменили адат шариатом. Требование шариатского суда, в арсенале которого находятся и плети, и членовредительные наказания, и смертная казнь без приговора народного собрания, т. е. все меры, необходимые для обуздания вышедших в это время из повиновения масс, настойчиво выдвигаются на грани XVIII и XIX вв. всей казахской знатью. Телесные наказания стали применяться в широком масштабе в результате заимствования у оседлых соседей шариатских норм.

Не только законы Тауке во всех известных нам записях (А. Левшина, К. Шукуралиева, Я. Гавердовского) не знают еще плетей, но даже записи обычного права первой четверти XIX в. предусматривают телесные наказания в очень редких случаях. Так, у Броневского наказание плетьми предусмотрено только как «домашнее наказание» («наказываются от родственников») за распространение ложных и вредных слухов [146]. В сборнике Комитета 1824 г., при составлении которого старый адат был явно восполнен пожеланиями старшин, телесные наказания предусмотрены, кроме того, за лжесвидетельство и самовольный захват пастбища [147]. Видно, что применение телесных наказаний носит здесь еще совершенно случайный характер и не включается в число санкций за важнейшие преступления. Не только за кражу, но даже за преступление против религии, где так широко позже применяется сечение как способ наставления на путь

истинный, телесные наказания еще не предусмотрены. Только в середине XIX в., по д'Андре, впервые телесные наказания получают широкое применение. Здесь телесные наказания предусмотрены за богохульство, за кражу и грабеж, за оскорбление вышестоящего лица и т. д. Они приобретают универсальный характер потому, что всякий несостоятельный, неспособный откупиться тогузом или аттуном преступник подвергается если не смертной казни, то телесному наказанию. Вместе с тем в записях д'Андре отмечено шариатское происхождение телесных наказаний и главного из них — сечения. Например, некоторое отступление от предписанных Кораном правил сечения объясняется бытовыми условиями: «Хоть в Алкоране орудие и означено «саут» — палка, но за неимением такового всегда в суде общепринято ныне наказывать преступников нагайкою величиною не тоньше среднего пальца» [148]. Сечение может производиться в точном соответствии с требованиями Корана, и тогда число ударов определяется согласно Корану и преступника бьют лежачего. Если же число ударов определено не по Корану, то его бьют, приставив к позорному столбу [149]. Все эти правила излагаются очень подробно и обязательно сопровождаются ссылкой на Алкоран.

Нужно поэтому решительно отвергнуть утверждение Маковецкого, что у казахов «телесные наказания... составляют нововведение русских» [150]. Верно, что обычному праву казахов до XIX в. телесные наказания, особенно в форме сечения, были несвойственны. Это очень решительно подчеркнуто, например, в материалах Л. Баллюзека [151]. Но никак нельзя отнести введение телесных наказаний за счет царизма, потому что в 40-х гг. XIX в. влияние царского правительства на обычное право казахов было еще настолько незначительным, что им даже не контролировался состав биев [152]. В то время, когда д'Андре путешествовал по степи, записывая «киргизские обычаи, имеющие в орде силу закона», царская администрация имела чрезвычайно смутное представление об этих обычаях и только готовилась к вмешательству в эту сторону казахской жизни, чем и вызвана была командировка д'Андре. Прав поэтому П. Загряжский, указывающий, что «с занятием края русскими телесные наказания везде заменились аипом» [153]. Действительно, положениями 11 июля 1867 г. и 21 октября 1868 г. в связи, оче-

видно, с реформами 60-х гг. в «Туркестанском крае» и в «степных областях» телесные наказания были отменены [154].

Труднее судить о времени появления у казахов других, кроме порки, телесных наказаний. Некоторые из них настолько специфичны для общества кочевников-скотоводов, что их древность трудно оспаривать. Сюда относится, например, наказание, заключающееся в том, что через преступника, распростертого на земле лицом вверх и привязанного за руки и за ноги, прогонялось стадо баранов, размер которого определялся в зависимости от тяжести преступления [155]. Наказание это часто превращалось в смертную казнь. Д'Андре сообщает: «В летнее время преступника кладут обнаженного на солнце с привязанными врозь руками и ногами к земле. Зимою сажают по пояс в прорубь или, оставив на теле самую легкую одежду, преступника выставляют связанного на мороз. Примечание. При подобных наказаниях преступнику приносят пищу родные или одноаульцы, но не иначе, как с дозволения бия, и в количестве, достаточном лишь для поддержания жизни». Эти наказания д'Андре относит к «исправительным», они применяются к преступнику, «на коего наказание нагайкой не имеет никакого действия», к рецидивисту. Назначаются они по «одному усмотрению бия и суть в виде исправительных мер, а не подлежащих суду» [156]. В описании этих наказаний приоткрывается картина «домашней», «внутриаульной» юстиции с широким произволом старшин и биев, не связанных нормами обычного права и практикующих применение к непокорным сородичам самых жестоких пыток.

К таким же «исправительным» наказаниям д'Андре относит и заключение: «Преступника сажают в яму, вырытую в рост человека, и прикрывают сверху кибиточной решеткой или куском кошмы; заключение продолжается до тех пор, пока преступник не обещает при народе исправиться...» [157]. П. Е. Маковецкий и Н. И. Гродеков видят в этом, так же как и в заковывании в конские путы, лишь средство предотвращения побега, а не наказание. Они отрицают наличие у казахов лишения свободы как вида наказания [158]. С этим нужно согласиться. У кочевников-скотоводов нет никакой возможности применять тюремное заключение, и подобное наказание не может иметь сколько-нибудь постоянного места в арсенале кара-

тельных мер. Когда тайчиудцы схватили будущего Чингис-хана, они, чтобы он не бежал, надели ему на шею колодку, но запереть его было некуда, поэтому «на ночлег он должен был скитаться из юрты в юрту» и водил его «какой-то слабосильный парень» [159]. Средством задержания преступников, а не наказанием было оковывание в тех конкретных случаях, о которых сообщают источники. Абулхаир-хан сковал казахов, отогнавших у М. Тевкелева лошадей. Кенесары Касымов держал порознь и в «железах» пойманных им Куватова с товарищами, заподозренных в шпионаже. Это было в обоих случаях, так сказать, «предварительное заключение», ибо скованных «били и мучили больно»; «мучили их пыткою... и бросали по два человека в воду» [160]. По данным д'Андре, такое предварительное заключение применялось лишь в том случае, если нельзя было получить поручительства: «...буде никто из аульников не соглашается взять на поруки... прибегают к заключению» [161].

Заключение как наказание имело у казахов символический характер и являлось наказанием позорящим. Виновного сажали внутрь очерченного на земле круга, и он должен был просидеть там некоторое время (до суток). Либо его сажали на несколько часов под три палки, вбитые так, что их верхние концы сходились; либо под решетку от юрты. Утверждают, что «этого наказания боялись, как огня, и оно применялось только в крайности» [162], что можно объяснить лишь древностью такого наказания и какими-то традиционными представлениями, с ним связанными. Казахскому праву известны и другие позорящие наказания. Д'Андре приводит, например, «обругание» и «оплевание». При мелкой краже преступник подлежит не телесному наказанию, «но народному позору, как-то: обругание его при всех бием или плевание в глаза с наставлением, чтобы не показывался между добрыми людьми» [163]. Традиционное позорящее наказание указано в законах Тауке (запись А. И. Левшина): «Сына, осмелившегося злословить или бить отца или мать свою, сажают на черную корову, лицом к хвосту, с навязанным на шею старым войлоком; корову сию водят вокруг аулов и сидящего на ней бьют плетьми». По Н. И. Гродекову и некоторым другим авторам, это наказание называется «обходом народа». Виновного с черным войлоком на шее и с вымазанным сажей лицом водят по

аулу и его бьет плетью едущий вслед за ним всадник [164].

В качестве наказания практиковалась также отдача виновного в работу потерпевшему. Она применялась вместо имущественного взыскания. По Броневскому, виновный в краже «от голоду или бедности», поскольку он не может возместить причиненный вред, «отдает из детей своих одного в услужение или сам идет к истцу в услуги» [165]. Об отдаче в работники для отработки убытков и штрафа неоднократно упоминает д'Андре. М. Красовский дополняет эти сообщения сведениями о положении такого отданного в работу преступника. Он говорит, что ранее они находились на положении рабов, а во второй половине XIX в. — уже на положении тюленгутов [166—175].

Имущественные преступления

Важнейшая задача права каждого общества, и уголовного права особенно, — защита неприкосновенности собственности, лежащей в основе данного общественного строя. Невозможно представить себе систему уголовного права, в котором этот вопрос не был бы основным, которое примирительно, равнодушно относилось бы к нарушению права собственности.

Приступая к рассмотрению тех норм в обычном праве казахов, которые призваны обеспечить неприкосновенность собственности, мы не можем не учитывать чрезвычайно распространенное в документах царской администрации и в буржуазной литературе мнение, что у казахов в XVIII и XIX вв. неприкосновенность собственности почти вовсе не была обеспечена, что весьма распространенные кража, грабежи и разбои либо вовсе не считались преступлением и даже поощрялись общественным мнением, либо влекли за собой минимальные, не способные устрашить воров и грабителей наказания. Подобные взгляды, отражающие, хотя и в искаженной форме, некоторые реально существовавшие и весьма важные особенности института уголовно-правовой защиты частной собственности у казахов, были широко распространены в казенных реляциях и буржуазной литературе.

Имеющиеся об этом высказывания являются результатом непонимания их авторами сущности общественного строя казахов, его отличия от общественного строя фео-

дальной и буржуазной России и существующих у казахов отношений собственности. Отчасти это объясняется тем, что описываемые указанными авторами явления наблюдались, так сказать, «с птичьего полета», через линию пограничных крепостей или при кратковременном пребывании в степи, так что им не удавалось ознакомиться со сложным переплетением собственнических отношений у казахов и существовавшим, как будет показано, несомненно сложным, но достаточно прочным механизмом защиты тех отношений собственности, в которых были заинтересованы господствующие классы казахского общества. Нужно иметь в виду также, что поводом для обвинения казахов в «склонности к воровству» были совершенно различные по существу и изменявшиеся в своем содержании явления, как-то: междоусобные войны, военные набеги на соседей, барымта и, наконец, грабежи и кражи в подлинном смысле слова.

Авторы, глубже изучавшие общественный строй и правовые отношения казахов, дают нам совершенно иную картину организации у казахов защиты собственности. В. Радлов, изучавший казахов в самом ауле, утверждает, что за долгое время пребывания его среди казахов его собственность не претерпела ни малейшего ущерба. Что же касается мнения о распространенности среди казахов «воровства», то В. Радлов напоминает, что такой же репутацией «воров» пользовались и бедуины. Он видит источник этого заблуждения в непонимании особенностей ступени культурного развития, свойственных народам, которые находятся с соседями в постоянной войне и в ходе войны грабят своих противников [176]. Конечно, объяснение, даваемое В. Радловым, не исчерпывает вопроса, но оно ценно подчеркиванием важного момента: следует, прежде всего, различать отношение к собственности внутри каждой общественной ячейки, рода, племени, народа от отношения к собственности чужеродцев, иноплеменников, иностранцев. Дегинь, который извлек характеристику гуннов из китайских источников, говорит: «Все они были ворами и разбойниками в отношении своих соседей, но испытанной честности между собой» [177]. Это типично для патриархально-родового общества кочевников. Плано Карпини, который имел достаточно оснований для жалоб на ограбление его монголами (путем вымогательства «подарков»), не забыл, однако, подчеркнуть, что у монго-

лов нет «разбойников и воров важных предметов, отсюда их ставка и повозки, где они хранят свои сокровища, не замыкаются засовами или замками» [178]. То же самое сообщают нам и о казахах в XIX в. Они оставляют юрты открытыми во время отсутствия хозяев; кражи вещей из кибитки чрезвычайно редки. Уходя на летовку, они оставляют на зимовке ненужные им во время летнего кочевания вещи без всякой охраны [179]. Безусловное уважение к собственности соплеменников сопровождалось у казахов представлением, что в отношении чужака такое уважение отнюдь не обязательно. А. И. Тевкелев, этот выдающийся царский дипломат, при всей своей ловкости, изворотливости и знании обстановки был обобран при первой же встрече с казахами, и даже защита хана Абулхаира и батыра Букенбая не помогла ему сохранить своих лошадей, которых у него непрестанно отгоняли [180]. И в то же время, как будет показано, у казахов существовали и применялись на практике суровые законы против воров и грабителей. Не приходится, следовательно, говорить о защите собственности вообще, нужно установить каждый раз точно, о каких отношениях собственности идет речь, ибо отношение казахского права к собственности и ее защите столь же многообразно, сколь различны отношения собственности.

Отношение к защите собственности связано, с одной стороны, с различием «своей» и «чужой» собственности, причем вследствие того, что казахское общество было разбито на множество слабо связанных между собою родовых по форме союзов, понятие «своего» и «чужого» здесь крайне зыбко. «Чужим» по сравнению с одноаульцем будет однородец или даже одноотделенец, и тот же однородец будет «своим» по сравнению с иноплеменником. Отношение к собственности чужеродца в каждом отдельном случае зависит и от характера отношений между родами — связаны они дружбой или разделены враждой. Но можно отметить здесь основную тенденцию: защита собственности внутри данного родового объединения прочнее, чем вне его. Эта тенденция должна была усиливаться по мере распада казахской государственности, но она, несомненно, существовала и ранее, ибо является вообще характерной для общества, сохраняющего родовой быт. Так, у чукчей особо выделяется кража в своем племени, за что, как и за убийство и изнасилова-

ние девушки, не достигшей половой зрелости, назначается обычно суровое наказание, вплоть до смертной казни [181]. Для казахского обычного права мы находим подобное прямое указание только в материалах второй половины XIX в., что объясняется, очевидно, крайней бедностью и отрывочностью наших сведений о праве XVIII в. П. Е. Маковецкий определенно указывал, что за кражу в чужой волости бии, как правило, приговаривали к возвращению лишь половины украденного и лишь иногда — к полному штрафу. Он же отмечал, что кража у лица, известного ворам, влекла за собой усиленное наказание по сравнению с кражей у лица неизвестного. Им приводится общее положение казахского обычного права: совершение преступления в ауле, к которому принадлежит преступник, влечет за собой усиление наказания [182]. Сообщение Маковецкого отчасти подтверждается материалами Н. И. Гродекова, ибо хотя Гродеков и говорит, что *некоторые* бии Сырдарьинской области с этим положением не согласны, но тут же сообщает, что казахи Казалинского уезда крадут скот преимущественно у других родов, и к этому население относится снисходительно, видя в этом особое молодечество [183]. Н. Максимов также сообщает, что в некоторых местностях наказание за кражу в чужой волости устанавливается меньшее, чем за кражу в волости обвиняемого [184]. Особенно четко рассматриваемая черта уголовно-правовой защиты собственности проявляется в наказаниях за грабеж, описанных в сборнике Баллюзека и Сейдалина. Если грабитель и потерпевший принадлежали к разным жузам, то наказание ограничивалось тем, что у грабителя отбирали лошадь и платье. Если грабитель и его жертва принадлежали к одному и тому же жузу, но к разным его родам, то наказание повышалось путем взыскания еще и одного тогуза. Если же они принадлежали к одному и тому же роду или даже были одноотделенцами, то штраф увеличивался до нескольких тогузов [185]. Составители сборника полагали, что наказание здесь увеличивается в связи с игнорированием риска и страха быть узнанным, с большей дерзостью грабителя. Однако, сопоставляя эти нормы с уже приведенными выше, нетрудно убедиться в том, что перед нами последовательно проводимая система преимущественной защиты собственности однородцев перед собственностью чужеродцев.

Хотя все эти данные не восходят далее, чем ко второй половине XIX в., в пользу древности их происхождения ясно говорит приведенное уже указание, что подобная дифференциация в способах защиты собственности связана с родовым бытом и имеет место у других народов на самой ранней ступени правового развития, и в особенности то, что казахские судоустройство и процесс вообще едва обеспечивали привлечение к ответственности преступника, находящегося за пределами родового объединения, в котором находился потерпевший. Это неминуемо ослабляло и наказание вора-чужеродца и, следовательно, вообще ослабляло в таких случаях роль уголовного права в защите собственности.

Помимо отмеченного момента строгость и последовательность в защите принципа неприкосновенности собственности серьезно колебались вследствие многочисленных пережитков коллективной собственности. Отсюда, например, нормы, гласящие о так называемых «дозволенных кражах». Отец и дед могут похищать у отделенного сына и внука имущество сколько угодно раз и в любом количестве. Сын и внук у деда и отца — до трех раз. Не карается кража между родственниками до третьего колена. Племянник может «красть» у дяди до трех раз; только если он украдет слишком много, то часть украденного у него отбирается. При четвертой краже он «лишается прав племянника». У родственников дальше третьего колена также можно похищать имущество, но только в нужде (для уплаты калыма, долга, во время голода) и с отдачей «по мере возможности» [186].

Таким образом, принцип неприкосновенности частной собственности у казахов не проводится последовательно ни в отношении чужаков, ни в отношении наиболее близких сородичей. Уже одно это обстоятельство, т. е. отсутствие *универсального характера защиты частной собственности,* делает уголовно-правовую защиту весьма своеобразной и ослабляет ее. При наличии «дозволенных краж» у родственников, а также поощряемых общественным мнением грабежей в «чужих» родах не может выработаться то представление о священности частной собственности и ее неприкосновенности, которое так хорошо помогает эксплуататорам защищать свою собственность под видом защиты всякой собственности и которое характерно для большинства народов, даже находящихся на

очень ранней ступени развития эксплуататорского общества. У туркмен, например, налеты на соседей с целью грабежа, именуемые «аламан», еще в середине XIX в. расценивались как нормальный способ добывания средств к жизни. По словам Терентьева, плененные при завоевании царизмом Средней Азии туркмены на вопрос о роде занятий, не смущаясь, отвечали: «Занимаюсь земледелием, а также аламаню». Либо: «Оружейник, а в свободное время хожу на аламан» [187]. Об отношении туркмен к краже и ворам сообщает Ломакин: «Поймав вора, туркмен мучит его, чтобы заставить вернуть украденное; однако, получив украденное, уже не интересуется наказанием вора» [188]. О казахах то же сообщает д'Андре: «Цель или лучше старание биев скорее стремиться к возвращению угнанного или украденного скота, чем преследовать преступника для должного наказания» [189]. О том, что у казахов вора, вынужденного вернуть украденное, часто по совету биев и аксакалов из родни вора отпускают, не доводя дело до судебного разбирательства и без всякого наказания, сообщает и Гродеков [190].

Пережитки коллективной собственности и отсутствие сколько-нибудь прочного политического единства казахского общества в XIX в. способствовали примирительному отношению ко многим видам нарушений права собственности. Ловкость вора и грабителя в некоторых случаях даже обеспечивала ему уважение сородичей, славу, а также высокое имущественное положение. Точно так же у абхазцев даже в начале XX в. для девушки считалось позорным выйти замуж за человека, который еще ничего не украл, не показал своей удали и смелости [191]. Впрочем, в этом случае кража у абхазцев уже не преследует целей наживы. Украденную лошадь меняют на башлык или какую-нибудь мелочь, украденного быка режут для угощения друзей и т. д. В характеристике кражи по обычному праву казахов нужно отметить также, что здесь кража еще не вполне обособилась от иных способов неправомерного завладения чужой собственностью. Если, с одной стороны, как мы видели, в некоторых случаях тайное похищение чужого имущества (у деда, дяди, племянника) не считается наказуемой кражей, то, с другой, к краже, тайному похищению по последствиям приравнивается покупка краденого, присвоение находки или пригульного скота. Купивший заве-

домо краденый скот штрафуется как вор, после чего ему предоставляется право самому требовать возмещение своих «убытков» у действительного вора. Как вор наказывается и держатель пригульного скота или находки, если он не сделал своевременно публичного заявления о найденном предмете или пригульном скоте [192]. И вообще, всякий незаконный держатель чужого имущества признается вором до тех пор, пока он не докажет противное, не очистится присягой сородичей от обвинения в воровстве, будь это даже вполне добросовестный покупатель, который просто не в состоянии указать продавца-вора [193]. Такая недифференцированность кражи, ставящая на одну доску с вором по последствиям почти всякого незаконного держателя, тоже, несомненно, играла определенную роль в смягчении санкций за многие виды кражи.

Можно отметить попутно наличие у казахов суеверий, являющихся прямым пережитком дозволенности кражи, представлений о том, что кража приносит благополучие или избавляет от несчастья. Так, у казахов в конце XIX в. считалось, что для предотвращения «джута» (гололедицы, влекущей за собой массовый падеж скота вследствие невозможности добыть из-под снега корм) нужно съесть мясо краденого барана. Верили, что для прекращения эпидемии оспы или эпизоотий нужно ударять по больному человеку или скоту легкими краденого барана [194]. В такой форме, впрочем, реликты дозволенной кражи не специфичны для отсталого казахского общества. Обычай «заворовывания» отмечается исследователями и у русских крестьян.

Итак, интенсивность защиты частной собственности зависит от того, право собственности *какого субъекта* было нарушено: однородца или чужеродца, одноаульца или лица, находящегося в составе чужого аула, соплеменника или иностранца, родственника до третьего колена или более дальнего. Интересно отметить, что казахское право не знает типичной для всякого развитого феодального общества иерархии в защите собственности феодалов и крестьян, что объясняется слабым вообще развитием иерархического начала в патриархально-феодальном обществе. Такие особенности в защите собственности говорят как будто о низкой ступени развития ее уголовно-правовой защиты. Достаточно интенсивная защита обеспечивается только внутри узкого патриархаль-

но-родового объединения, между тем как частная собственность давно стала универсальной основой всего общественного строя. Но это лишь одно из проявлений острого противоречия между потребностями экономического развития и тормозящей это развитие патриархальной политико-правовой надстройкой.

Такие же противоречия обнаруживаются и в своеобразном порядке определения наказания за похищение собственности в зависимости от *способа похищения* (разбой, грабеж, кража) и от *объекта хищения* (скот, другое имущество, стоимость похищенного).

В то время как современное право проводит резкую грань между кражей, с одной стороны, и грабежом, а особенно разбоем — с другой, сильно увеличивая наказание за разбой по сравнению с кражей, казахское обычное право в XVIII в. еще не различает преступления. Ни законы Тауке в двух известных нам записях, ни записки М. Путинцева «О киргизских законах», ни Я. Гавердовский ничего не говорят о грабеже или разбое как преступлениях, отличных от кражи. Н. И. Гродеков даже в 80-х гг. XIX в. утверждал, что у казахов нет особых слов для выражения понятий воровства и грабежа и что «грабеж судится не строже простой кражи» [195]. Что же касается законов Тауке в записи А. И. Левшина, то они свидетельствуют об отсутствии отдельных от кражи преступлений — грабежа и разбоя — не только тем, что молчат о грабеже и разбое, а и тем, что прямо указывают: «Кто сделал и воровство, и убийство вместе, тот платит за два преступления »[196]. Следовательно, похищение имущества, сопровождаемое опасным для жизни насилием или убийством, не создавало никакой новой квалификации этого преступления и рассматривалось просто как совокупность двух преступлений.

В записях 20-х гг. XIX в. (Г. Броневский, свод Комитета 1824 г.) «грабеж» уже назван. За грабеж без оружия [197] и за грабеж в пути [198] предусматривается только возврат похищенного и уплата незначительного штрафа — «лошадь и халат». Из приведенных постановлений вполне возможно сделать вывод, что «грабеж», о котором здесь идет речь, не включает в свой состав похищение имущества и рассматривается как самостоятельное преступление, заключающееся в наказуемом насилии, применение которого при похищении имущества влечет за

собой сложение наказаний за похищение имущества и насилие. Вывод этот усиливается тем, что упомянутый штраф — «лошадь и халат», установленный за насилие при похищении имущества, — в точности соответствует наказанию, предусмотренному в записи Броневского за любые побои, не сопровождающиеся членовредительством [199].

Тот же штраф, по д'Андре, за побои копьем или чаканом, «но без лишения способов действовать членом», сохраняется и позже, в 40-х гг. [200]. По рапорту Биглова, тогда же, тем же штрафом «лошадь и халат» карался и грабеж [201]. Но в записях д'Андре грабеж (каравана) или путника) карается уже телесным наказанием [202], что свидетельствует об усилении репрессии за это преступление. Краткость записи д'Андре в этом случае не дает возможности судить о том, какие еще изменения произошли в этом институте. Судя по тому, однако, что и по данным второй половины XIX в. (Маковецкий) насилие как элемент грабежа рассматривается в качестве самостоятельного преступления, влекущего за собой отдельное наказание [203], нельзя предполагать, чтобы в 40-х гг. существовало понятие грабежа в современном его смысле.

Итак, в казахском праве грабеж, а также разбой не стали самостоятельными преступлениями, и против похищения имущества с применением насилия не выдвинуто было тех повышенных санкций, которые характеризуют отношение к грабежу сравнительно с кражей в современном праве. Эта черта казахского уголовного права, конечно, не является специфической только для казахов. Она присуща уголовному праву всякого общества, стоящего на низших ступенях классового развития либо сохранившего, несмотря на высокое развитие классовых противоречий, политико-правовую надстройку этого раннего периода. Так, во многих западноевропейских Варварских правдах неквалифицированный грабеж карается не сильней, а иногда легче кражи. Аламаннская правда требует от грабителей двойного и тройного возмещения, в то время как от вора требуется девятикратное. Право лангобардов устанавливало для грабителя, как и для вора, девятикратное возмещение, но не распространяло на пойманного с поличным грабителя последствия кражи с поличным. У горцев Дагестана отнятие имущества силой или устрашением, если ограбленному не был причинен вред, также

не увеличивало наказания по сравнению с кражей [204]. Материалы по истории казахов, как и некоторых других народов, отвечают на вопрос о причинах такого сравнительно снисходительного отношения к грабителям.

Во второй половине XIX в. собирателю материалов казахского обычного права уже разъясняли, что не следует смешивать грабеж, именуемый «отобранием платья и лошади под путником», хотя он и совершается обычно над чужеродцем, с набегом на аул чужого рода или племени [205]. Необходимость подобного разъяснения могла вытекать только из некоторой новизны и недостаточной очевидности этого различия у казахов. Обитателю Центральной России даже в XVII в. не пришло бы в голову, что различие между войной и грабежом как преступлением нуждается в специальном разъяснении. У казахов же еще в конце XVIII в. дело обстояло в этом отношении примерно так, как у германцев времен Тацита, вожди которых добывали себе средства грабежом и войной, считая и то, и другое занятие одинаково почетным и не слишком различая эти два способа воинской доблести [206], либо как у гользатов, у которых, по «Chronica Slavorum» Гельмольда, «кто не умеет грабить — слаб и бесславен» [207].

В конце XVIII —начале XIX в. грабеж так тесно связан с легальными и одобряемыми действиями, что их едва можно различить. Проследим, как переходит в грабеж барымта. По сообщению Гавердовского, в том случае, когда у истца не хватает сил осуществить явно барымту (отгон скота для обеспечения своего иска), он совершает барымту тайно. Если же и это ему не удается, то, «дождавшись в скрытых местах выезда самого обвиняемого, снимает с него оружие, одежду и уводит лошадь». В отличие от обычного, нормального способа барымтования, заключающегося в отгоне стад обвиняемого ответчика, в данном случае перед нами действия, которые позже считаются специфическими для грабежа, называемого, как мы уже видели, «отобранием платья и лошади под путником». Это, может быть, еще не грабеж, если это действие совершается при наличии иска, с разрешения бия и в целях получения удовлетворения по иску, но, как отмечает Я. Гавердовский, именно «сей род похищения нередко основывается на личных и несправедливых претензиях» [208], т. е. не имеет тех легальных оснований, которые необходимы для барымты. Отсюда уже остается один шаг

к превращению такой барымты в грабеж. Процесс этот и завершился во второй половине XIX в.

Различие между барымтой и грабежом было известно и в начале XIX в., оно подчеркнуто в записи «О киргизских законах» М. Путинцева: «Вор, в краже изобличенный, презирается, а отогнавший барымту почитается за человека расторопного» [209]. Но как шатко было это различие на практике! Я. Гавердовский рисует следующую картину. Удалец, преуспевающий в отгоне чужих стад, пользуется почетом, получает даже титул батыра. «Бедные, соединяясь с ним, составляют особое общество, которое иногда делается довольно знаменито. Они в сотовариществе с другими *под видом барымты* часто угоняют скот от аулов *богатых,* нападают также на соседние земли и главным образом на купеческие караваны. Полученная таким образом добыча составляет существенное пропитание многих киргизцев» [210].Не приходится сомневаться в том, что перед нами явление, порожденное резкой классовой дифференциацией казахского общества и пауперизацией широких слоев населения, которым в поисках пропитания остается только выйти на большую дорогу и заняться грабежом.

Довольно обширные по масштабам грабительские экспедиции едва отличаются от военных походов, так что различие здесь достигается только тем, что идут без знамен. «По сим значкам,— говорит Я. Гавердовский,— отличается теперь только то, что воины, имеющие оное при себе, идут для кровопролития ибо на грабеж, в баранту и в прочие случаи знамен не берут» [211]. Можно ли удивляться при такой близости грабежа к барымте и военному походу в условиях, когда грабеж к тому же угрожал преимущественно чужеродцам, что правящие классы казахского общества относились к этому способу похищения собственности гораздо снисходительнее, чем к простой краже внутри аула?

Рассмотрим особенности защиты собственности в зависимости от предмета кражи. Развитие товарного хозяйства способствует тому, что экономическое значение похищенного учитывается путем классификации краж в зависимости от *цены* похищенного. Определенная цена украденной вещи делает кражу квалифицированной. В русском праве цена вещи впервые введена в характеристику самого преступления в петровском законодатель-

стве, и большой кражей, в отличие от менее важной, стали считать кражу на сумму свыше 20 рублей. На предшествующих этапах цена украденной вещи еще не появляется в законе как критерий для квалификации кражи; необходимая же квалификация по объекту достигается путем указания конкретных предметов (холопы в «головной татьбе»), похищение которых делает кражу квалифицированной. Владимирский-Буданов утверждает даже, что в праве допетровской Руси «ценность украденного нисколько не влияет на степень наказуемости татьбы» [212]. Это в лучшем случае неточно, ибо, выделяя, например, «головную татьбу» как вид квалифицированной кражи, законодатель, несомненно, учитывал высокую *ценность* холопа. Дело лишь в том, что защита этих объектов особой ценности достигается не введением в закон критерия цены, а путем перечисления особо ценных предметов.

Такой способ квалификации кражи по объекту хищения не является, однако, древнейшим или первоначальным. Верно, конечно, что, обращаясь к источникам раннего феодального права, мы находим в «Русской правде» и в Салической правде близкий к отмеченному выше способ квалификации по объекту кражи. Он заключается в том, что определенные твердые ставки уголовного штрафа —«продажи» (12 гривен, 2 гривны, 60 кун или 3, 15, 30, 35, 45, 60 солида) устанавливаются за кражу точно определенной группы предметов. Нечто подобное можно отметить в казахском праве XIX в. Но на предшествующем этапе развития казахского права мы обнаруживаем иную систему, при которой пеня за каждую кражу *пропорциональна стоимости украденного в каждом отдельном случае предмета.* И этот способ определения ответственности за кражу древнее всех, изложенных выше.

Он вырабатывался и развивался в борьбе с хищением скота. На исключительной роли борьбы с хищением скота в формировании норм, относящихся к защите собственности, следует остановиться подробно, так как в источниках и литературе приходится встречаться с мнением, что уголовное право казахов не придавало особого значения краже скота и даже, напротив, считало эту кражу наименее квалифицированной. Например, в «Путевых записках лекаря Зибберштейна» указано, что тай-

ный отгон скота у казахов «почитался маловажным, т. е. барантой или простым воровством» [213]. То же повторяет и А. Гейнс, который довольно обстоятельно изучал казахский быт. «Согласно пониманию киргиз,— читаем у него,— кража скота не есть дело бесчестное или преступление» [214]. Он объясняет это историческими традициями, тем, что отгон скота часто практиковался уважаемыми людьми — батырами, безнаказанностью богачей за отгон скота. Гейнс указывает, что казахские суды и в его время (60-е гг.) либерально относились к этому преступному явлению.

Изложенное у Зибберштейна, А. Гейнса и некоторых других авторов мало вероятно. Если скот являлся основой экономики Казахстана (что бесспорно), если хищения скота являлись наиболее распространенным видом кражи (что сейчас будет показано), то невозможно даже с учетом всего своеобразия исторических традиций предположить в господствующем классе и диктуемом им праве примирительное отношение к этого рода кражам.

Кража скота была наиболее распространенным основным, а ранее чуть ли не единственным видом кражи. Харузин, ссылаясь на Зеланди, сообщает, что казахи воруют специально лошадей, всякое же иное имущество могут оставлять без надзора [215]. М. Красовский следующим образом формулирует свои наблюдения по этому вопросу: «Воровство как тайное завладение чужой собственностью, если только эта собственность не скот, а какое-нибудь другое имущество, в степи, собственно между киргизами, почти не имеет места... зато кража скота дело совершенно обыкновенное» [216]. П. Е. Маковецкий и Л. Ф. Баллюзек также указывают, что главным объектом кражи у казахов является скот и преимущественно лошади, так как их легче быстро угнать, и что кража прочих вещей случается чрезвычайно редко, так что юрты оставляют открытыми во время отсутствия хозяев [217]. По некоторым данным, скот является типичным объектом не только для кражи, но и для грабежа. У Я. Гавердовского имеется сообщение: казахи Среднего жуза, нападая на купеческие караваны, «отнимали тех самых верблюдов, на которых везлись тюки, не трогая нисколько товара» [218]. Нельзя не обратить внимания также на то, что уже в конце XIX в. старые опытные бии заявляли, что не помнят случаев кражи денег, в то вре-

мя как случаи кражи скота были по-прежнему распространенным явлением [219].

Нетрудно также убедиться в том, что, вопреки сообщениям Зибберштейна, Гейнса и др., казахское обычное право не только не относилось снисходительно к этому наиболее распространенному виду кражи, но, напротив, кражу скота карало суровей, нежели всякую иную (исключая кражу женщины и раба). По законам Тауке в записи А. И. Левшина кража любой вещи карается семикратным штрафом [220], если же предметом кражи является скот, то сверх указанного штрафа «виновный должен придать к верблюдам одного пленного, к лошадям одного верблюда, к овцам одну лошадь» [221]. В записи тех же законов, сделанной К. Шукуралиевым, находим указание, что за кражу любого имущества взыскивалась только стоимость украденного, выраженная в головах скота: «...верблюдами или иным скотом на толикую же сумму, сколько у кого украдено было по оценке». Ответственность же за кражу скота определена в этой записи так же, как и в записи А. И. Левшина, т. е. семикратная, с добавлением слуги, верблюда и лошади при краже верблюдов, лошадей и овец [222]. Такое же различие в наказании за кражу скота и всякого другого имущества отмечает Я. Гавердовский. Называя всякое имущество, кроме скота, «недвижимым», он пишет: «За кражу вещей недвижимых, смотря по количеству покражи скота, взыскивать равную долю против похищения с придачей». Следовательно, речь идет только о возмещении стоимости украденного с придачей одной головы скота. Наказание же за кражу скота у Я. Гавердовского определено так же, как и в вышеуказанных источниках: в размере 27-кратного штрафа с придачей еще одной соответствующей головы скота [223].

В тесной связи с усиленной охраной собственности на скот находятся и непомерные штрафы за кражу имеющего отношение к скоту и его охране инвентаря. По преданию, знаменитый Туле-бий установил за кражу треноги штраф, как «за три мощные руки»,— в размере трех лошадей. Его современник Саксызбай установил штраф в пятилетнюю лошадь за поводья, стремена, подпруги [224]. Усиленная охрана треног, пут, сбруи и т. п. есть следствие общей направленности репрессий против расхитителей стад и табунов.

Итак, скот — основа богатства в казахской степи — был основным объектом покушений со стороны воров и грабителей, и казахское обычное право, стремясь обеспечить неприкосновенность эксплуататорской собственности, направляло острие своей карательной политики против расхитителей стад [225]. Отсюда понятно, что основные черты казахского права в области имущественных отношений должны были сложиться на почве борьбы с кражей скота. Здесь сложился и получил дальнейшее развитие и наиболее древний порядок определения наказания — в зависимости от стоимости похищенного.

По материалам казахского права, относящимся к борьбе с хищениями скота, можно установить, что те способы определения наказания в зависимости от ценности похищенного, которые фигурируют в «Русской правде» и в Lex Salica, являются продуктом долгого развития уголовного права и что казахское право XVIII—начала XIX в. отражает в этом отношении более раннюю ступень правового развития, нежели «Русская правда» и Салическая правда.

Мы видели уже, что законы Тауке в известных нам записях устанавливают за кражу головы скота 27-кратный штраф, т. е. уплату 27 голов скота с придачей головы скота большей ценности: если украдена была овца — то 27 овец с придачей лошади, если лошадь — то 27 лошадей с придачей верблюда. Так как верблюд — самое ценное животное, то за украденного верблюда нужно было платить 27 верблюдов с придачей раба-слуги. Чтобы не было сомнений в том, что кража двух, трех и более животных влекла за собой удвоение, утроение и т. д. этого штрафа, сошлемся на запись К. Шукуралиева, в которой это в каждом отдельном случае очень определенно подчеркнуто. Например: «За кражу лошадей также взыскивали за одну трижды по девять лошадей и одного верблюда. Если и более, то по сему же положению платили» [226]. Можно указать также и на более поздний источник (1846 г.) — рапорт Биглова, где сказано, что за кражу одного верблюда нужно платить 3 верблюда и 24 лошади (всего 27 голов скота), а за кражу двух верблюдов — соответственно 54 головы скота [227]. Но Биглов сообщает, очевидно, уже не действующий в его время обычай. И это неудивительно, так как в сообщениях биев, информацией которых он пользовался,

переплетение древнего и нового адата — почти постоянное явление. В 40-х гг. XIX в. д'Андре записал несколько иную шкалу штрафов за кражу, которую следует рассматривать как постепенный переход к новому порядку определения наказания — в зависимости от стоимости похищенного. Направление развития здесь совершенно ясно, так как наряду с новыми началами определения штрафа за кражу сохраняются еще и старые принципы. По данным д'Андре [228], за кражу одного барана платят 3 барана, двух —6 баранов, трех—9 баранов, но при дальнейшем увеличении размера хищения обнаруживается переход к иному принципу возмещения и пропорциональность возмещения отменяется. Применяются твердые, хотя и связанные с размером похищенного, ставки штрафов. Так, вор, укравший более трех баранов, возвращает похищенное и уплачивает аип («лошадь и халат»), если украдено целое стадо баранов, то к возвращаемому вором стаду должен быть прибавлен уже не штраф «лошадь и халат», а гораздо более высокий штраф — тогуз.

Так же определяется наказание и при краже прочего скота. Например, за кражу одного верблюда возвращают похищенное и «лошадь и халат»; двух верблюдов — похищенное и «2 лошади и халат»; трех верблюдов — похищенное и «3 лошади и халат». Но при краже четырех верблюдов принцип кратного возмещения уже не применяется, и взыскивается при возврате похищенного более высокий штраф — тогуз.

Отсюда видно, что в середине XIX в. принцип кратного возмещения, наказания, строго пропорционального размерам хищения, сохранялся только при краже небольших количеств скота, например до трех овец. Более того, как видно из порядка наказания за кражу верблюдов, при краже этого ценного скота штраф «лошадь и халат» хотя еще и удваивается и утраивается при краже двух и трех верблюдов, но он не является уже с самого начала кратным к стоимости верблюдов, как это имеет место при краже малоценного скота. К крупным кражам, таким образом, применялись штрафы в более или менее твердых ставках. Но эта система, облегчающая положение крупного вора и сосредоточивающая силу удара на мелких ворах, очевидно, как нельзя лучше соответствовала классовым интересам эксплуататоров-скотовладельцев. В рядах крупных хищников находи-

лись большей частью сами представители этого господствующего класса. В 60-х гг. XIX в. начальник 28-й киргизской дистанции султан Арунгазыев сообщал, например, оренбургскому начальству об обнаруженном им во вверенной ему дистанции следующем явлении. Богатые казахи занимаются в качестве промысла организацией хищений. Они нарочно отделяют вора с кибиткой и двумя-тремя головами скота от своего аула и, посылая его воровать, помогая ему в этом, присваивая результаты хищений, отказываются нести ответственность за вора как за отделенного [229]. П. Маковецкий сообщает, что «почти каждый вор находит в своей волости влиятельных защитников, более или менее заинтересованных в этой защите, потому что часть краденого поступает в их пользу». Он также рассказывает о богачах, которые держат «барантачей» (в данном случае просто воров) и сделали из организации массовых краж доходный промысел [230]. Провокацией и организацией воровства, по сообщению А. Добромыслова, не брезговали и ханы и султаны [231]. У Н. И. Гродекова также отмечено, что «белая кость» Чимкентского уезда считает для себя постыдным заниматься земледелием и посылает сородичей воровать, сделав из этого для себя источник обогащения [232]. Если так обстояло дело в то время, когда воровство и грабеж уже отделились от удалых набегов и восхищающих общество наездов, то тем более нужно полагать, что в прошлом именно представители господствующего класса были зачинщиками всякого сколько-нибудь крупного отгона стад, всякого крупного воровского и грабительского предприятия. И если в этом взаимном ограблении заключалось серьезное препятствие для создания устойчивых состояний отдельных богачей, то все же главная опасность для господствующего класса в целом, для сохранения устойчивости эксплуататорского классового порядка и эксплуататорской собственности как его основы лежала не в этом перемещении больших состояний из рук одного крупного собственника в руки другого, а в расхищении этих стад теми сотнями тысяч неимущих, которые, толкаемые голодом и крайней нуждой, разобрали бы себе крупное стадо на дневное голодное пропитание, если бы их не останавливал жестокий закон, по которому ответственность за кражу оказывалась тем суровее, чем незначительнее был объект

посягательства. Вот почему в определении наказания за кражу казахское право, знавшее ранее для всех случаев прямую пропорциональность имущественной ответственности причиненному кражей вреду, по мере обострения классовых противоречий сохраняет эту тяжкую форму взыскания для вора-бедняка и ставит в привилегированное положение крупного хищника. Такое соотношение в наказуемости большой и мелкой кражи, отвечая задачам охраны стад — этого некогда единственного богатства казахского скотовода, не было и не могло быть, однако, общим принципом казахского обычного права. По мере накопления у имущих классов богатств, заключающихся в иных ценностях и, в первую очередь, в деньгах и предметах роскоши, по мере того как сохранности этих ценностей все более реально стала угрожать обнищавшая масса населения, нужно было подумать о том, чтобы защищать их не менее энергично, чем раньше защищались стада. Мы видели уже, что даже в XIX в. предметом кражи был все еще главном образом скот. С точки зрения обычно-правовых представлений рядового казаха это была, если можно так выразиться, наиболее «приличная» кража. Она влекла за собою при неудаче для слабого тяжкое наказание, но с кражей скота по традиции все еще можно было связывать представление о ловкой и лихой проделке. И чем крупнее была кража скота, тем больше она походила на подвиг молодечества, чем она была мельче, тем больше отождествлялась с позором воровства. Поэтому рядовой казах в тяжелой нужде покушался предпочтительно на стадо богатого соседа, но ему не пришло бы в голову шарить в оставленной хозяевами юрте. Это обстоятельство подметил М. Красовский, говоря, что «кража какого-либо имущества, кроме скота, почти не имеет места» и что на это решается только доведенный до голодного отчаяния бедняк, который в наказание (так как пени он уплатить не может) отдается в «услужение», т. е. фактически в кабальное рабство обокраденному [233]. Поскольку, следовательно, всякая иная кража, кроме кражи скота, ставит вопрос о борьбе, главным образом, с неимущими слоями населения, указанные выше основания для того, чтобы репрессировать сильнее мелкую кражу и сделать привилегированной крупную, отпадают. Поэтому казахскому обычному праву, как и большинству правовых систем, известно и де-

ление кражи на большую и мелкую с более тяжким наказанием большой.

Характерно, что это деление дается не для случаев кражи скота, а для кражи денег или других ценностей. Мы встречаем деление на большую и малую, «важную» и «маловажную» кражу только в памятниках XIX в., в частности в записях д'Андре. По его данным, всего строже взыскивается за кражу, если украденная вещь стоит 10 золотых и более. В этом случае вор подвергается отсечению правой руки по кисть. «Если же вещь украдена из сундука ниже той цены, то наказывается телесно по усмотрению». Шариатское происхождение этого закона сомнения не вызывает. Д'Андре отмечает специально общий характер изложенного принципа деления краж: «Применяясь к статье этой, ордынцы подвергают таковому наказанию, если украденная вещь не из сундука, а где бы ни было, но... ценою в 10 таньги (азиатская монета в 7 золотников.— *С. Ф.)*» [234]. Отмечается здесь же и категория «маловажных краж, за которые не полагается и телесного наказания, а применяются наказания и осрамительные». Виновный в такой «маловажной» краже подвергается «народному позору, как-то: обругание его при всех бием или плевание в глаза с наставлением, чтобы не показывался между добрыми людьми» [235]. Различие большой и малой краж отмечено также в сборнике Комитета 1824 г., где указано, что за «небольшую» кражу взыскивается девятикратный штраф, а за «большую»—27-кратный [236]. Это же деление имеет в виду, очевидно, и Костенко, сообщая, что «мелкое воровство дозволительно, но крупное наказывается двойным и тройным штрафом» [237].

Когда возникло это деление на «важные» и «маловажные» кражи, сказать трудно. Может быть, отсутствие сведений о таковом до XIX в. есть результат неполноты наших источников. Применительно к германскому праву Брунер предположил, что интересующее нас деление является измененной формой известного древнейшему праву различия краж, влекущих за собою смертную казнь, и прочих краж. Материалы обычного права казахов эту гипотезу не подтверждают. Применение смертной казни за кражу всюду, где оно нам известно, либо носит альтернативный характер, либо относится к упорному рецидиву, и нигде не выделяется какая-либо

категория краж, в отношении которых специально предписывалась бы смертная казнь. Появление классификации краж на «важные» и «маловажные» мы отметили вне области защиты собственности на скот, где складывались правовые формы борьбы с воровством по казахскому праву. Следы заимствования шариатских постановлений здесь также достаточно ясны. Следует считать поэтому, что деление краж на «важные» и «маловажные» для казахского права не является древнейшим установлением.

Наряду с отмеченными выше особенностями казахского права в способах преследования кражи мы находим в нем многочисленные постановления, хорошо известные большинству других правовых систем. Таковы некоторые моменты, квалифицирующие кражу. «Значение кражи усиливается,— читаем у Л. Баллюзека,—если при уличенном в оной окажется какое-либо оружие, дубинка или палка... Вооруженный таким образом вор платит дополнительно к штрафу за кражу еще и специальный «штраф дубины» в размере одного халата» [238]. Усиливается наказание при краже со взломом: «Кража вещей из сундука с разломанием замков увеличивает преступление, а посему менее бывает пощады при наказании»,— сообщает д'Андре. По Загряжскому, в то время как обычная кража влечет за собою трехкратный штраф, кража из кибитки или из сундука наказывается четырехкратным штрафом [239]. В новизне этого постановления не приходится сомневаться. Замки в степи получили распространение в результате широкого проникновения в степь металлических изделий из России. Интересны поэтому примечания д'Андре, в которых отмечается, что к взлому замка приравнивается развязывание веревки, связывающей юрту по решетке или прикрепляющей дверь к кибитке [240].

То, что норма, придающая взлому значение обстоятельства, квалифицирующего кражу, усвоена казахским обычным правом уже на последнем этапе его развития, видно и из того, что она никогда не укоренялась в казахском праве прочно. По материалам Н. И. Гродекова, например, взлом никакого значения для усугубления наказания за кражу не имеет. «Воровство со взломом и без взлома, из сундука и с открытого места наказывается одинаково» [241]. По материалам же Маковецкого, нао-

борот, не трудность, а легкость совершения кражи рассматривается как момент, влекущий повышенное наказание. Поэтому, например, кража баранов как слабее охраняемого скота наказывается строже краж иного скота. Подтверждения этого парадоксального положения в других источниках нет. Но отрицать правдоподобие его нет оснований, если допустить, что в данном случае речь идет о кражах, совершенных с нарушением доверия в отношении неохраняемого имущества сородичей. Это особенно вероятно потому, что в отношениях между сородичами и одноаульцами патриархальная честность играла очень большую роль. Хозяева сплошь и рядом оставляли свое имущество без охраны, доверие было необходимым элементом общежития, и нарушение его рассматривалось как подрыв основ патриархального быта, как проступок особо позорный, а потому и сурово наказуемый. Но в то же время моментом, квалифицирующим кражу, в других случаях считалась и большая трудность похищения хорошо охраняемого объекта. Если, как отмечено выше, повышение наказания за кражу со взломом было продуктом рецепции чужого права, то и древнейшее казахское право знает случай, когда ответственность вора повышается тем более, чем больше охраняем был объект кражи. Может быть, в конце XIX в., когда Н. И. Гродеков собирал свои материалы по обычному праву казахов, древняя традиция уже была забыта, и это стало причиной того, что он записал: «Кража стреноженного скота наказывается одинаково с кражей свободного пасущегося скота» [242]. Казахское право и в XVIII, и XIX вв., и в глубокой древности этот вопрос решало иначе. По преданию, известный Туле-бий, современник Тауке-хана, постановил не брать никакого штрафа за кражу лошади в путах и наказывать только за кражу лошади стреноженной или привязанной к колышку арканом [243], т. е. суровое наказание должно следовать за кражу хорошо охраняемой лошади. Нетрудно обнаружить, что в этом случае, как и во многих других, предание приписывает правотворчеству сподвижников Тауке постановление более чем тысячелетней давности. Китайские источники сообщают о законах ту-кю, что у них смертью каралось похищение спутанной, т. е. хорошо охраняемой, лошади в отличие от кражи лошади вообще [244]. Правило это продолжало действовать и в середине XIX в., когда оно

было записано д'Андре, по материалам которого кража лошади стреноженной или находящейся под присмотром пастуха влечет за собой отсечение руки («Наравне как из сундука»,— добавляет д'Андре), в то время как кража лошади, пасущейся на воле, наказывается ударами плети или пеней [245]. Следовательно, и по коренным началам казахского обычного права, выработанным в той области, где быстрее всего ставились вопросы борьбы с воровством, похищение лучше охраняемых объектов считалось квалифицирующим моментом, что вполне соответствовало необходимости энергичнее преследовать более опытных и опасных воров.

Таким образом, несмотря не многие ограничения защиты собственности в обычном праве казахов, утверждение, что казахское право не осуществляло достаточной защиты собственности, совершенно необоснованно. Допуская существование пережитков коллективной собственности в виде «дозволенных краж», поощряя молодечество ловких охотников за табунами чужеродцев или в соседних аулах, организуя ограбление хивинских, бухарских или русских караванов, возглавляя грабительские налеты на соседей или тайное хищение у них скота, эксплуататорская верхушка аула, родоначальники, бии, батыры, султаны и ханы вырабатывали жесточайшие меры уголовно-правовой защиты неприкосновенности собственности для тех случаев, в которых серьезно затрагивались интересы эксплуататорской собственности и классового господства. Нормы эти были противоречивы, как и сами отношения собственности, феодальной по содержанию и патриархально-родовой по форме. Но противоречивость норм сообщала им исключительную гибкость и делала их в руках бия — опытного, изощренного защитника интересов имущих — безопасными для богатых и орудием жесточайших наказаний для большинства.

В литературе и источниках распространено мнение, что единственным видом наказания за имущественные преступления в казахском праве являлась пеня-композиция. Так, В. Радлов указывал, что по древнему обычному праву можно было требовать смерти преступника только за убийство, прелюбодеяние и изнасилование [246]. Чулошников также утверждал, что и в законах Тауке смертная казнь за кражу «совершенно теперь отсутствовала» [247]. Столь же категорически высказывается и

М. П. Вяткин: «Имущественные права охранялись путем наложения штрафа», «в законах Тауке смертная казнь за воровство исключена» [248]. С. В. Юшков полагает, что смертная казнь по законам Тауке угрожала грабителю, воровство же наказывалось только тогузами [249]. Некоторые источники, казалось бы, подкрепляют этот взгляд. Так, например, И. Г. Георги в качестве наказания за кражу указывает только тогуз [250]. Н. Рычков в своем «Дневнике путешествия по различным провинциям Российской империи (1769—1771 гг.)» говорит о трех тогузах, т. е. 27-кратном штрафе, также не упоминая о возможности смертной казни или телесного наказания [251]. Материалы Броневского, относящиеся к первой четверти XIX в., также ничего не говорят о возможности смертной казни для вора [252].

Смертной казни за воровство нет и в материалах, освещающих состояние обычного казахского права второй половины XIX в. (А. Гейнс, П. Е. Маковецкий, Л. Ф. Баллюзек, Сейдалин, Н. Гродеков и др.) [253]. Здесь не часто упоминается даже о телесных наказаниях за воровство.

Нужно, однако, признать бесспорным, что наказание вора ни в древнейшие времена, ни по законам Тауке, ни в XIX в. не ограничивалось взысканием пени. Вору угрожала не только пеня, но и смертная казнь, и телесные наказания.

Законы Тауке в записи А. И. Левшина начинаются требованием смертной казни за воровство и грабеж: «За воровство, грабеж, насилие, прелюбодеяние казнить смертью» [254]. Правда, можно было бы принять это постановление за декларацию, угрозу, не имеющую практического применения, поскольку одна из последующих статей этой записи устанавливает за кражу не смертную казнь, а возмещение в размере трех тогузов, известное в качестве наказания за кражу большинству источников. Действительно, такие декларативные сведения свойственны многим памятникам древнего права различных народов [255]. Против такого понимания записи А. И. Левшина говорит, однако, запись Шангиным законов Тауке, сделанная независимо от левшинской и, что еще важнее, сформулированная не в императивной форме, а как сообщение о судебной практике. Наличие в этой практике смертной казни за воровство подчеркивается дважды. Шангину сообщали, что в 80-х гг. XVIII в. ханы, дейст-

вуя «хотя и по изустным, но строгим и справедливым законам своих предшественников», наказывали смертью за «малейшее воровство». Допустим, что сообщение это недостаточно конкретно и что можно предположить строгость законов против воровства здесь преувеличенной. Но далее следует совершенно конкретное изложение законов Тауке по тексту, представленному в 1804 г. К. Шукуралиевым. Здесь размер штрафов указан в тех же тогузах, а в заключение сообщается: «Воров за кражу верблюда или лошади, если сделает сам признание или доказан будет четырьмя свидетелями, для страху другим убивали» [256]. В другом месте мы касаемся значения отмеченных здесь условий применения смертной казни. Ясно, однако, что вопреки мнению М. П. Вяткина и С. В. Юшкова, известные нам записи законов Тауке знают в качестве наказания за кражу не только пеню, но и смертную казнь.

Смертную казнь как одно из наказаний за воровство знают также сообщения об обычном праве казахов конца XVIII и первой половины XIX в. Их следует рассматривать в тесной связи с приведенными записями постановлений законов Тауке. В рукописи Я. Гавердовского (1806 г.) сообщается, что вор платит 27-кратный штраф но «после девяти обличений виновный наказывается смертью» [257]. В записи казахского обычного права М. Путинцева (1809 г.) также сообщается, что воры наказывались смертью. И это при всем том, что сам Путинцев придерживался уже тогда распространенного мнения, что «по киргизскому обыкновению за вину вместо наказания полагается штраф». Но, начав этим свою запись «О киргизских законах», он в разделе «За воровство» отмечает, что при неуплате определенного в тогузах штрафа за воровство похититель подвергается смертной казни [258]. Угроза вору смертной казнью, от которой он может откупиться уплатой полного куна, содержится также в записи обычного права Комитета 1824 г. Здесь эта угроза относится не к девятой, как у М. Путинцева, а к третьей краже [259]. По своду д'Андре, смертная казнь назначалась вору-рецидивисту за четвертую кражу. В рапорте Биглова об обычаях в районе Уральского укрепления отмечается, что в древности грабителя убивали так же, как и насильника, и что виновный в краже стоимостью трех верблюдов платил тогузы или

подвергался смертной казни [260]. Мы имеем также некоторые, хотя и скудные, сведения о практическом применении норм, каравших кражу смертью. Так, о батыре Джан-хоже сообщается, что он, отличаясь строгим, но справедливым судом, наказывал смертью за воровство и взятки [261]. Мероприятия Арынгазы по наведению «порядка» в жузе также сопровождались казнями воров, которых он обезглавливал [262]. Его карательная деятельность, правда, выходила за рамки обычного права, но эксцесс заключается не в самом применении смертной казни, а в том, что смертная казнь применялась единолично ханом, тогда как применение ее относилось по обычному праву к компетенции «народного собрания». О том, что неуплата штрафа за кражу влекла за собою в прошлом казнь вора, сообщает также Гродеков [263].

В первой половине XIX в. в качестве наказания за кражу помимо пени в тогузах казахскому праву, несомненно, известны также телесные и увечащие наказания. Источники права XVIII и начала XIX в. умалчивают об этом наказании за воровство (законы Тауке в записи А. Левшина и К. Шукуралиева, Я. Гавердовский, сборники М. Путинцева, Самоквасова, Броневского). Имеются, впрочем, отдельные сообщения о применении к ворам телесных наказаний и в первой половине XVIII в. Так, например, из журнала А. И. Тевкелева (1746 г.) видно, что хан Абулхаир, поймав казахов, укравших у Тевкелева лошадь, «бил и мучил их больно и скованных держал» [264]. Но в обстоятельных записях обычного права д'Андре (1846 г.) мы находим уже длинный перечень телесных и увечащих наказаний за кражу. Так, за кражу свыше 20 золотых здесь установлено отсечение правой руки по кисть; за кражу меньшей суммы, за кражу из сундука или кибитки, за ограбление путника в степи — телесное наказание по усмотрению бия [265]. В сведениях, представленных при рапорте письмоводителям управителя западной части Младшего жуза Ячменева, указывается, что «несостоятельной вор наказывается телесно, а иногда ему режут нос и уши». Аналогичные сведения сообщаются в рапорте попечителя Белозерова [266]. Для второй половины XIX в. наличие телесных наказаний за кражу засвидетельствовано Н. И. Гродековым. Гродеков, правда, делит все вообще телесные наказания у казахов на «домашние», или «производимые

старшинами в ауле домашним образом», и официальные — по суду биев. Последние он считает нововведением, проникшим в степь из кокандских укреплений, и очень редким на практике. Нас больше интересуют первые, потому что обычное право в бийских судах 80-х гг. XIX в. было уже совершенно искажено, «домашние» же наказания были, несомненно, остатком старой, внутриаульной юстиции, игравшей решающую роль в поддержании классового порядка. По этой «домашней юстиции» от телесных наказаний, в случае поимки на краже, никто не освобождался, даже представители «белой кости» [267].

Все же наиболее распространенным видом наказания за кражу как в XVIII, так и в XIX в. следует признать пеню. Об этом виде наказания за кражу более или менее единогласно говорят почти все известные нам источники. Для XVIII и начала XIX в. пеня за кражу чаще всего состоит из одного или трех тогузов, т. е. 9-или 27-кратного штрафа, к которому, как правило, добавляется еще — в зависимости от того, состоит ли тогуз из верблюдов, лошадей, овец — раб, верблюд или лошадь (законы Тауке в записи Левшина, Шукуралиева, Гавердовского, сборник Комитета 1824 г.). В XIX в., особенно во второй половине, размер взысканий снижается. Здесь преобладает трехкратная пеня за кражу (так называемая «привязка к шее и хвосту» украденного животного) плюс обязанность отдать потерпевшему и ту лошадь, на которой вор ездил красть [268].

Пеня, налагаемая за кражу, была наказанием достаточно тяжким. Она в большинстве случаев была достаточна для того, чтобы разорить вконец вора, даже если он более или менее состоятельный, на бедняка же подобный штраф ложился бременем вечной долговой кабалы. Размер этих пеней, как и вир «Русской правды», вообще настолько мало соизмерим с достатком отдельного скотовода, что, очевидно, был установлен исходя из обязанности сородичей и одноаульцев участвовать в уплате пени. Для оценки действительного значения этих штрафов как средства охранения неприкосновенности собственности имущих нужно иметь в виду, что штрафы при несостоятельности вора легко переходили в телесное наказание и даже смерть. Путинцев говорит о смертной казни при неуплате вором 27-кратного штрафа; аль-

тернативное наказание — пеня или смертная казнь — мы находим у Биглова, в материалах Комитета 1824 г., у Н. Гродекова и др. В сообщениях д'Андре, Ячменева, Н. Гродекова и др. несостоятельность вора влекла за собой телесное или увечащее наказание. Таким образом, в казахском обычном праве последовательно проводилась система наказаний за кражу, при которой имущий или пользующийся достаточной поддержкой сородичей — что, конечно, чаще всего совпадает — откупался тогузами; неимущий же, если сородичи не уплатят, расплачивается за кражу головой, подвергается телесному или увечащему наказанию или попадает в кабалу к кредитору. Такая система наказаний является феодальной по существу, ибо бедняк платит здесь телом или головой в тех случаях, когда богач отделывается уплатой скотом. Что же касается родовой помощи в уплате пени, которая должна быть спасением несостоятельного преступника, то вор вряд ли мог на нее рассчитывать. Хотя д'Андре и утверждает, что «все преступления могут быть выкуплены», кроме преступлений против веры, и что «ордынец не допустит себе телесного наказания, всегда выкупится скотиной, а если нечем, то родные...» помогут [269], но применительно к вору обычное право казахов содержит ряд постановлений, которые освобождают сородичей от традиционной обязанности родовой помощи. Например, как сообщает в своем рапорте толмач пограничной комиссии Лукин (1846 г.), аульцы удаляют воров из аула по общественному приговору, после чего вор кочует уже в одиночку, и за его действия, разумеется, одноаульцы уже не несут ответственности. Более того, однородцы или одноаульцы принимают участие в платеже пени за воровство только в том случае, если они знают о краже или пользовались краденым [270]. Это подтверждается и сообщением Н. И. Гродекова о том, что «за третье воровство изгоняют с объявлением, что отказываются платить и получать кун и другие взыскания за вора» [271].

Учет повторности кражи играет очень большую роль в борьбе с воровством. Учет рецидива при краже у казахов имел особенно большое значение потому, что при обилии, так сказать, воров-дилетантов, воров случайных, краж, совершенных из удальства и молодечества, и, в частности, ворами из среды господствующего класса, при снисходительном, как уже было подчеркнуто, отноше-

нии к такому воровству нужно было выделить воров-профессионалов, чтобы вести против них борьбу иными, гораздо более суровыми средствами.

Наиболее характерный, с этой точки зрения, способ определения рецидива отмечен в записях д'Андре. Ни вторая, ни третья кражи не создавали еще момента, квалифицирующего кражу как подлежащую особо суровому наказанию. И вторая, и третья кражи наказываются, как первая, соответствующим взысканием — тогузом. Но четвертая кража карается уже смертной казнью: вора привязывают к хвосту коня, которого гонят по степи [272]. Это напоминает постановления Литовского статуса. Шляхтич-дворянин, уличенный при помощи основательных доказательств свидетелями простого звания в том, что он грабил на большой дороге купцов или просто крал, мог трижды очищаться присягой и, следовательно, освобождался от наказания. Но будучи уличен в четвертый раз, он подвергался смертной казни. Идея этого «скачка» заключается в том, что феодал может заниматься грабежом и воровством как своеобразным рыцарским подвигом, но если это занятие становится профессией, то лишается своего привилегированного положения, и к нему относятся как к профессиональному вору.

Такую же, как и у д'Андре, конструкцию рецидива мы находим у Л. Баллюзека: «Если кто и после многих *краж,* сопряженных с анпами, в несколько тогузов не исправится, продолжая заниматься преступным своим ремеслом, тот подвергается лишению всего своего имущества» [273]. Словохотов пишет: «Рецидив не возвышает ответственности, но к ворам по ремеслу, грозящим разорению всему роду, применяется изгнание» [274]. В XIX в. одновременно с этой конструкцией рецидива существовала, очевидно, и другая, по которой вторая кража наказывалась уже строже первой и третья влекла за собой изгнание или смерть. Об этом говорят Д. Я. Самоквасов и Н. Гродеков [275]. Но вряд ли можно сомневаться в том, что эта вторая конструкция есть продукт нового времени. Древний адат считал рецидивом даже только десятую кражу, как сообщает об этом Я. Гавердовский; до девятого раза вор расплачивается тогузами, а «после девяти обличений виновный наказывается смертью» [276]. И достоверность, и древность этой нор-

мы ясно видны из того, что она каким-то образом, несомненно, связана с освобождением тарханов от ответственности за девять преступлений, т. е. имеет корни в древнейших традициях кочевников Средней Азии [277].

Всем изложенным категорически отвергается как взгляд, что частная собственность у казахов не пользовалась достаточной уголовно-правовой защитой, так, в частности, и мнение, что вору угрожала только пеня. Не подлежит сомнению то, что штраф в тогузах и смертная казнь имеют древнейшую историю. Возникнув где-то далеко за пределами истории собственно казахского права, девятикратный штраф, взыскиваемый с вора, стал характерным для всех периодов развития казахского права, и только во второй половине XIX в., как отмечено выше, он вырождается в трехкратный штраф —«привязку к шее и хвосту». При этом уменьшение размеров пени за кражу нельзя считать результатом ослабления напряженности борьбы за неприкосновенность собственности. Размер пени, выраженный в головах скота, должен был в XIX в. снижаться, во-первых, потому, что к этому времени, как отмечают все исследователи, резко снизилась численность скота у рядового казаха-скотовода; во-вторых, разложение патриархально-родовой и укрепление коллективной частной собственности делало все более и более призрачной ответственность сородичей за вора, вследствие чего штрафы, по своим размерам рассчитанные на уплату коллективом сородичей, потеряли свой смысл.

Смертная казнь как наказание для несостоятельного вора — столь же древнее установление, как и тогуз. Она весьма распространена среди кочевников Средней Азии. По китайским источникам, «у хуннов смерть была наказанием за значительную кражу». По тем же источникам, у ту-кю, как отмечено, кража вообще каралась взысканием тогузов, похищение спутанной лошади влекло за собою смертную казнь [278]. По сообщению Ибн-Батута, закон кипчакской степи, который Леонтович отождествляет с постановлением ясы Чингис-хана, устанавливая тогуз за кражу лошади, вместе с тем постановляет: «Если он (вор) не в состоянии сделать это (т. е. уплатить), то отбирают у него за это детей его, если же у него нет детей, то его зарезывают, как зарезывается овца» [279]. О смертной казни у монголов за воровство

и грабеж говорит Плано Карпини [280], «за огромную кражу»— Рубрук [281]. Марко Поло, как и Ибн-Батута, указывает, что монголы казнили смертью вора, который не мог заплатить причитающуюся с него плату [282].

Упоминания об увечащих и телесных наказаниях за воровство встречаются в казахском праве не раньше XIX в. Можно допустить, что телесные наказания древнее XIX в. В пользу такого допущения говорит, во-первых, наличие телесных наказаний палками в монгольском праве. По Рубруку, вор, если он не был рецидивистом и совершил мелкую кражу, наказывался 100 палочными ударами; по Марко Поло,— 7—307 палочными ударами [283]. Далее самосуд, обычно учиняемый казахами над пойманным на месте преступления вором, заключался в том, что у вора отбирали коня и всю одежду, избивали и изгоняли нагим. Шангин, путешествуя в 1816 г. в казахской степи, встретил группу казахов, которые были пойманы при попытке отгона скота, раздеты и избиты хозяевами скота [284]. Д'Андре сообщает: «Киргизец, пойманный в краже какой-либо вещи, имеющей ценность, подвергается без всякого суда отобранию от него кроме покражи всего, что только на нем есть насчет одежды, и сверх того наказывается в то же время нагайками как хозяевами покраденных вещей, так равно и аульцами, специально вызванными из своих кибиток» [285]. Обычай этот вряд ли возник только в XIX в., и его происхождение можно легко связать с наказанием палками за «неважную» кражу по монгольскому праву. Русские источники до XIX в. не упоминают об этом наказании, может, потому, что при наличии у большинства рядовых казахов значительного количества скота и крепости родовых связей, родовой взаимопомощи взыскание с вора и его сородичей тогузов было достаточно реальной и поэтому предпочтительной формой наказания. Еще в начале XIX в. в «обете» 1803 г. господствующий класс для борьбы с бедняками, которые, «бродя около границы, в силу своей нужды привыкают к занятию воровством», считал лучшим средством *«распылить* этих бедняков по всем родам», т. е. вернуть их в такое положение, при котором за их поступки отвечали бы и соответственно за ними следили бы родовые объединения, в которые они, таким образом, были бы искусственно

включены [286]. Но число таких бедняков вследствие разложения патриархально-родовых объединений непрерывно быстро росло. Требование вернуть их в родовые объединения путем принудительного распределения по родам было наивной попыткой задержать дальнейшее развитие классовых противоречий. Следовательно, в борьбе против покушений на собственность со стороны неимущих, за которых сородичи теперь часто отказывались платить даже и в том случае, когда они формально оставались внутри родового объединения, нужны были новые средства, и потому на первый план выступают телесные наказания. Эти же обстоятельства объясняют и появление увечащих наказаний. Здесь на помощь собственникам приходит шариат. «У воров и воровок отсекаются руки в возмездие за деяния их»,— гласит Коран. О таком же увечащем наказании для воров сообщает, как мы видели, д'Андре. В данном случае, как и вообще, шариат приходит на смену адату как средство усиления репрессий, как возможность ввести более жестокие, устрашающие наказания, нежели те, которые были известны собственно казахскому праву. На проповедников шариата правящие классы казахского общества возлагали большие надежды в смысле освящения частной собственности. Известно, что хан Джангер приказывал муллам следить за тем, чтобы казахи не занимались воровством [287].

Преступления против личности

Убийство

Консервативный характер казахского обычного права со всей силой сказался и в нормах этого права, относящихся к убийству.

Право кровной мести потеряло свое былое значение только к концу XIX в. В 80-х гг. XIX в. Н. И. Гродекову удалось отметить, что правило «кровь за кровь» было употребляемо прежде в некоторых местах. Правда, отдельные попытки ответить на убийство кровной местью замечаются еще и в это время, но общество уже не допускало ее применения, и Гродеков мог с полным основанием констатировать, что «вообще обычай брать кровь за кровь более не существует» [288].

Исчезновению кровной мести, несомненно, способствовало русское законодательство, которое как в Уставе о сибирских киргизах 1822 г., так и в ряде последующих узаконений категорически отнесло дело об убийствах между казахами к категории дел, подлежащих рассмотрению в царских судах по российским законам. Русское право карало акт кровной мести как убийство и тем самым содействовало искоренению этого института. Некоторое значение в этом смысле могло бы иметь и распространение шариатских норм. Коран отрицает кровомщение, требуя замены его пеней. Но трудно предполагать, что при слабом внедрении вообще мусульманской религии в казахской степи религиозные предписания мусульманства могли иметь серьезное влияние на борьбу против кровной мести. О решающей и прогрессивной в этом случае роли русской судебной политики как фактора внешнего принуждения говорит то обстоятельство, что, несмотря на исчезновение кровной мести, сама идеология кровной мести была еще и во второй половине XIX в. чрезвычайно живучей. Сохранялось, в частности, устойчивое представление, что предпочтительней мстить, нежели брать выкуп крови — кун. Казахская пословица гласила: «Кун у человека 100 лошадей, а совесть 1000 лошадей» [289]. Право мести продолжает сохраняться и в тех отношениях, откуда оно не было изгнано русской судебной политикой, т. е. при возмездии за иные, кроме убийства, преступления. У Н. И. Гродекова же читаем, что «народный обычай не только допускает, но и обязывает потерпевших мстить за совершенные против них преступления» в случае, например, увоза девушки или угона скота. Участие в мщении в этом случае принимают все сородичи потерпевшего, и оно осуществляется до тех пор, пока виновному не воздастся по принципу талиона [290]. Осуществление мести все еще представлялось священным долгом, долгом совести и чести; жажда мести распаляла воображение и толкала на дикие эксцессы. Маковецкий сообщает, например, о казахе Тумарбае Бийтыкове, который приобрел славу героя тем, что, не будучи в состоянии отомстить своему обидчику, пользовавшемуся покровительством султана, созвал друзей на пир и, завещав им месть, распорол себе ножом живот [291]. В качестве символического акта кровной мести во второй половине XIX в. все еще сохранялся

следующий обряд. Когда родственники убитого приближаются к аулу убийцы для получения выкупа, «для них выставляется особая юрта, к которой привязывается черный баран, и затем приезжающие извещаются, что все готово для их приема. Приезжие скачут к юрте с флагами и обнаженными шашками и с криком «ой-баур», т. е. «ой, родной», рубят на куски барана». Затем «приезжие входят в юрту и при входе ударяют шашками в верхнюю перекладину двери». После этого начинаются переговоры о выплате куна [292].

Если во второй половине XIX в. сохранились только пережитки кровной мести, то в XVIII в. и в начале XIX в. кровная месть была практически действующим и распространенным институтом, хотя применение ее уже ограничивалось обычным правом. Право мести твердо зафиксировано в законах Тауке. Вступительная часть этих законов в записи А. И. Левшина провозглашает право мести как основу всего правосудия: «За кровь мстить кровью, за увечье таким же увечьем». Об отмщении «кровью за кровь» говорит и запись К. Шукуралиева [293]. Несомненно, в законах Тауке право кровной мести начинает отступать перед обязанностью довольствоваться куном, выкупом крови. Но потерпевший все еще не обязан отказаться от своего права мести и принять кун. Совершенно неправ поэтому Леонтович, полагающий, что по законам Тауке «месть может быть заменяема (по требованию виновного) выкупом, называемым кун» [294]. У А. И. Левшина соответствующее постановление изложено так: «...родственники убитого имеют право лишать жизни убийцу... Впрочем, наказания могут быть смягчаемы по приговорам судей *или согласно истцов,* и тогда преступник наказывается только установленною за всякое преступление платою». Нельзя, конечно, как мы уже указали при анализе этого источника, придавать записи Левшина решающее значение. Но из данного текста, на который опирается Леонтович, во всяком случае, следует, что потерпевшие, родственники убитого могли не согласиться на получение куна и добиться осуществления кровной мести. Одного согласия убийцы платить кун было еще недостаточно, чтобы лишить права потерпевших осуществлять кровную месть. Если же стороны согласились обратиться к судьям, то замена мести куном могла последовать по приговору суда. Иногда имела

место также выдача убийцы родственникам убитого, которые умерщвляли убийцу, как об этом сообщает Броневский [295].

Такая интерпретация законов Тауке в том, что касается кровной мести, безусловно, подтверждается следующим интересным сообщением И. Георги, относящимся к концу XVIII в.: «Кто убьет мужа, тот подвергается гонению его родственников на два года, в течение которых могут они его убить, не навлекая на себя через то наказания. Если же он жизнь свою между тем сбережет, то должен дать родственникам убитого сто лошадей, одного невольника и двух верблюдов... Но во всех случаях мирят тяжущихся друзья и приятели» [296]. Следовательно, во времена Тауке право проливать кровь убийцы должно было тем более признаваться за потерпевшим и, очевидно, с еще меньшими ограничениями. Упоминание о кровной мести в различных источниках XVIII и начала XIX в. нельзя считать мертвой буквой закона. Убедительно говорит об этом также изложение закона Тауке о кровной мести, данное Я. Гавердовским [297]. В нем подчеркнуто, что для возможности выкупа убийства нужно согласие на это сородичей убитого, и в частности его отца, который может предпочесть месть получению выкупа, если, подобно слепому Торстейну северной саги, «не хочет носить своих детей в кошельке» [298]. Наличие у потерпевших права фактически осуществить кровную месть подчеркивается также существованием правила, в силу которого потерпевший, отказывающийся принять кун и тем погасить кровную вражду, обязан был вступить в поединок с убийцей [299]. Это, конечно, способ ограничить применение кровной мести, но установление такого правила еще раз подтверждает, что осуществление кровной мести было реальным злом, к устранению которого нужно было принимать серьезные меры. Можно привести, наконец, конкретный исторический факт, в котором бесспорно засвидетельствовано право мстителя выбирать между осуществлением мести и принятием куна. Он относится к 1732 г. и о нем сообщается в «Журнале» А. И. Тевкелева. Враждебная российскому подданству партия казахов во время пребывания дипломатической миссии Тевкелева в Младшем жузе требовала у него кун за убитого его людьми брата вожака этой партии Бабибея. Бабибей требовал

кун в 100 лошадей, один панцирь, одного пленника-раба, одного кречета, одно «доброе» ружье, одного верблюда. Но при этом Бабибей подчеркивал, что он соглашается на такой способ ликвидации претензии за убийство брата только из хорошего отношения к Тевкелеву, а мог бы убить его. «А ежели истец того платежа взять не пожелает, то отдается на смерть убийца. И оной старшина, показуя свою склонность, дает ему, Тевкелеву, из двух сих, что способнее учинить» [300].

Применение кровной мести в XVIII и начале XIX в. тем более не может вызывать сомнения, что в политической жизни Казахстана этого периода кровные счеты ханов и султанов постоянно играют огромную роль. Достаточно вспомнить, например, кровную вражду семьи Абулхаира с его убийцей Бараком. Мы имеем также много примеров применения кровной мести, в которых этот институт рисуется со всеми его отвратительными подробностями. Осуществление мести иногда сопровождалось дикой, варварской жестокостью и, по некоторым источникам, связано было даже с питьем крови умерщвляемого обидчика. В материалах Л. Баллюзека находим: «Убить врага и выпить его кровь было для киргизца высшим наслаждением и составляло такую доблесть, которая возвращала ему право на звание мужчины» [301]. А. И. Левшин следующим образом описывает месть байулинцев: байулинцы, захватив алимулинцев, к которым имели кровный счет, «привели их на могилы убитых ими, принудили их к противоестественному преступлению, и потом всех по одиночке тут же умертвили, а старейшине разрезали горло и, собрав кровь его, горстями пили ее. Так же бывает, когда убийцу выдадут родственникам потерпевшего. Они сперва перерезают ему главнейшие жилы, потом разрубают все суставы тела, иногда же распарывают живот и кладут во внутренность оного отсеченные руки, ноги, и голову» [302]. Что касается обычая пить кровь пораженного противника, то он, конечно, не был распространенным. О нем упоминается редко. А. Алекторов, приводя подобное сообщение Ивановского, считает его просто продуктом фантазии указанного автора [303]. Но с уверенностью отрицать его существование все же не приходится как ввиду приведенных свидетельств, так и потому, что он, несомненно, существовал у монголов, откуда легко мог быть

позаимствован. О нем неоднократно упоминается в монгольской летописи «Алтан-Тобчи», где о враге говорят: «Съем его мясо и выпью кровь его» [304]. Плано Карпини отмечал: «Поймав своего противника или жестокого врага, с жадностью сосут из него кровь». О наличии в прошлом такого дикого обычая у монголов говорит и сохранившаяся в XIX в. монгольская пословица: «Злому врагу не показывай своей крови, а голодному волку своей овчарни» [305]. Можно отметить подобные традиции и у арабов. После оходского поражения мусульман (625 г.) мекканка Хинда «в диком исступлении бросилась грызть зубами печень ненавистного для нее Хамзы, который при Бадре убил ее отца и брата» [306]. Против этих традиций борется Коран: «Кто из вас хотел бы вкушать мясо своего мертвого брата!» (гл. 49, 12).

Нужно заметить, что данные о существовании права кровной мести и ее применении на практике содержатся преимущественно в материалах, относящихся к Младшему жузу. Своды обычного права, составленные в начале XIX в. в Среднем жузе у так называемых «сибирских киргизов», такие, как, например, материалы М. Путинцева, Г. Броневского, Комитета 1824 г., молчат о праве кровной мести. Возможно, что в оренбургской степи обычное право кровной мести сохранялось дольше, хотя объяснить это было бы труднее. Вероятнее, что записи обычного права Путинцева, Броневского и Самоквасова сделаны были на основе знакомства с обычаями, царившими в прилинейной полосе, где, естественно, такие обычаи, как кровная месть, изживались скорее, в то время как для Младшего жуза мы имеем материалы, собранные в глубине степи, например Гавердовского, или основанные на том тщательном ознакомлении с вопросом, которое есть основание предполагать у Левшина.

Обычное право казахов, как у всех народов, вынужденное бороться с существованием кровной мести, стремилось все же ограничить ее применение и наилучшим средством этого была замена мести выкупом. Поскольку на выкуп потерпевшая сторона далеко не всегда соглашалась, практика выработала и другие способы ограничения мести, о которых отчасти говорилось уже выше. Ограничением права мести было введение для осуществления мести двухгодичного срока, после которого уже можно было только требовать кун (Георги), а также

требование, чтобы отказывающийся принять кун вступил в поединок с убийцей. Кроме упомянутого уже сообщения об этом Л. Баллюзека имеется и аналогичное известие в рапорте Аитова от 26 февраля 1846 г.: «Если родственники убийцы не желают, чтобы он был казнен смертью, но домогаются принятия куна, и если со стороны родственников убитого не будет на это согласия, то предоставляется дело решить с обеих сторон поединком. Избранные для этого киргизы выходят на единоборство с холодным оружием, и действие оканчивается смертью одного из них» [307]. К способам ограничения мести относится и обычай «погони за убийцей», смысл которого заключается в том, что если во время специально устроенной гонки убийце удавалось ускользнуть от своих преследователей, то он освобождался от ответственности, если его настигали, то тут же и убивали [308]. Обычай этот имеет некоторую аналогию в так называемом Gassenlaufen древнего германского права, во время которого преступника либо убивали, либо он отделывался изгнанием. Обычай «погони за убийцей» был хорош хотя бы тем, что при любом исходе погони кровная вражда прекращалась, а именно в этом, а не в защите убийцы от мести, заключалась действительная забота общественной власти. Сородичи всегда, как правило, стремятся локализовать и ограничить мщение рамками необходимого по обычаю, чтобы избегнуть встречной мести и возникновения длительной междоусобной войны. Поэтому, например, если мститель, уже воздавший противнику равное зло, продолжал мстить, то у казахов в XIX в. его подвергали штрафам и даже телесному наказанию со стороны сородичей [309]. С этой же целью у некоторых народов кровник часто даже ограждается обществом от грозящей ему по праву мести. Так, например, по законам кавказских горцев «канлы», т. е. убийца, которому угрожает месть, обязан избегать встречи с мстителем. Он платит штраф в пользу общества, если не выедет из селения, в котором находится искатель его крови. Если «канлы» прибудет в селение, его нужно принимать и запрещается высылать, т. е. лишать убежища. Большой штраф платит тот, кто даст знать ищущему кровь, где находится его «канлы», и такой доносчик может быть даже убит родственниками «канлы» совершенно безнаказанно [310]. Наибольшее же значение для ликвидации

пагубных последствий разгорающейся на почве убийства кровной вражды всюду имеет, конечно, примирение на основе получения композиции — куна.

Л. Баллюзек воспроизвел в своих материалах предание о том, что некогда мудрые бии, желая положить конец бедствию взаимной резни кровников, постановили отменить кровную месть и заменить ее примирением и выкупом [311]. Это, конечно, только легенда. Мы видели уже, что кровная месть исчезла не ранее XIX в., и если бы подобное постановление действительно имело место, то мы знали бы о нем нечто большее, нежели смутное предание. Но те постановления, которые при этом будто бы приняли бии о порядке примирения, заслуживают внимания, так как в них перед нами веками сложившийся обычно-правовой порядок примирения кровников. Постановления эти гласят, во-первых, что род, покровительствующий убийце, виновен перед всем народом и может быть наказан вооруженной рукой, что род убийцы обязан поэтому платить кун либо выдать убийцу, которого убивают или обращают в рабство. Описываются путь примирения и сопровождающая его обрядность. Род, согласный платить кун, должен послать обиженному роду символический подарок, посылка которого означает готовность платить кун. Сюда входит: лошадь убийцы с подрезанным хвостом («кровавая, черная и бесхвостая лошадь»), оружие («окровавленное оружие»), черный одногорбый верблюд, ковер, черный халат (траур родственниц убитого) и желтый платок (траур вдовы убитого). Если потерпевшие согласны отказаться от мести и получить кун, то стороны сходятся для примирения. В процессе примирения есть два момента. Во-первых, религиозный обряд, который, как отмечает М. Красовский, должен «примирить виновных с тенью покойника». Не описывая его, М. Красовский сообщает только, что обряд этот «во многом сходствует с поминальным обрядом» [312]. Второй, не менее важный момент — это достижение соглашения о размерах куна, который определялся обычным правом и не допускал всякого рода скидок и вообще частных соглашений. Нам известно только одно более или менее детальное описание процедуры примирения кровников у казахов, данное в рукописи «Обозрения Киргиз-Кайсацкой степи» Я. Гавердовского:

«Чумекейского отделения наездник с партиею, прокравшись к Чиктынцам, напал на один аул в намерении отогнать скот. Но неожиданное сопротивление произвело драму, окончившуюся смертоубийством. Брат убитого протестовал всему своему отделению и требовал мести, виновный предлагал кун... между тем, во время сих переговоров он умер от ран, в сем же деле от другого киргизца полученных, но, несмотря на сие, ненависть и после смерти его не прекратилась; истец возбудил своих биев собрать толпу народа и идти вооруженною рукою на весь удел виновного. Начальники сего последнего выехали сами с оружием и после некоторых сношений согласились обоюдно сделать совет и примирить виновных с тенью убитого; условие положено, избранные депутаты выехали от обеих воюющих сторон на средину поля, оба ратные строя разделяющего, и слезли с лошадей, сели вокруг. Они для лучшего средства примирения взяли с собою одни — брата убитого, а другие — трех сыновей убийцы. После обыкновенного приветствия и по краткой молитве да всевышний бог пошлет им духа-спасителя, могущего прервать восставший раздор, начались переговоры, но при сем случае, как скоро брат-мститель узнал в числе присутствующих детей, ему ненавистных, то с поспешностью встал со своего места и мгновенно вонзил старшему из них в грудь кинжал. Вражда умолкла. Бии, принеся слова благодарности богу и заключив друг друга в объятия, миролюбиво разъехались в свои селища» [313].

В описываемом случае мир неожиданно приходит оттуда, откуда его не ожидали. И неожиданный этот сигнал «примирения», пожалуй, самое показательное во всем описании. Он подчеркивает, что единственная цель примирения — стремление избежать междоусобицы и что к судьбе самих спорящих сородичи и бии и старшины в сущности довольно равнодушны. Только что на их глазах произошло вероломное убийство пришедшего с мирными намерениями ни в чем не повинного сына убийцы. Но вместо возмущения воцаряются мир и всеобщая радость по поводу того, что счет, так сказать, закрыт. Хотя Гавердовский и отмечает, что в его время такие случаи были уже редки и что большей частью дело кончалось принятием куна, зарисованная им с натуры картина убедительнее, чем прочие источники, подтверждает,

что в начале XIX в. обычай кровной мести у казахов, несмотря на все попытки ограничить и устранить его, изжит еще не был.

Все же основной формой возмездия за убийство была уплата куна. Кун сохранился в Казахстане вплоть до Великой Октябрьской социалистической революции. Значение его и размеры при этом, конечно, претерпели существенное изменение. Нет необходимости приводить здесь многочисленные и самые разнообразные сведения о размерах куна, имеющиеся у различных авторов и в разных источниках. Один вопрос, относящийся к размерам куна, однако, заслуживает внимания, а именно: состоял ли кун всегда только из определенного количества того или иного скота или состав его был более сложный. Таким путем может быть выяснен вопрос о генезисе куна, о том, какими путями общество пришло к идее компенсации жизни своего сородича путем имущественного возмещения.

Общепринятым можно считать мнение, что, по законам Тауке, кун состоял из 1000 баранов за убийство мужчины и 500 баранов за убийство женщины. В таком виде это положение вошло в большинство трудов по истории Казахстана и в учебники истории права [314]. Между тем утверждение это вызывает серьезные сомнения. Оно основано на наиболее популярном в литературе тексте записи законов Тауке, приведенной А. И. Левшиным [315]. Но в записи тех же законов К. Шукуралиева, где кун определен в 2000 лошадей, что приблизительно соответствует записи Левшина, по вопросу об уплате куна за убитого на барымте сказано уже, что кун уплачивается «людьми, панцирями, лошадьми и рогатым скотом» [316]. Известные нам случаи требования уплаты куна в XVIII — начале XIX в. также говорят о другом, нежели указанный Левшиным, составе куна, который довольно согласно воспроизводится источниками. Кун этот состоит из скота как основной, очевидно, ценности, к которой неизбежно добавляются рабы-пленники, панцири и верблюды. Так определена уже упомянутая нами претензия Бабибея к Тевкелеву в 1732 г.: 100 лошадей, один панцирь, один пленник, один кречет, ружье и верблюд. По донесению И. Неплюева, 24 сентября 1748 г. Джанибек-тархан советовал Бараку после убийства им Абулхаир-хана помириться с семьей хана «заплатою по их

обычаю всемеро против рядового киргизца на лошадей, ясырей (пленников), панцирей и прочих вещей по их обычаю» [317]. Обычай, следовательно, заключается в уплате не одним только скотом, а совокупностью перечисленных предметов. По сообщению Н. Рычкова (1771 г.), убийца платил кун в составе 100 лошадей, одного пленника, двух верблюдов, лучшего суконного кафтана, черной лисы, ястреба или беркута, панциря и другого вооружения [318]. По данным И. Георги, как уже попутно отмечалось, кун за мужчину состоял из 100 лошадей, одного невольника и двух верблюдов [319]. По Путинцеву и Броневскому,— из 100 лошадей, двух рабов-калмыков, двух панцирей и двух верблюдов [320]; по Гавердовскому, кун включал от 200 до 1000 лошадей и «пристойное количество прочего имущества» [321]. Следует заметить, что Гавердовский прямо указывает, что в своей записи он излагает законы Тауке. Так обстоит дело с источниками XVIII — начала XIX в. Но и для середины XIX в. в черновиках д'Андре указывается, что вследствие трудности платить кун в его прежнем размере кун изменен в сторону уменьшения, однако «при уплате куна вообще строго соблюдается обычай, дабы платеж этот начат был верблюдом, покрытым ковром...» [322]. По данным рапорта Биглова, при уплате куна сверх 1000 баранов нужно было дать еще одного служителя из персиян, т. е. раба, верблюда, покрытого хорошим ковром, и одну лошадь. По данным же рапорта Лукина, опять-таки сверх 1000 баранов «отдается в то же семейство в жены девка» [323].

С этими сведениями о составе древнего куна вполне согласуются и приводимые Н. И. Гродековым сообщения султана Даулета, что древний кун высшего разряда состоял: из 1000 баранов, соответствующих стоимости 2 девиц; 6 лучших вещей, а именно 2 рабов, 2 одногорбых верблюдов и 2 хороших лошадей, которые могли быть заменены зверьми: лисицей, волком и т. д.; ковра; лошади убийцы; желтого платка — траура для вдовы [324]. Низший разряд куна состоял из тех же вещей, только в несколько меньшем количестве и худшего качества.

Можно ли в свете приведенных здесь материалов продолжать утверждать, что по законам Тауке, действовавшим в XVIII в., по обычному праву казахов XVIII

и начала XIX в. кун состоял из 1000 баранов или из 200 либо 300 лошадей? Думается, нет. Вряд ли можно сомневаться в том, что изменение состава куна заключалось не в последующем появлении в нем индивидуально определенных предметов ритуально-символического значения, а в том, что по мере проникновения в Казахстан рыночных отношений эти индивидуально определенные предметы заменялись их товарным эквивалентом: сперва скотом, заменявшим еще в XIX в. казаху деньги, а затем и деньгами. Процесс этот начался, конечно, очень рано, очевидно, еще до сложения казахской государственности и права. На этом начальном этапе возникновения системы композиции возмещение за убийство члена рода заключалось в том, что род убийцы отдавал роду убитого другого человека. Это мог быть пленник-раб («ясырь») или девушка рода убийцы, отдаваемая в жены и призванная возместить убыль в составе рода убитого. Отдача потерпевшему роду девушек в качестве композиции при убийстве или увечье — очень распространенный вид композиции. У ту-кю за увечье платили дочерью и вещами. У западных афганских племен вознаграждение за убийство мужчины определяется в 12 девушек или молодых женщин, поступающих в замужество за родственников убитого без уплаты калыма. Девушка в качестве предмета композиции фигурирует при убийстве и у таджиков Афганистана [325]. Из истории кровной мести вообще хорошо известно, что у народов, находящихся на ранних ступенях общественного развития, такой способ прекращения кровной мести является обычным. Месть прекращается усыновлением убийцы или чаще кого-либо из малолетних членов его рода. И эти живые люди, возмещающие потерю роду, причиненную убийством, были первоначально основным элементом композиции. Недаром поэтому во всех комбинациях состава куна, о которых сообщают нам казахские источники, неизменно фигурирует «ясырь» — пленный персиянин, калмык или калмычка — либо отдаваемая в жены «девка». Характерно также, что в сообщении султана Даулета, приведенном выше, основная сумма куна — 1000 овец — характеризуется как соответствующая стоимость двух девиц.

Прочие предметы, входящие в состав куна, либо символизируют выдачу преступника на милость потерпев-

ших, либо связаны с обязанностью рода убийцы принимать участие в похоронах жертвы. К числу первых относятся лошадь убийцы («кровавая, черная и бесхвостая лошадь») и панцирь или вообще оружие. Обряд примирения, сопровождающийся выдачей орудия преступления и символическим разоружением убийцы, символической выдачей его, безоружного, на волю потерпевшим, характерен для многих народов, и его на основе имеющихся у нас данных следует предположить у казахов. Вторая группа предметов: черный верблюд, покрытый ковром, черный халат, желтый платок и т. п.— связаны с обязанностью виновных принять участие в похоронах покойного, устроить ему достойные похороны и, таким образом, примириться с тенью покойного, что, как мы уже знаем, является важнейшей составной частью ритуала примирения. Недаром, как уже отмечалось со слов М. Красовского, обряд уплаты куна во многом подобен поминальному. Возможно поэтому, что наличие во всяком составе куна значительного количества скота первоначально имело целью обеспечить важнейшую сторону организации похорон и поминок — обильное угощение всех присутствующих. Нас не должно при этом смущать количество скота, исчисляемое сотнями голов. На поминках сколько-нибудь известных людей присутствовали тысячи гостей. Еще в начале XIX в., когда былое обилие скота уже сменилось резким упадком скотоводства, Г. Гинс видел поминки, на которых присутствовало 12 000 человек [326].

Таким образом, древнейший состав куна включал прежде всего пленников-рабов или женщин как основную реальную компенсацию причиненного роду убийством сородича вреда; затем выдачу коня и вооружения убийцы как символ покорности, просьбы о примирении; и, наконец, предметы, связанные с организацией похорон, трауром и поминками, в том числе значительное количество скота для обильного угощения всех участников. Выше приведено достаточно доказательств того, что в XVIII и начале XIX в. состав куна был еще достаточно близок к его древнейшему, обусловленному самим происхождением куна составу. Если трудно и, быть может, даже невозможно представить себе возникновение идеи о компенсации скотом жизни сородича, то изложенный выше взгляд на развитие куна дает обоснованный конкретным

материалом и вполне удовлетворительный ответ на вопрос о происхождении композиции, выраженной в единицах скота, заменяющего деньги. Только высокое сравнительно с предшествующим периодом развитие обмена в XIX в. способствовало тому, что все перечисленные элементы куна получили свое выражение в более или менее определенной сумме, т. е. количестве голов скота, что стало теперь основным содержанием куна. От прежнего же предметного содержания куна остался только пережиток в виде того предварительного подарка из «кровавой лошади», «окровавленного оружия», «траурного верблюда», ковров, траурных халатов и платков, о котором сообщает Л. Баллюзек. Следует поэтому также заключить, что некритически принятая большинством исследователей запись А. Левшина о куне по законам Тауке не соответствует действительному содержанию постановлений Тауке и вообще обычному праву XVIII в. Нет, впрочем, ничего удивительного в том, что лица, сообщавшие Левшину это постановление в начале XIX в., несколько модернизировали законы Тауке либо изложили лишь то, что, с их точки зрения, было в куне наиболее существенным, т. е. его стоимость, составляющую 1000 баранов, как записал Левшин, или, как сообщили Шангину, 200 лошадей. Но одно то, что в различных сообщениях о законах Тауке кун определяется то в баранах, то в лошадях, то в верблюдах, убеждает в том, что перед нами последующая оценка этого куна, а не буквальное изложение самих постановлений Тауке.

Казахский кун представлял собою ярко выраженное орудие классовой судебной политики эксплуататорской верхушки казахского аула. Мы не найдем здесь, правда, такого «прейскуранта» различных цен за жизнь людей различных классовых групп, какой содержится в «Русской правде» и западноевропейских Варварских правдах; здесь нет строгих геометрических пропорций цен крови грузинского законодательства Вахтанга и аналогичных постановлений многих других памятников феодального права. Но это лишь следствие крайне низкого уровня развития феодальных отношений в Казахстане и вытекающего отсюда эмбрионального состояния феодально-правовых форм. Во всяком случае, казахское право фиксирует две «цены крови»: кун за рядового казаха, стоимость которого 1000 баранов за мужчину и 500

баранов за женщину, и кун за хана и султана, т. е. лиц «белой кости», который в одних источниках определен как семикратный в сравнении с куном за простого казаха, в других просто в несколько раз больше, чем простой кун. Например, в записи закона Тауке А. И. Левшина [327] указан семикратный кун за убийство султана или ходжи, то же у Броневского [328], в своде Комитета 1824 г. [329] и в ряде других источников. Но у М. Путинцева этот кун указан уже как шестикратный [330]; Георги, Гавердовский и Шангин вовсе молчат о таком многократном куне. Не следует, впрочем, сомневаться в действительном существовании семикратной платы за кровь султана по постановлениям Тауке и на протяжении XVIII в. В пользу реального существования этой нормы очень убедительно говорит цитированный выше совет Джанибек-тархана Бараку уплатить за кровь Абулхаира «всемеро против рядового киргизца». По данным же середины и второй половины XIX в. размер султанского куна хотя и был повышенным по сравнению с простым, но определялся каждый раз особо в зависимости от значения убитого султана. Например, в рапорте Аитова от 26 февраля 1846 г. указывается, что при простом куне в 1000 баранов султанский кун составляет от 1500 до 2000 баранов, «смотря по тому, в какой степени уважался между киргизцами убитый султан» [331]. Двойной кун платят за султана и по материалам Л. Баллюзека, полуторный — по данным Словохотова [332]. Очевидно, преимущества султанов в смысле получения за них повышенного куна чрезвычайно быстро падают в XIX в. в соответствии с быстрым упадком их политического значения и богатства. Н. И. Гродеков в 80-х гг. записывает уже, что «количество куна за мужчину одинаково, будет ли то султан, ходжа, гость, вор, ребенок, взрослый». В его время существует уже даже пословица, гласящая, что дурной и добрый по смерти равны. Султаны же продолжают претендовать на полуторный кун, хотя, очевидно, уже безуспешно. Но Н. Гродеков приводит и случаи взыскания за убитого 3—5 кунов, причем, очевидно, не только за лиц «белой кости». На полуторный кун претендуют и «потомственные бии» [333]. В последнем факте проступает довольно явственно отмеченный исследователями еще для XVIII в. процесс усиления знати «черной кости», ибо, конечно, эти претензии «потомственных

биев» имеют свои корни в тех преимуществах по куну, которые они наряду с другими привилегиями захватили не позже второй половины XVIII в. Для понимания классового порядка куна нужно особенно иметь в виду, что установленные обычным правом размеры куна имели по преимуществу ориентировочный характер. Конкретный размер куна устанавливался в каждом отдельном случае в процедуре примирения и при участии биев-судей. Естественно, что размер этот устанавливался тем выше, чем богаче и знатнее был убитый, чем сильнее и влиятельнее был его род, чем многочисленнее зависевшие от него сородичи, чем крепче стояли за него бии. В песне на смерть хана Джангера содержалось: «Кун храбрых сто лошадей, а кун Джангера дороже миллиона голов скота» [334]. Если в конце XIX в. Н. И. Гродеков мог зарегистрировать случаи взыскания за родоначальника трех, и пяти кунов, то что могло помешать подобной практике еще в XVIII в., когда, по сообщению Гавердовского, «происходящие от черных костей столько же усилились», как и первое сословие —«белая кость».

Отметим также, что помимо упомянутых двух кунов — простого и султанского — существовала в обычном праве еще и особая оценка жизни раба. Цена его жизни даже не именовалась куном. «Над рабами владельцы имеют неограниченное право жизни и смерти»,— говорят законы Тауке в записи А. И. Левшина. Но если раб был убит посторонним лицом, то возникал вопрос о возмещении причиненного его господину ущерба. О размере этого ущерба, а следовательно, о цене жизни раба по обычному праву казахов можно судить по следующему постановлению закона Тауке (запись Левшина): «За убитую охотничью собаку или беркута может требовать невольника или невольницу».

Различием платы за убийство людей разного общественного положения не исчерпывается классовое содержание куна. Его эксплуататорский характер не менее ярко проявляется в способах его уплаты «виновными» и в распределении его по получении. Обязанность платить кун лежала не только на убийце, но и на всем его роде: «За убийство платили по 200 лошадей всем родом того виновника»,— гласит запись закона Тауке, сделанная Шукуралиевым, и это положение подтверждается большинством источников. Используя этот пережиток

родовой коллективности, родоначальники, султаны и ханы возложили на подвластных им родовичей обязанность платить за них кун. Это положение закреплено нормами обычного права, и в записи Комитета 1824 г. сказано: «Если же султан или ходжа платить не будет или не в состоянии, то кун сей обязана платить вся волость» [335]. Конкретный исторический пример такого платежа содержится в донесении М. Арапова от 24 сентября 1749 г. Когда Барак, совершив убийство Абулхаира, бежал из Среднего жуза, где был ханом, то знать Среднего жуза, возглавляемая Джанибек-тарханом, предлагала ему вернуться, гарантируя безопасность и обещая, что «за убийство им хана, по обыкновению их, той ханской фамилии учинят заплату скотом и пожитками от себя; а буде он, Барак, по тому зову их к ним не поедет, то-де в таком случае хотят они в заплату той ханской фамилии скота и пожитков доправить с самого его, Барака, насильно» [336]. Предложение это, очевидно, строго обосновано нормами обычного права. Улусы Среднего жуза считали себя обязанными платить кун за Барака, если бы он оставался ханом и вернулся к исполнению своих обязанностей. Если же он из трусости манкировал этими обязанностями, то они решили рассчитаться по справедливой претензии Младшего жуза за счет имущества самого Барака, изъяв это имущество насильно. Так обстояло дело с куном, причитающимся с ханов и султанов; по этому же образу и подобию «платил» кун за счет своих подвластных любой родоначальник — бий и старшина.

Обязанность уплаты куна лежала на роде-общине в целом, распределялась между всеми ее членами и, следовательно, падала в основном на неимущих. Когда же дело доходило до распределения полученного куна, положение резко менялось. Принципиально все сородичи, на которых падала обязанность платить кун, имели право на долю куна при получении его за убитого сородича. Нечто в этом роде, действительно, имело место. По данным Изразцова, например, кун делится на две части, одна распределяется между всеми сородичами по 2—3 головы скота на каждые 50 юрт, из другой половины выделяется еще особая часть ближайшим родственникам [337]. О делении куна при получении его на две части говорится и в рапорте Биглова от 12 марта 1846 г. Но

здесь порядок распределения указывается несколько иной: половину берет ближний родственник, а другая делится между товарищами, сопровождающими истца для взятия куна [338]. В этом порядке и заложены неограниченные возможности распределить кун в узком кругу близких истцу или начальствующих лиц, которые помогают ему взыскивать кун. Гродеков, указывая, что кун подлежит дележу между аулами и что как близкие, так и дальние родственники, как богатые, так и бедные должны получить равные доли, заканчивает: «Ныне распределение получаемого куна не обходится без злоупотребления влиятельных лиц» [339]. Но дело здесь не только в злоупотреблениях, хотя при полном бесправии рядовых казахов в отношениях их с аульной знатью злоупотребления, очевидно, почти всегда определяли результаты раздела куна. Дело в том, что и на основе обычного права часть куна, причитающаяся хану, биям, эсаулам, превращалась в основную часть куна. Уже отмечалось выше, что размеры куна определялись мировым соглашением сторон и в связи с деградацией скотоводства и общим обеднением населения соглашения эти сводились к резкому уменьшению обычно-правового размера. На практику соглашений об уменьшении куна указывал и Биглов в отмеченном рапорте, но он же подчеркивал, что «часть производителя дела и ханская часть должна быть взыскана». Доля же бия и хана определялась применительно к огромным «законным» нормам куна. Кроме этого «ханлыка» и «бийлыка» из куна нужно было платить еще и «эсаулхака»—«со всякого десятка какого бы то ни было скота по одному» [340]. Не удивительно, что в результате такой системы взыскания и распределения куна члены рода, исправно привлекаемые к платежу куна, получали при взыскании в пользу рода куна, да и то не всегда, мелкие подачки, а кун был источником дохода для биев, старшин и султанов. Это обстоятельство совершенно правильно отмечает М. П. Вяткин, указывающий, что в середине XIX в. кун «превратился не в средство возмещения ущерба за убийство, а в средство наживы казахской знати» [341]. Но если он указывает при этом, что из 1000 баранов куна 50—150 доставались семье убитого, а остальные биям и «сородичам», то подобное распределение вряд ли следует считать только результатом извращения института

куна к середине XIX в., потому что при исконном праве сородичей на долю в куне семья убитого вряд ли и ранее могла рассчитывать на получение большой доли куна. Основное изменение в порядке распределения куна заключалось, следовательно, в том, что теперь вместо распределения между сородичами львиную долю его присваивали бии и старшины, как отметил и сам М. П. Вяткин. Впрочем, есть основание полагать, что и эта узурпация куна верхушкой аула старше XIX в. В пользу этого предположения говорят сообщенные Бигловым правила адата, выделяющие половину куна лицам, участвующим в его взыскании, и требующие при всех соглашениях об уменьшении куна полного взыскания «ханлыка», «бийлыка» и «эсаулхака». Трудно думать, что эти нормы возникли только в XIX в.

Превращение куна в способ наживы правящих верхов объясняет нам и те изуверства, которые отмечаются многими исследователями в практике добывания куна. Только безмерная, не знающая никаких границ и принципов человечности алчность эксплуататорских групп могла породить и сделать распространенной, например, практику добивания раненых сородичей с целью получения за них куна либо бросание под копыта лошадей противника с той же целью малолетних детей [342]. А между тем подобная практика существовала. Исполняющий должность правителя средней части орды полковник султан Баймухаммедов в 60-х гг. XIX в. писал в своем рапорте: «Существует с древних еще лет в орде право, что в оклеветание какого-либо противника своего лишают жизни своим детям и подкидывают к нему под видом, что будто бы убийство учинено им». Объяснение это давалось им в связи со следующим конкретным случаем. Решением был взыскан скот в пользу Чигировых с Кармановых. Когда истец и сопровождавшие его султан, бии и другие начальствующие лица явились к ответчикам, чтобы произвести взыскание, Кармановы оказали вооруженное сопротивление, а затем несколько женщин и молодых людей из числа родственников Кармановых доставили властям двух убитых детей — одного грудного, а другого 4—5 лет, заявляя, что они убиты истцами Чигировыми при производстве силой взыскания присужденного в их пользу скота. Чигировы же объясняли, что Кармановы сами убили

детей, дабы обвинить их в убийстве, взыскать с них куи и тем самым избавиться от ранее присужденного с них взыскания. В следственном материале по этому делу имеется признание жены Карманова, что муж ее действительно убил ребенка, дочь своего брата, чтобы оговорить в этом убийстве Чигировых [343]. Баймухаммедов, как мы видели, охарактеризовал эти нравы как существующие «с давних еще лет».

Характеристика убийства как преступления по обычному праву казахов будет неполной без рассмотрения квалифицированных и так называемых привилегированных видов убийства. Конечно, в основном признание убийства квалифицированным или «привилегированным» предопределялось классовым положением убийцы и его жертвы. Квалифицированным было поэтому, как мы видели, убийство султана, хана, ходжи, влиятельного бия или старшины. «Привилегированным» в такой степени, что оно вовсе не считалось преступлением, было убийство раба. Но помимо квалификации убийства в непосредственной зависимости от классового положения сторон казахское право знает квалификацию его по другим признакам, хотя классовая природа права проявляется и здесь достаточно ясно. Из господства патриархального начала и безусловной власти главы семьи над ее членами вытекала провозглашенная в законах Тауке полная безнаказанность отца за убийство своих детей, а также различная ответственность за муже- и женоубийство. В то время как муж, убивший свою жену, всегда мог отделаться уплатой куна в пользу сородичей жены, жена-убийца «непременно предается смертной казни, от которой не может спасти заплата куна, если родственники не простят ее» [344]. Такое неравноправие имеет свои корни в положении жен-пленниц, жен-рабынь, в которых можно было видеть опасность для жизни мужа-господина. И хотя положение казахской женщины в рассматриваемое нами время уже сильно отличалось от положения пленницы и рабыни, но нормы, угрожающие за мужеубийство непременной казнью, сохраняются и делают мужеубийство квалифицированным убийством.

Квалифицированным считалось и убийство, при котором тело убитого не будет найдено либо будет брошено убийцей в степи, вследствие чего оно повреждено зверями или птицами. По данным Красовского и Бронев-

ского, в этом случае убийца должен платить полуторный кун [345]. Повышение в этом случае куна, бесспорно, связано с особыми трудностями «примирения с покойником», тело которого подверглось надругательству, но, быть может, здесь могли позже играть известную роль и соображения карательной политики, преследовавшей более сурово убийцу, пытающегося скрыть труп и тем самым факт убийства. В древнегерманском праве, например, сокрытие трупа, безусловно, превращало простое убийство в квалифицированное.

Телесные повреждения

В казахском обычном праве различные виды телесных повреждений не представляют собой однородного преступления. В то время как тяжкое увечье является как бы «осколком» убийства — этого единственного первоначально известного обществу преступления против личности, — нормы, регулирующие преследование за прочие телесные повреждения, с нормами, относящимися к убийству, не связаны.

Лишение человека какого-либо органа (руки, ноги, глаз, ушей) рассматривается как, если можно так выразиться, частичное убийство, и наоборот, убийство рассматривается как уничтожение совокупности органов, составляющих человеческий организм. Так, убийство увечного, если за увечье от виновника своевременно было получено возмещение, влечет за собой по обычному праву только доплату до полного куна в размере разницы между куном и уже полученным расчетом за увечье [346]. Другой пример: лишение человека рук, ног, глаз влечет за собой уплату полного куна, т. е. приравнивается к убийству, что в условиях общества скотоводов-кочевников, конечно, не лишено разумного основания. Записав это положение, д'Андре, однако, тут же добавляет: «Буде ордынец, кого лишили одного из двух членов, не имел уже до того времени или не действовал один, то платит не полный кун, а все-таки половину» [347]. Следовательно, хотя в результате увечья кривой вовсе ослеп, хромой вовсе обезножен и, таким образом, пришел в то состояние, которое право считает равносильным смерти, взыскивая поэтому в подобных случаях полный кун, механический взгляд на вещи упорно торжествует, и всякий

отвечает только за те части тела, которые он непосредственно повредил. По Л. Баллюзеку, за убийство лиц, увечных от рождения, платится только половинный кун [348]. Из такого взгляда вытекает и установленный казахским обычаем способ определения размера возмещения за тяжкие увечья. Возмещение за такие увечья определяется в долях куна, в долях «платы за кровь». На незначительные увечья (выбитый зуб, отрубленный палец) и раны, не имеющие своим следствием лишение какого-либо важного органа, этот способ исчисления возмещения, однако, не распространяется, и здесь взыскивается плата в строго определенном размере (зависящем от того, например, какой палец отрублен), но не доля (половина, четверть) куна. По И. Георги, «изуродование человека почитается в половину противу лишения жизни». Но для каждого из пальцев установлена определенная такса: большой — 100 баранов, малый — 20 баранов и т. д. [349]. В записи законов Тауке Левшина воспроизводится эта же таксировка пальцев, но об оплате более тяжких увечий говорится только, что они оплачиваются «определенным числом скота» [350]. В записи «О киргизских законах» Путинцева «за вышибание глаза, излом руки или ноги» устанавливается штраф полкуна с добавлением: «Буде же изломает обе руки или ноги или лишит совсем зрения, то причитается убийце» [351]. Но за «излом у руки перстов», за синяки и выбитый зуб взыскиваются уже не доли куна, а тогузы, т. е. твердые дифференцированные штрафы. По сообщению Н. Рычкова, хан Нуралы «по требованию народа» должен был уплатить половинный кун казаху, которого ханские слуги избили до потери способности деторождения, хотя казах этот в погоне за своей рабыней-калмычкой ворвался в юрту жены Нуралы и тем учинил скандал [352]. По Броневскому, также за отсечение руки «или иной важный вред» платится половинный кун, а за незначительное повреждение — аттун [353]. Такое же различие принципа оплаты за тяжкие увечья, с одной стороны, и легкие увечья и телесные повреждения — с другой, находим в рапорте Аитова от 26 февраля 1846 г. За легкое ранение головы — «незначительный кун по решению бия». (Здесь термин «кун» употреблен явно некстати вместо штрафа, ибо кун есть композиция за убийство.) За пробитие же черепа устанавливается $^1/_4$ куна полного, а за лишение человека одновременно глаз,

ушей, ног, рук и всех зубов, «если человек останется в этом положении жив», предусмотрен даже пятикратный кун [354]. Последняя норма носит, впрочем, явно надуманный характер и интерес ее только в том, что она подтверждает запись М. Путинцева, приведенную выше. В черновиках д'Андре вопрос несколько запутан. Д'Андре несомненно ошибочно считает, что половинный кун за лишение руки (500 баранов) складывается из штрафа за 5 пальцев — по 100 баранов за палец. Это неверно потому, что все без исключения источники дают различную оценку разных пальцев [355]. Но и у д'Андре подчеркнуто различие принципа оплаты тяжких увечий и легких, а именно за лишение руки, ноги и т. д. платится «полкуна, или 500 баранов, 1 верблюд, 1 ковер». При уплате же 100, 200, 300 баранов за лишение пальцев верблюд и ковер не придаются к штрафу [356]. Верблюд и ковер есть характерная принадлежность куну. При мелких увечьях и ранах их не платят, потому здесь речь идет не о куне, а о штрафах другого происхождения: тогузе и аттуне. Это же различие в принципе оплаты последовательно проводится и в материалах, собранных во второй половине XIX в., у Маковецкого, Баллюзека и многих других. У Гродекова различие это уже не сохраняется достаточно последовательно, что объясняется, очевидно, превращением куна к этому времени из совокупности конкретных предметов в эквивалент их стоимости, выраженный в скоте или деньгах.

Отмеченное в казахском праве различие принципа исчисления возмещений за тяжкие и легкие увечья есть явление не случайное, а присущее определенной стадии правового развития, что можно показать на примере других правовых систем. В Правде Ярославичей тяжкое увечье, влекущее за собой потерю руки, ноги, просто приравнивается к убийству, и за него устанавливается, как за убийство, полная вира — 40 гривен. В то же время отсечение пальца, всякого рода удары и побои караются твердым штрафом от 3 до 12 гривен. Позже, в пространной Правде, отсечение руки, ноги, лишение глаза или носа карается уже «полувирьем», т. е. связь с убийством продолжает сохраняться и здесь, в то время как прочие телесные повреждения караются теми же твердыми штрафами. По замечанию Бруннера, суммы отдельных композиций германского права также представляют собой

либо доли вергельда (соответствующего казахскому куну), либо доли или кратные суммы какой-то иной постоянной единицы штрафа. Первые применяются при тяжких увечьях, вторые — при ранах, не носящих характера увечья. Средневековое грузинское право исчисляет в долях «платы за кровь» композицию за отсечение руки, ноги, за выколотые глаза (законы Георга, ст. 32—36), а в таксировке пени за раны исходит из своеобразной единицы, какой является уплата одной коровы за нанесенную крестьянину рану размером в одно ячменное зерно с соответствующим умножением на исчисляемую в ячменных зернах длину и глубину раны и с соответствующим учетом социального положения потерпевшего (законы Вахтанга VI, ст. 49). Первое постановление относится к XIV в., второе — к концу XVII в., но Вахтанг VI в своей инкорпорации сохранил в силе значение законов Георга, и они существовали одновременно. Исчисление возмещения за тяжкие увечья в долях «цены крови» (куна, вергельда и т. д.) есть в некоторых случаях бесспорное свидетельство крайней примитивности одной из этих первоначальных стадий уголовно-правового развития. Такой порядок определения возмездия явно уводит нас к тем древнейшим временам, когда среди преступлений против личности в качестве самостоятельного преступления существует только важнейшее из них — убийство, а причинение увечий преследуется еще, так сказать, по аналогии с нормами, преследующими за убийство. В данном же случае, поскольку речь идет о казахском праве XVIII и начала XIX в., перед нами такое же бесспорное свидетельство удивительного консерватизма этого права, сохранившего столь архаические правовые формы в развитом классовом обществе.

Знает ли уголовное право казахов применение принципа талиона при телесных повреждениях? Мы имеем в виду реальное его применение, т. е. отсечение руки в виде возмездия за отрубленную руку, глаза — за глаз и зуба — за зуб. Требование талиона звучит в многочисленных записях обычного права казахов. А. И. Левшин в записи законодательства Тауке по этому поводу писал: «Первое место в нем занимает закон возмездия: за кровь мстить кровью, за увечье таким же увечьем droit de talion». И дальше: «Отрубивший руку, ногу, ухо и прочее должен быть лишен той же части тела» [357]. Он указы-

вает вместе с тем, что есть возможность для преступника «по приговору судей или согласно с истцами» отделаться от угрожающей ему кары уплатой скотом. В записи К. Шукуралиева талион распространяется не только на увечья, но даже на побои: «За увечье мужского пола, например плетьми, палками или ранами, осмотря человека и его увечья, платили скотом или за плети также ударами плетью, за палку — палками, за рану — ранами» [358]. Гавердовский излагает законы Тауке в соответствующей части так: «Увечье всякого рода отмщевать равным же увечьем или по желанию обиженного взыскивать с виновного скот и именье» [359], по Броневскому, талион применяется только за «важный вред» [360], по Путинцеву, напротив и в некотором согласии с записью Шукуралиева, — за побои плетью или тому подобные [361]. В источниках, относящихся к периоду более позднему, нежели начало XIX в., упоминания о праве талиона вовсе исчезают.

Очень трудно все же допустить реальное существование талиона в правовой практике. Против этого говорит постоянно сопутствующее нормам талиона допущение выплаты композиции за телесные повреждения, а также то обстоятельство, что при наличии многочисленных свидетельств о практическом осуществлении кровной мести за убийство при отмеченной уже распространенности и живучести кровомщения мы вовсе не встречаем в памятниках истории казахов случаев осуществления возмездия по принципу талиона. Между тем подобные случаи, если бы они имели место на практике, поражая воображение населения, несомненно, отразились бы в исторических памятниках. Но наиболее убедительным следует признать следующее соображение. Принцип талиона известен лишь сравнительно немногим правовым системам, а реальное его осуществление в правовой практике констатируется вообще, скорее, как исключение. Провозглашается он в целях ограничения мести за увечья. Напомним еще раз, что увечье первоначально приравнивалось к убийству, и Правда Ярославичей, например, устанавливает за лишение руки полную виру, которая только гораздо позже заменяется полувирьем. Следовательно, талион может найти почву только там, где существует более или менее сильная, относительно централизованная государственная власть, ведущая борьбу с остатками родового быта, спо-

собная не только потребовать ограничения мести, но и практически ввести возмездие в устанавливаемые ею рамки. Мы встречаем поэтому постановление о талионе главным образом в относительно централизованных рабовладельческих государствах: в судебнике Хаммурапи, в законах Моисея, в законах XII таблиц и, наконец, в Коране, авторы которого сами указывают на заимствование ими норм талиона из Моисеева законодательства. С другой стороны, ранние феодальные общества, не прошедшие через рабовладельческую формацию с решающей ролью общины в судебно-правовой организации, с господством обычного права, в гораздо меньшей степени регулируемого общегосударственным законом, как правило, не знают и норм о талионе. Мы не находим его ни в монгольском праве эпохи Чингис-хана, ни позже, например в ойратском уложении 1640 г.; исследователи решительно отрицают наличие талиона когда-либо в древнем германском праве [362]. Не знает талиона и древнее русское право, нет его и в праве кавказских горцев. Мало того, даже там, где, как например, в Моисеевом законодательстве и в законах XII таблиц, принцип талиона отчетливо выражен в законодательстве, практическое его применение постоянно оспаривается исследователями [363]. Бесспорное осуществление возмездия при телесных повреждениях по принципу талиона в сколько-нибудь широких масштабах отмечается только в некоторых областях действия мусульманского права. При этом возмездие по талиону осуществляется только по суду и, в отличие от кровной мести, в качестве исполнителя выступает не потерпевшая сторона, а государственный палач, обладающий опытом нанесения соответствующих увечий и строго соразмеряющий их с увечьями, вызвавшими применение талиона [364]. Осуществление талиона руками палача в качестве наказания по суду и при наличии достаточно сильной государственной власти есть, действительно, единственно возможная форма реального осуществления этого института. И, по существу, перед нами в этих случаях уже явление совершенно иного порядка, т. е. установление с божьего благословения членовредительных наказаний, как это, например, имеет место в Уложении Алексея Михайловича («А буде кто... отсечет руку или ногу, или нос, или ухо, или губы обрежет, или глаз выколет — и за такое его надругательство самому ему то же учинить»). В других

условиях талион окажется всегда только нереальной угрозой. Можно легко представить себе, как мало данных поэтому было в Казахстане для превращения талиона в реально действующий институт. Слаба государственная власть, способная влиять на развитие обычного права, отсутствуют специальные органы исполнения судебных решений. Приговоры осуществляются преимущественно сородичами самого обвиняемого: они могли заставить его платить во избежание межродовой вражды, помогали ему платить, сами за него платили, но совершенно невероятно, чтобы они рубили ему руки или резали уши в воздание за такой же вред, причиненный истцу.

Не подлежит сомнению поэтому, что неоднократное упоминание в записях казахского права о талионе при членовредительстве и вообще телесных повреждениях есть результат механической и совершенно бесплодной практически рецепции шариата. Характер влияния ислама на духовную жизнь казахов прекрасно согласуется с этим предположением. Веления пророка пользовались у казахов величайшим почтением, но не выполнялись. Цитаты из Корана, принесенные в степь муллами, охотно включались правящими классами в катехизис поведения казаха, хотя без всякого обязательства серьезно ими руководствоваться. Правящие классы дорожили репутацией верных мусульман, потому что это облегчало им сношения со среднеазиатскими соседями. Коран говорил: «В законе возмездия вся жизнь ваша, о люди, одаренные разумением». Он предписывал: «Душа за душу, око за око, нос за нос, ухо за ухо, зуб за зуб». Как могли ханы и бии, считавшие себя правоверными, не включить это требование в составляемые ими своды обычного права! Но в данном случае это можно было сделать даже без всякой угрозы древним обычаям, установившим в этом случае композицию, ибо сам пророк, провозгласив максимум талиона, вслед за тем объявляет добродетелью замену реального талиона пеней. Ведь и большинство мусульман не применяло талион реально путем лишения виновника того или другого члена, а заменяло его денежной пеней [365]. В казахском же обычном праве, как и во многих других правовых системах, принцип реального талиона является только результатом механического заимствования, органически не связан с обычным правом казахов и не мог оказать никакого влияния на правовую

практику. Остается, следовательно, констатировать, что полный переход от мести к имущественному возмещению — композиции завершился в области борьбы с телесными повреждениями гораздо раньше, чем для убийства. Перед нами в данном случае закономерность, общая для большинства правовых систем и легко объясняемая тем, что обуздать месть легче там, где речь идет о менее тяжких посягательствах [366]. В то время как тяжкие увечья по характеру установленного за них наказания вплотную примыкают к убийству и возмещаются долями куна, убийство плода во чреве матери отнюдь не рассматривается как убийство и приравнивается к самому легкому телесному повреждению. По законам Тауке в записи А. И. Левшина, если сбитая с ног всадником беременная женщина родит вследствие ушиба мертвого ребенка, то с всадника взыскивается плата по следующему расчету: за младенца до пяти месяцев — по одной лошади за каждый месяц, а за младенца от пяти до девяти месяцев — по одному верблюду за каждый месяц. Принимая во внимание, что по этой же записи отрубленный большой палец руки оценивается в 100 баранов, следует признать, что казахское право относило убийство плода во чреве матери к числу незначительных преступлений. Так же трактуется данное преступление в записях Броневского, Комитета 1824 г., д'Андре, у Радлова [367]. Броневский, правда, дополняет приведенную запись Левшина сообщением, что за плод в 10 месяцев платят уже полный кун за мальчика и половинный за девочку, и в примечании указывает: «Киргизцы считают в утробе младенца и всякого животного до произведения на свет 12 месяцев». Но и это дополнение, как и разъясняющее его примечание, приходится отнести на счет фантазии самого Броневского. Этнографы знают, правда, что некоторые народы, находящиеся на очень низкой ступени общественного и культурного развития, не представляют себе связи между актами зачатия и рождения, однако совершенно нелепо было бы предполагать, чтобы была такая наивность у казахов в XVIII—XIX вв., которые к тому же были народом, отдающим всю свою жизнь скотоводству. Поэтому сообщение Броневского о взыскании в данном случае куна приходится считать маловероятным. Можно отметить некоторое повышение ответственности за рассматриваемое преступление в середине XIX в., так как в записи д'Андре оно карается уже

«тогузами», «девятками», а не отдельными штуками скота. Но к идее применить к убийству плода во чреве матери нормы, относящиеся к человекоубийству, и взыскивать за это кун или его доли казахское обычное право приходит, очевидно, только во второй половине XIX в. По Л. Баллюзеку, в случае гибели плода до пяти месяцев платили «тогузы», а свыше пяти месяцев уже половинный кун [368]. Об уплате в рассматриваемом случае куна или доли куна упоминается неоднократно и в материалах Н. И. Гродекова [369]. В этом усилении охраны матери и будущего ребенка, в проникновении в право взгляда на убийство плода как на некоторое подобие убийства нельзя не видеть результатов положительного влияния русского права и вообще усиления в казахском обществе начал цивилизации. Такая эволюция взгляда на рассматриваемое преступление подтверждается также тем, что древнейшее право, очевидно, всюду склонно было это преступление рассматривать как малозначительное.

Моисеево законодательство устанавливало, например, в этом случае возмездие по талиону [370], но единственный смысл этого постановления заключался в ограничении права ранее неограниченной мести.

Оскорбление и клевета

Из преступлений против личности казахское право знает также посягательство на достоинство личности: оскорбление и клевету, которая, впрочем, не отличается от словесного оскорбления. Что же касается оскорбления действием, то оно сливается с нанесением побоев и даже относительно легких телесных повреждений. Конечно, провести здесь грань между тем, что относилось к телесным повреждениям, и тем, что относилось к оскорблению действием, чрезвычайно трудно, но что судебная практика выделяла какую-то группу телесных повреждений и рассматривала их уже как оскорбление действием, это видно из системы санкций, применяемых в этом случае. Выше, говоря о телесных повреждениях, удалось установить наличие группы наиболее тяжких телесных повреждений, связываемых с убийством и караемых поэтому «мздою крови» — куном в различных долях его, и более легких телесных повреждений, которые с убийством в смысле наказания их не ассоциировались. Одни из них карались

твердыми штрафами — тогузами, а другие — аттунами. Эти последние и рассматривались уже не как телесные повреждения, а как оскорбления или обиды и приравнивались к словесным оскорблениям, для которых в ряде источников аттун есть обычная санкция.

По записи «О киргизских законах» М. Путинцева, за «излом у руки перстов» нужно было платить тогузами. Содержание скота в этих «девятках» — тогузах — было различно (крупный или мелкий скот, верблюды или овцы) в зависимости от большей или меньшей ценности того или другого пальца. Но средний палец у казахов почему-то считался наименее ценным, может быть, потому, что отсутствие его не мешает держать повод, владеть оружием или забрасывать аркан. По П. Маковецкому, например, за средний палец полагается наименьшее вознаграждение, а по Л. Баллюзеку, — даже вовсе никакого [371]. Вот поэтому у М. Путинцева каждый из четырех пальцев оценивается тогузами, а за пятый — средний — предусмотрен только аттун, которым, как сказано уже, по другим источникам оплачиваются и словесные оскорбления. И у Путинцева аттуном же карается сделанное на лице плетью или чем-либо иным пятно, т. е. простые побои. И, наконец, он как бы объединяет эти телесные повреждения в одну категорию преступлений — оскорбление действием — в статье о выбитом зубе: «Буде кто выломит зуб, взыскать штрафу так, как за сделанное на лице пятно или средний палец» [372].

В нормах, определяющих ответственность за оскорбление, отчетливее, чем во многих других, сказывается феодальный характер казахского права. В постановлениях, относящихся к оскорблению действием, принцип феодального неравенства сформулирован достаточно выпукло. Так, законы Тауке в записи А. Левшина, не касаясь вовсе оскорблений действием, карают, однако, нанесение побоев султану, и карают строго, взыскивая за это целых три тогуза [373]. Это постановление имеется и у Броневского [374]. У д'Андре имеется общая норма об ответственности за побои между равными. За побои копьем или чаканом, «но без лишения способов действовать членом» установлен уже известный, спефицический для всяких оскорблений штраф — аттун. Если побои были сильные, но «без нанесения явных ран», т. е. не переходящие в телесные повреждения, то виновный обязан был еще вылечить по-

битого, но этим его ответственность и исчерпывалась. В то же время, по д'Андре, «ордынец, ударивший рукою, палкою или чем-либо другим султана или бия или вообще человека, пользующегося в орде уважением, но не с намерением лишить жизнь либо нанести рану, подлежит отсечению правой руки по кисть» [375]. По поводу отсечения руки — наказания чисто шариатского — д'Андре отмечает, что оно «в точности не соблюдается между киргизцами», а взамен этого подобный обидчик султана или бия наказывается «по усмотрению самого султана правителя», что, конечно, гарантировало самое суровое наказание. По Л. Баллюзеку, простолюдин, оскорбивший действием султана, карается вместо обычного аттуна от двух аттунов до одного тогуза, «смотря по значению самих султанов». (Эта «резиновая норма» — уже результат упадка экономического и политического значения султанов, часть которых превратилась в рядовых скотоводов.) Но если оскорбитель сам был султаном, то он платил только один аттун, да и то лишь в том случае, если обиженный был старше его годами. Несколько меньший, но все же повышенный по сравнению с обычным штраф установлен был за оскорбление действием бия и «почетного богача». Старшим же по отношению к простолюдинам никакие побои вообще не ставятся в вину, за исключением только сильных увечий и убийств [376]. У Н. И. Гродекова по этому поводу записано: «Когда высший убьет низшего, то не взыскивается до трех ударов включительно; и если низший во время одного из трех первых ударов ответит ударом, то он платит штраф» [377].

Что касается словесных оскорблений, то, по некоторым источникам, между людьми равного состояния эти оскорбления вовсе не караются, они караются только в отношении людей, стоящих выше по социальной лестнице. Законы Тауке в записи А. И. Левшина знают словесное оскорбление, как и оскорбление действием, только в отношении султанов, ходжей, родителей и женщины [378]. Гавердовский, Шангин, Путинцев и др. вовсе не упоминают о наказуемости словесных оскорблений. По Броневскому, обида между простолюдинами влечет за собой только обязанность просить прощение [379]. По Маковецкому, «оскорбления на словах вообще у киргизов не преследуются, если они нанесены не почетному лицу» [380]. Это, однако, не согласуется со свидетельствами других

источников, в частности, д'Андре. По его сведениям, если казах заявит бию претензию на равного себе, что последний «обругал его невинно», обидел его «даже словом», то «бий обязан... помирить обе стороны взысканием с обидчика одного халата или барана, смотря по обиде, усмотрением самого бия» [381].

Противоречивость и недостаточность материала, относящегося к словесным оскорблениям между равными, затрудняет выяснение закономерности развития относящихся сюда норм. Нельзя думать, что древнее казахское право безразлично относилось к словесному оскорблению свободного казаха. Варварское общество не утеряло еще то высокое уважение к достоинству личности, которое характеризует первобытнообщинный строй. В очерке о судоустройстве и судопроизводстве приведено было сообщение Тана-Богороза о чукче, который считал, что даже на справедливые упреки можно ответить ударом ножа, если они превышают меру заслуженного и оскорбляют самолюбие. Мы видим там также, что варвар отрицает право бранить, выговаривать и оскорблять его даже за своими главарями, тем более не признавал он это право за равными себе. Древний исландский кодекс Gra'ga's позволял мстить смертью за три оскорбления словом и за оскорбительное стихотворение [382]. Законы XII таблиц установили смертную казнь тому, кто сложит или будет петь песню, содержащую в себе клевету или оскорбление кого-либо [383]. Ислам запрещает насмешки и насмешливые прозвища; возбраняет стихотворное и прочие соревнования, поношения, которые были так употребляемы между враждующими племенами арабов, потому что эти стихотворения-перебранки способствовали разжиганию межплеменной вражды [384]. В пору, когда у казахов сохранялись еще остатки варварского военно-демократического строя, чувство личного достоинства стояло очень высоко. Постановления Тауке апеллируют к этому чувству достоинства, когда угрожают явившемуся на народное собрание без оружия, что младшие не уступят ему места [385]. И даже в начале XIX в. сохранялось еще в качестве пережитка этого представления о несовместимости оскорблений с достоинством свободного общинника одно любопытное постановление, записанное в сборнике Комитета 1824 г.: обида простого казаха султаном вовсе не карается, но даже султан не имеет права оскорблять

простого казаха в публичном собрании, и, если он сделает это, то платит ему кун [386].

Нужно полагать поэтому, что сведения о ненаказуемости словесных обид между рядовыми казахами (к тому же противоречивые) отражают упадок значения личного достоинства рядовых казахов, который был неизбежным вследствие развития феодальных отношений, при господстве которых, как известно, честь и достоинство отрицаются вовсе за эксплуатируемой массой населения и наряду с собственностью и политической властью становятся привилегией господствующих классов. Это вовсе не значит, конечно, что массы утеряли это чувство личного достоинства; это значит только, что право господствующих классов перестало с ним считаться.

Игнорируя защиту достоинства людей, принадлежащих к эксплуатируемым массам, обычное право поднимает на щит достоинство эксплуататорских верхов. По законам Тауке в записи А. И. Левшина оскорбление словами султана и ходжи карается тогузом [387]. Это постановление буквально повторяет Броневский [388]. В начале XIX в. привилегия защиты личного достоинства от оскорблений принадлежит только узкому кругу лиц, относящихся к «белой кости». Это подтверждает постановление в сборнике Комитета 1824 г.: «Бии и старшины почитаются наравне с простым народом, из коих только пожалованные от государя всероссийского чинами имеют право в обидах своих жаловаться на виновных внутри линии и на оной российскому правительству» [389]. Бии и старшины пользовались, следовательно, в 20-х гг. XIX в. рассматриваемой привилегией только в качестве русских чиновников. Позже, во второй половине XIX в., усиление знати, не принадлежащей к «белой кости», обеспечило усиленную защиту биев, старшин и вообще феодальных верхов и против словесных оскорблений. В определении наказания в этом случае, по Л. Баллюзеку, вполне соблюдается феодальная иерархия. Султан, оскорбивший словесно бия и «почетного богача», обязан принести извинения, простолюдин же, оскорбив бия, платит аттун; оскорбив султана, платит целых три аттуна [390]. По д'Андре, наказания за словесное оскорбление простолюдином султанов и биев еще выше. За «поношение», несоблюдение должного почтения или «ругательные слова» по отношению к султану, бию или другому подобному лицу,

пользующемуся всеобщим уважением, виновный подлежит суду тех же султанов и биев. Наказание здесь указывается очень жестокое, предписанное шариатом: «79 ударов плети». Но, как и всюду, где речь идет о шариатских наказаниях, практически они «в точности не соблюдаются между киргизами», от чего расправа не смягчается, ибо виновные наказываются «по усмотрению самого султана правителя» и «уплатою в пользу обиженного» [391].

Среди установлений казахского права, относящихся к словесному оскорблению, заслуживает внимания санкция за оскорбление между равными, т. е. уже упомянутая «просьба о прощении». Это не примирение, так как примирение у казахов, как правило, предполагает соглашение о размерах возмещения за материальный или нематериальный вред; смысл «просьбы о прощении» заключается в том, что она освобождает от обязанности возмещать причиненный нематериальный вред. По сообщению Маковецкого, за оскорбителя может извиниться один из почетных родственников, который в этом случае получает приготовленную для уплаты потерпевшему лошадь [392]. Просьба о прощении, как и удовлетворение ее, всегда, конечно, возможны, но, как таковая, она не может быть установленной правом санкцией, ибо в рассматриваемом случае от потерпевшего вовсе не зависит — простить или не простить. Для извинения в современном его понимании — как выражения раскаивания, свидетельствующего об отсутствии стойкой, напряженной, злой воли, здесь тоже не могло быть места. Уголовная ответственность, особенно в древнейшие времена, когда, очевидно, возникла эта санкция, строилась не по принципу вины, а по принципу причинения. Остается предположить, что эта «просьба о прощении» имела некогда для потерпевшего реальный интерес. И действительно, так было в те времена, когда словесное оскорбление не отделилось еще от клеветы, ложного обвинения или ложного доноса. Например, немецким Schelte в древнем германском праве охватывалось не только оскорбление, но и ложное обвинение. Возможно, что Schelte первоначально именно и означало ложное обвинение. Лангобардское право различало при оскорблении женщин брань в запальчивости, от которой оскорбитель готов отказаться, и оскорбительные утверждения, на которых он настаивал, и если в первом случае

брань каралась 20 солидами, то во втором случае нужно было платить полный вергельд. Такой же смысл могла иметь казахская «просьба о прощении». Она означала, что оскорбитель не настаивает на справедливости тех порочащих обстоятельств или фактов, которые обычно составляют содержание брани, что он отрицает содержавшиеся в ней обвинения, отказывается от них, устраняет тем самым вред, причиненный оскорбительным обвинением.

Сущность приведенного выше постановления Лангобардского права очень хорошо выясняется при сопоставлении его с одной нормой казахского обычного права, приводимой Броневским: назвавшего кого-либо незаконнорожденным наказывают побоями [393]. Это неожиданно строго после того, как несколько раньше Броневский указывает, что оскорбление между равными ликвидируется вышеупомянутой «просьбой о прощении». Слишком строго, если даже учесть, что данное оскорбление было особенно тяжким для казаха, который чувствовал себя не совсем, так сказать, законнорожденным, даже если не знал своих предков до седьмого колена. Но из контекста статьи видно, что в данном случае строгость санкции вызывается вовсе не этой особой оскорбительностью брани, а тем, что данное оскорбление было вообще чревато тяжелыми последствиями. Оскорбитель, оказывается, мог указать на «побочного», т. е. действительного, отца, и последний отвечал перед мнимым отцом головою или куном. Оскорбленный лишался, конечно, наследства и т. д. Неудивительно поэтому, что своевременный отказ от подобного оскорбления совершенно менял дело, избавлял оскорбляемого от возможности тяжких последствий и поощрял его забыть об оскорблении. Это особенно относится к данному оскорблению ввиду общепризнанной во все времена трудности как доказывания, так и оспаривания прелюбодеяния и тяжких последствий такого обвинения. Поэтому в преследовании оскорбления и клеветы обвинение в происхождении не от законных родителей у многих народов занимает одно из центральных мест. Д'Андре, работая над «Описанием киргизских обычаев», не понимал того, что в казахском праве отсутствует общее понятие о некоторых категориях преступлений, например о клевете, и допустил вследствие этого в своей попытке частной кодификации ряд противоречивых утверж-

дений, в том числе и по вопросу о клевете. Он пишет под заголовком «О клевете»: «Бий не обсуживал эти дела», «Бий не входит даже в разбирательство подобных претензий». И тут же: «Кто-либо кого ложно оговорит («в прелюбодеянии», — зачеркнуто д'Андре), тот подлежит наказанию 80 ударами нагайкой... клевета считается преступлением более смертоубийства. За клевету до прелюбодеяния преступник наказывается по усмотрению обсуживающего лица» [394]. Из факта наказуемости клеветы о прелюбодеянии д'Андре сперва сделал было обобщающий вывод о наказуемости клеветы вообще путем зачеркивания в своем тексте слов «в прелюбодеянии», хотя этому выводу противоречили ему же известные факты отказа биев рассматривать дела о клевете. Вопрос же решается просто: наказуемы были только отдельные конкретные клеветничества, вроде обвинения в происхождении не от законных родителей, которое в зависимости от конкретных обстоятельств дела стояло на грани между оскорблением и клеветой. Так же, возможно, стоял вопрос первоначально об оскорблении. В пользу этого предположения говорит, во-первых, отмеченная выше противоречивость сообщений о наказуемости оскорблений между равными. Во-вторых, подобное регулирование вопроса об оскорблении вообще хорошо известно в истории права. В Древней Греции, например, наказуемы были только определенные бранные выражения, содержавшие обвинение в убийстве, краже, дезертирстве [395].

Из потребностей защиты патриархального быта вытекало существование в казахском праве особого вида оскорбления: оскорбление словами или действием родителей детьми. Наказание было жестоким: сына сажали на черную корову, лицом к хвосту, с навязанным на шею старым закопченным войлоком, корову водили вокруг аула и при этом били сидящего на ней плетью. Дочь только связывалась и передавалась для наказания матери. Обычай этот отмечен Левшиным, Броневским, Комитетом 1824 г., д'Андре и др. [396]. Во второй половине XIX в. он уже, очевидно, стал выводиться, потому что, по Л. Баллюзеку, такие дети обязывались «к публичному покаянию» и наказанию по усмотрению родителей [397]. Нет, впрочем, уверенности, что под «публичным покаянием» у Л. Баллюзека не имеется в виду тот же дикий обычай. Д'Андре добавляет сюда важную процессуальную деталь:

«Свидетелей в подтверждение показаний родителей не требуется. Одни слова родителей имеют полную силу доказательства» [398]. Родители, разумеется, никакой ответственности за «превышение власти своей над детьми не несут и подлежат только увещеваниям» бия [399]. Все это относится как к словесным, так и к телесным оскорблениям и клевете. Не только дети в отношении своих родителей, но и вообще несовершеннолетние в отношении взрослых не пользовались защитой от оскорблений и побоев. Д'Андре отмечал, что «получивший словесную обиду или удар ордынец, не достигший 15-летнего возраста, жаловаться не имеет права...» [400].

Особняком стоит вопрос об ответственности за оскорбление женщины. Все то, что нам известно о положении казахской женщины, свидетельствует о рабском ее бесправии. Ее жизнь оценивалась в половину стоимости жизни мужчины, она была разменной монетой в расчетах по куну, в уплате судебных взысканий и вообще в платежах между собственниками; ею платили долги и ею же делали подарки. В ее «половой свободе» ограждался лишь денежный интерес ее отца или мужа, и даже верность ее собственнику-мужу ценилась лишь как то, что эта верность была предпосылкой законности наследников мужа, потому что неверность ее угрожала неприкосновенности домашнего имущества. Она не могла быть свидетелем в процессе и не допускалась к столу, питалась объедками трапезы мужчин. И вот на фоне этого жуткого бесправия мы обнаруживаем постановление, которое, казалось бы, ставит достоинство женщины выше достоинства мужчины. Таково постановление законов Тауке, умалчивающих вовсе о наказании за оскорбление мужчин, а в отношении женщины гласящее, что «обидевший женщину обязан просить у нее прощения, а в случае отказа в оном платить бесчестие» (запись Левшина). Запись Броневского, повторяя это положение, добавляет еще некоторые подробности. Плата за словесное оскорбление женщины определяется в один аттун, «если она или отец, или муж не прощает». Если же обидчик не платит, то «водят его вокруг юрты три раза с навешенным на шею худым войлоком», т. е. подвергают позорящему наказанию. Следующее относящееся к оскорблению действием постановление изложено у Броневского с точки зрения юридической весьма путанно, но оно тем не менее чрезвычайно инте-

ресно: «За обиду или удар женска пола, без знаков и ран, просит обидчик прощения; ежели же кто женщину ударит в юрте или во время бытности ее в пути и сделает знак или рану на лице, тогда платит ей восемь разных скотин и верблюда (т. е. уже тогуз. — *С. Ф.*); буде же кто ударит женщину в расстоянии 40 сажен от юрты, то должен только просить прощения...» [401]. Более высокая ответственность за обиду, нанесенную женщине, констатируется и в сборнике Комитета 1824 г. [402]. Данные же середины и второй половины XIX в. носят уже другой характер. По д'Андре, «за обиду, причиненную женщине, иск уменьшается... но таковой увеличивается, если обиженная не простого, а султанского происхождения» [403]. По Баллюзеку, за обиду женщин платится столько же, сколько и за обиду мужчин [404]. Гродеков, правда, говорит еще о повышенном штрафе за обиду, нанесенную женщине, но в очень неуверенной форме: «Взыскивается не менее, а, скорее, больше, чем за обиду мужчины» [405].

Отсюда видно, что преимущественная защита женщины от оскорблений имела место только до конца XIX в. Естественно возникает вопрос, как совмещается эта повышенная защита достоинства женщины с отрицанием в ней вообще человеческого достоинства, с превращением ее в предмет собственности. Противоречие это раскрывается довольно просто, если внимательно присмотреться к цитированной выше записи Броневского. Прощать обидчика может не только женщина, но и отец ее и муж. Следовательно, отец и муж ее, хозяева и собственники, уже узурпировали права, вытекающие из повышенной защиты женского достоинства, узурпировали, значит, и выгоды, отсюда вытекающие. В таком случае, нет и не может уже быть препятствий к тому, чтобы сохранить этот пережиток тех отдаленнейших времен (глубочайшие истоки которого кроются еще в периоде матриархата), когда глава семьи — женщина была священна и неприкосновенна у семейного очага. Вся диспозиция приведенной Броневским нормы свидетельствует о том, что перед нами именно такой пережиток глубочайшей древности. Она угрожает наиболее тяжким штрафом тому, кто оскорбит женщину в юрте или в радиусе 40 сажен вокруг юрты, т. е. женщину у семейного очага. Древность этой нормы еще и потому не вызывает сомнения, что мы находим ее в «Цааджан-Бичике» XV—XVI вв., который имеет общие с

казахским правом истоки в древнем монгольском праве. П. С. Палас приводит следующий фрагмент этого памятника древнейшего монголо-калмыцкого права: «Никто не должен касаться женщины, если она сидит в юрте на надлежащем месте, а именно справа от входа за очагом у хозяйского ложа; она может бранить пришельца, даже бросать в него дровами и домашней утварью по своему произволу. Но стоит ей только в споре оставить свое место или даже юрту, она теряет свое право, и может быть смело наказана за оскорбления» [406].

Изнасилование. Прелюбодеяние. Похищение женщин

В обычном праве казахов рассматриваемого периода внебрачная половая близость, прелюбодеяние, изнасилование и похищение женщины являются преступлениями *однородными* и притом наиболее близкими не к преступлениям против личности, а к преступлениям против собственности. Во всех этих случаях преследуется в основном не нарушение половой свободы женщины, как можно было бы думать в случае изнасилования или похищения с целью женитьбы, не нарушение религиозно-моральных требований, осуждающих внебрачное сожительство; речь идет также не о возмездии со стороны уязвленного и оскорбленного мужа, терзаемого чувством ревности. Конечно, сложившийся в Казахстане в условиях патриархально-родового быта своеобразный социальный уклад половых отношений породил и своеобразную половую мораль, и она пользовалась энергичной защитой обычного права; ясно также, что стремление дать законное «удовлетворение» чувству ревности разгневанного рогоносца учтено при назначении суровых наказаний нарушителям супружеской верности. Но то главное и решающее, что лежит в основе всех относящихся сюда уголовно-правовых норм, что определяет в каждом отдельном случае объем и характер ответственности, определяет лиц, в пользу которых устанавливается эта ответственность виновника, поскольку речь идет об имущественном возмещении, — главное и решающее заключается в стремлении возместить ущерб, причиненный собственнику, оградить от опасности его имущество, утвердить и закрепить непри-

косновенность прав собственника. Ибо женщина представляет собой, как правило, в первую очередь имущественную ценность, объект собственности.

При таком положении женщины не может быть, конечно, речи о ее праве на личную свободу или неприкосновенность вообще, на половую свободу в частности. Преступления, которые имеют своим объектом половую свободу или действия, нарушающие так или иначе сложившиеся представления о половой морали, рассматриваются здесь, главным образом, как посягательства на собственность. Поскольку, например, общественное мнение казахов в добрачной половой жизни девушки видело обстоятельство, ее позорящее и, следовательно, умаляющее ее цену, то казахское обычное право считало это преступлением. По мере того как этому обстоятельству стали придавать меньше значения, смягчалось и наказание. По материалам А. Баллюзека, в древности за прелюбодеяние с девицей полагались «чрезвычайно суровые наказания», а в 70-х гг. XIX в. виновному достаточно было жениться и покрыть, следовательно, «убыток» уплатой полного калыма либо уплатить штраф («аип»), цель которого — покрытие того же убытка [407]. По П. Маковецкому, «в прошлом» сожительство неженатого с незамужней наказывалось даже рванием ноздрей, отрезанием губ и ушей, а в конце XIX в. резали... хвост у лошади любовника и косу девице; если «грех» не покрывался женитьбой с уплатой калыма, то нужно было платить штраф от одного до трех тогузов [408]. Вызывают некоторое недоумение в этом сообщении членовредительные наказания, но они, бесспорно, заимствованы из мусульманского права. Точно так же и д'Андре, сообщая, что «блуд» между неженатыми карался 100 ударами, тут же подчеркивает, что эти правила о «блуде» основаны на Коране, имели силу в прежнее время, а в его время за «блуд» либо вовсе не судят, либо присуждают с виновного штраф «лошадь и халат». Он объясняет это упадком половой морали: «Ордынец, не обсуживая строго поступки, относящиеся до прелюбодеяния, готов выменять честь жен и дочерей своих за несколько голов баранов и т. д., а слово «непорочность» в орде мало имеет смысла» [409].

Приведенные выше сообщения относятся к середине XIX в. У нас нет более ранних и достоверных данных о

наказании за внебрачное сожительство с девицей. Думается, однако, что сообщенное Баллюзеком, Маковецким, д'Андре и др. правильно отражает этапы развития этого «преступления» и наказания за него. Чем прочнее были в прошлом основы патриархально-родового быта, тем большее значение придавалось ее «непорочности», тем суровее была и расправа с пренебрегающими ею. Но, кажется, и тогда основное бремя ответственности падало на девушку, в то время как «соблазнитель» должен был только покрыть причиненный им убыток. По древнему германскому праву Lex Virigothorum девушка, уличенная во внебрачном сожительстве, могла быть убита отцом и братьями, так как она считалась опозорившей свой род. У дитмаршенцев девушка в этом случае с совета и согласия сородичей погребалась живой или топилась под льдом. Но «соблазнитель» у баваров, салических франков и других германских племен отделывался уже уплатой суммы, на которую вследствие его «преступления» уменьшалась цена девушки [410]. Очень выразительно об объеме и характере ответственности мужчины в рассматриваемом нами случае говорит Моисеево законодательство. Он должен купить соблазненную и взять ее в жены. Но если отец отказывается отдать ему свою дочь, то он должен отвесить серебро в размере покупной цены девственницы [411]. Можно полагать, следовательно, что приведенные выше сообщения о суровом в прошлом наказании у казахов за добрачное сожительство соответствуют истине. Установленная казахским обычным правом обязанность мужчины отвечать за причиненные «убытки» и взгляд на это «преступление» как на причинение имущественного вреда, как видно из изложенного, вовсе не является какой-либо специфической особенностью казахского права.

Установленное, таким образом, право родителей наказывать девушку (и первоначально очень жестоко) за внебрачную связь, их право требовать возмещения от соблазнителя связано как с потерей возможности получить за нее в этом случае полный калым, так и с имущественной ответственностью родителей перед женихом [412]. Самая ранняя и наиболее обстоятельная запись постановлений по этому вопросу содержится в записке «О киргизских законах» М. Путинцева (1809 г.): «Буде

просватанная девка целомудрие отдаст другому, то отец оной отдать должен жениху, яко претендателю, ту и еще сверх оной другую, равно и родственники блудодетеля отдать должны жениху девку же; виновный отдается на произвол жениха убить или оставить живым; хотя бы и следует за поношение чести живота лишить, но это в его воле отнять и отдать им жизнь. Судя по важности происхождения претендателя, хотя он и чинит им казнь, но и взыску двух девок со стороны виновного не лишается, как за убитого куна» [413]. Точно так же и при краже засватанной девушки виновника «должно живота лишить или возвратить тое и сверх оной взыскать с похитителя двух девок, равно и отец украденной девки, яко за небрежение, отдать должен жениху еще девку» [414]. Характерно, что различие ответственности за связь, основанную на взаимном влечении, и за насильственное похищение девушки здесь совершенно незначительное. Постановления эти, древность которых подчеркивается содержащейся в них угрозой смерти «блудодею» и похитителю, в смягченном виде сохранились в середине и во второй половине XIX в. По д'Андре, жених имеет право убить соблазнителя невесты, если застигнет его на месте преступления. Отец невесты обязан компенсировать урон, нанесенный жениху, подарком [415]. По Л. Баллюзеку, за увоз просватанной девицы виновный, возвращающий невесту, доплачивает еще одну девицу или стоимость калыма в виде штрафа, если не возвращает, то платит две девицы или два калыма. Одновременно отвечают и родители: если они очистятся присягой от обвинения в соучастии в увозе, то платят одну девицу или один калым, если они не очистятся — две девицы и два калыма [416]. По Маковецкому, взыскание уже гораздо меньше: возвращающий невесту платит штраф от одного до трех тогузов, не возвращающий невесту выплачивает жениху калым [417]. О взыскании в пользу жениха за связь с невестой как с виновника, так и с отца невесты говорят и материалы Гродекова. Жених в этом случае обосновывает свое требование к родителям разницей в цене купленного и фактически полученного: «Он платил калым за девицу, а не за женщину» [418]. Короче, все элементы правонарушения, сущность которого сводится к повреждению или похищению чужой собственности, здесь налицо.

В таком же духе рассматриваются в обычном праве казахов прелюбодеяния жены. Преступление это хорошо известно законодательствам всех народов и почти всюду на определенном этапе развития законодательства карается смертью. В судебнике Хаммурапи, в Древней Греции, в Риме и у германцев — всюду кровавая расправа ожидала если не жену и любовника, то последнего обязательно. Не отступает от этого правила и раннее обычное право казахов, которое в источниках XVIII в. еще требует смерти обоих. Оно разменивает на тогузы и аттуны свою непреклонную суровость к осквернителям брачных уз только в XIX в. Прелюбодеяние кажется, на первый взгляд, преступлением, о котором труднее всего говорить как о нарушении прав собственности в полном смысле этого слова. Кажется, что в нем защищается только нематериальный интерес, в лучшем случае собственнический инстинкт, а не интерес собственника; наказание за прелюбодеяние выступает как возмездие возмущенной ревности и оскорбленного самолюбия. Это, однако, по существу не так. Древние прекрасно видели и трезво, по-хозяйски оценивали угрозу собственности со стороны неверной жены. Хорошо сформулировал опасность прелюбодеяния для собственника Лисий в известной речи по делу об убийстве Эратосфена. Любовник, говорится в этой речи, «до того развращает душу, соблазненную им, что чужая жена становится принадлежащей ему больше, чем своему мужу, весь дом переходит в его власть и дети бывают неизвестно чьи — дети мужа или любовника. Вот за что законодатель назначил таким людям смертную казнь». Если не применять этот закон, говорится далее, «то вы дадите такую безнаказанность прелюбодеям, что и ворам внушите смелость назвать себя прелюбодеями: они будут уверены, что если возведут на себя такую вину и будут утверждать, что они с этой целью входят в чужие дома, то никто их не тронет» [419]. В основе борьбы за честь мужа, за святость брачных уз лежит, в конечном счете, тревога собственника за целость домашнего имущества, боязнь посягательств на наследство. Конечно, казахское общество и в ту пору знало проявление индивидуальной половой любви, но с брачными и семейными отношениями она не имела ничего общего. Общей закономерностью является то, что индивидуальная половая

любовь при своем возникновении направлена на нарушение «супружеской верности». В древнем мире «прелюбодеяние», запрещенное, строго наказуемое, но неискоренимое, сделалось неустранимым общественным явлением. И борьба с прелюбодеянием в основном ведется не с позиции любящего и ревнивого супруга, а с позиции угрозы собственности. Особенно сильно это должно было сказаться у казахов, где при наличии многоженства в богатых семьях жены, за исключением старшей, часто почти ничем не отличались от работниц-рабынь. Гавердовскому, как мы уже отмечали, бросилась в глаза резкая разница в положении отдельных жен Башикары-бия и других известных ему богатых казахов. Одни из жен, по его словам, ходят в шелках, шитых золотом, другие — в рубище и выпрашивают хлеб. Он утверждает также, что младшие жены продавались, как рабыни [420].

В прелюбодеянии жены, рассматриваемом с точки зрения собственника, есть только угроза целостности семейно-имущественного комплекса, есть нарушение прав собственника, но нет непосредственного ущерба. Обычное право XVIII в., предусматривая, как было показано, за совращение девицы наряду с угрозой жесточайшим наказанием и обязательный платеж родителям или жениху по титулу возмещения за повреждение чужого имущества, не предусматривает такого возмещения имущественного вреда в случае прелюбодеяния жены. Законы Тауке и обычное право XVIII в. угрожают прелюбодеям только смертью. По законам Тауке в записи А. И. Левшина муж может убить жену и любовника на месте преступления либо требовать у судей присуждения смертной казни. В записи М. Путинцева отрицается за мужем право самому убить прелюбодеев: «Он должен о сем дать знать отцу жены своей или родственникам ее, и когда оные соберутся, тогда же вообще могут убить оную и того, кто имел с нею блуд, а буде муж сие учинит сам, не даст знать о том родственникам, то причитается убийце» [421]. Может быть, суд, о котором говорит запись А. Левшина, и является тем семейным судом, судом сородичей жены, о котором идет речь у М. Путинцева. Вариант М. Путинцева очень правдоподобен. По некоторым постановлениям средневекового германского права сородичи жены также отвечают за ее пове-

дение, очищают ее присягой или поединком либо наказывают ее за прелюбодеяние и даже в том случае, когда она поощрялась к прелюбодеяниям мужем. Я. Гавердовский, излагая содержание законов Тауке, говорит, что прелюбодеяние каралось смертью [422]. Он, правда, говорит и о возможности уплаты по соглашению куна, но здесь кун — это не плата за прелюбодеяние, а выкуп жизни преступника.

Позже, безусловно, под влиянием шариата [423] смертная казнь за прелюбодеяние заменяется телесным наказанием. В раннем исламе виновная в прелюбодеянии женщина побивалась камнями. Коран ограничивает наказание прелюбодейки бессрочным заключением в доме мужа либо 100 ударами кнута прелюбодею и прелюбодейке. Д'Андре перечисляет эти наказания (побитие камнями, 100 ударов плети) прелюбодеям в своей записи обычного права казахов, но тут же оговаривается, что наказания эти, основанные на Алкоране, уже не применяются, и дело заканчивается уплатой штрафа — аттуна [424]. По Гродекову, раньше прелюбодеяние наказывалось 80—90 ударами плетью, смертью или такими наказаниями, которые угрожали смертью: прелюбодеев бросали в мешке с крыши или катали в мешке ногами. В конце XIX в. наказанием прелюбодею был штраф от аттуна до тогуза [425]. Кроме этого, по Маковецкому, муж может развестись с прелюбодейкой и лишить ее всякого права на детей и имущество, однако часто «ограничиваются» тем, что обоих «преступников», раздетых почти донага, густо намазав им сажей лица и надев на шею по куску закопченной кошмы, водят вокруг аула [426]. Этот способ расправы совершенно тождествен тому, который описал Максим Горький, видевший его в захолустной деревне царской России.

Эволюция прелюбодеяния как преступления в обычном праве казахов заключается, следовательно, в том, что рассматриваемое первоначально как опаснейшее нарушение прав собственника-мужа и караемое поэтому смертью прелюбодеяние превращается в оскорбление, повод для тяжкого издевательства над женой и взыскания с виновного штрафа от аттуна до тогуза. Такая эволюция закономерно вытекает из быстрого развития и разложения патриархально-родового быта в XIX в., из разложения веками сложившихся устоев патриар-

хальной семьи. Д'Андре, впрочем, вряд ли был прав, сетуя на упадок морали, позволяющий казаху «выменивать честь жен и дочерей своих за несколько голов баранов и т. п.». Не вопросы чести, а вопросы неприкосновенности собственности лежали в основе преследования прелюбодеяния. Он мог бы жаловаться только на измельчание кары за прелюбодеяние от куна, которым прелюбодей некогда выкупал свою жизнь, до тогуза и даже аттуна в XIX в. Вопросы «чести» стали фигурировать в связи с прелюбодеянием именно в XIX в. В древней патриархальной семье у главы ее не возникало даже мысли отказываться от своих признанных законом претензий, чтобы скрыть неверность жен или легкомыслие дочерей. Во времена д'Андре дело, по его собственному признанию, обстояло уже иначе: «Нет почти примеров, чтобы ордынец судился за прелюбодеяние. Семейная расправа, сделка или уговор прекращают в то же время дальнейшие иски по преступлениям, кои по Алкорану заслуживают примерного и строгого наказания» [427]. «Первое условие каждого семьянина... преступление... не доводить до сведения ради стыда»,— говорит д'Андре о «блуде» в другом месте [428]. Несмотря, следовательно, на существование старых норм права, обеспечивающих возможность взыскания за прелюбодеяние, отец и муж не решаются уже выставить напоказ свой «позор», чтобы добиться присуждения нескольких голов скота. К концу XIX в. не только исчезает судебная практика по делам о прелюбодеянии, но новое обычное право начинает даже отрицать возможность исков по этому поводу. В сводке, составленной Гродековым из показаний биев, некоторые бии высказывались уже за ненаказуемость прелюбодеяния, и ревнитель старого адата бий Торгай с негодованием напоминает им: «Вы наелись грязи! В прежнее время полагался один тогуз» [429]. Конечно, не было недостатка и в жадных людях, ни во что не ставящих семейную честь, но и они вынуждены были под давлением общественного мнения маскировать подобные иски. В этих случаях бию заявлялся иск о «краже», и бий, зная в чем дело, приговаривал к наказанию розгами и к уплате штрафа за «кражу» [430]. Трудно, однако, судить эти старые казахские нравы, если вспомнить, что английское право и по сей день признает

право мужа на предъявление денежного иска к любовнику его жены и что эта правовая норма и сегодня еще не является бездействующей.

В свете всего сказанного выше об отношении к половой свободе женщины как объекту собственности ее мужа и отца нетрудно понять, что и тягчайшее против этой половой свободы преступление — изнасилование рассматривается в обычном праве казахов с той же самой точки зрения собственника. По законам Тауке в записи Левшина насильник подвергается смерти. Он может сохранить жизнь, уплатив кун, по одним источникам — полный, по другим — долю куна. Если жертвой насилия была непросватанная девица, кун получает отец, если просватанная — то жених, если замужняя женщина — вознаграждение получает муж. Законодательный мотив, приводимый в записи Левшина («изнасилование равняется убийству») звучит фальшиво, так как «женитьба на изнасилованной девице и уплата за нее калыма избавляют преступника как от смертной казни, так и от куна». Согласия изнасилованной, разумеется, при этом не требовалось, а требовалось согласие ее отца. Поэтому действительный мотив заключается в том, что изнасилование приравнивается к краже. Вводная часть законов Тауке в той же записи Левшина так и гласит: «За воровство, грабеж, насилие, прелюбодеяние казнить смертью». Изнасилованную дочь трудно выдать замуж. Женитьба и ее непременное условие — уплата калыма делают дальнейшие претензии отца беспредметными. Что касается нарушений половой свободы, то в продаже дочери замуж свобода эта попирается так же грубо, как и при изнасиловании.

Для чисто собственнической вещно-правовой концепции изнасилования в казахском праве характерно, что изнасилование или увоз чужой жены без ее согласия по своим уголовно-правовым последствиям для насильника почти не отличается от прелюбодеяния. Казахское право, требующее смерти и для любовника, и для насильника, не пошло, кажется, так далеко, как право греков, установившее смертную казнь для любовника жены и только денежный штраф для лица, виновного в ее изнасиловании [431]. В цитированной выше речи Лисий объяснил, почему любовник жены для собственника опасней, чем насильник. Но и в постановлениях

закона Тауке в единственной касающейся подробно этого вопроса записи Левшина легко обнаружить следы более сурового отношения к любовнику, нежели к насильнику. Если право насильника избавиться от смерти уплатой куна постоянно оговаривается, об аналогичном праве любовника не говорится ничего, а, напротив, подчеркивается, что, даже не застав его на месте преступления, муж, доказав прелюбодеяние, может требовать его смерти у судей. Но в общем никакого серьезного правового различия между изнасилованием жены и ее прелюбодеянием не делалось ни по законам Тауке, ни в XIX в., почему в записях обычного права и в литературном изложении преступления эти сплошь и рядом объединяются. У Я. Гавердовского, например, записано: «За насилие и обличенное прелюбодеяние предавать смерти» [432]. П. Маковецкий говорит об *изнасиловании чужой жены или обольщении* ее, свидетельствуя, что наказание было одинаковое [433]. В. Радлов указывает, что смерти преступника по старому обычному праву можно было требовать только при *убийстве, прелюбодеянии и изнасиловании* [434]. Броневский называет соответствующий раздел своей записи казахского обычного права: «О насилии и прелюбодеянии», хотя речь в нем идет об изнасиловании [435]. Д'Андре, желая определить ответственность насильника за изнасилование замужней женщины, отсылает к тому параграфу своего свода, в котором говорится об ответственности за «блуд между замужней женщиной и женатым ордынцем» [436]. По материалам Гродекова, прелюбодеяние, замеченное во время совершения, по мнению всех опрошенных при собирании этих материалов биев, наказывалось строже, чем изнасилование [437]. В общем, в трактовке изнасилования, как и во многих других вопросах, казахское обычное право, рассматривая изнасилование как нарушение прав собственника женщины, воспроизводит положения, известные многим раннефеодальным правовым системам. По древнегерманскому праву, например, изнасилование замужней женщины, по мнению Бруннера, «подпадало под понятие прелюбодеяния» [438].

Нет необходимости подробно останавливаться на том, что похищение, увоз девушки или замужней женщины в казахском праве почти ничем не отличается от изнасилования. Это, впрочем, вытекает из существа данного

способа приобретения жен, к которому малосостоятельные люди прибегали довольно часто, не имея средств к уплате огромных сумм калыма. Нужно отметить, однако, что в отличие от права франков, которое при похищении свободной женщины не видело вовсе разницы между похищением вопреки воле женщины и с ее согласия, казахское право придавало факту согласия женщины очень большое значение, меняющее уголовно-правовые последствия похищения. Так, по законам Тауке в записи Левшина, увезший чужую жену без ее согласия наказывался взыскиванием куна или смертью. При согласии же жены похититель мог даже удержать ее, заплатив мужу калым, т. е. возместив стоимость похищенного и в качестве штрафа «доставив ему сверх того девицу без калыма». Учет этого различия свидетельствует, конечно, о гораздо большей зрелости казахского права по сравнению с правом франков.

Преступления против порядка управления

Крайняя слабость государственной власти, резко децентрализованный ее характр, зародышевое состояние государственного аппарата, осуществление функций классового государственного принуждения органами патриархально-родовой власти — все это исключало возможность развития в казахском праве борьбы с преступлениями, направленными против государственного порядка в целом, против деятельности органов государства. Поскольку в органах государственного принуждения и подавления наибольшее значение имела судебная функция (суд был главным орудием государственного принуждения в руках ханов, биев и старшин), уголовное право знает некоторые постановления, направленные на обеспечение нормальной деятельности в области правосудия. Сюда относятся постановления о преследовании ложных доносов, ложной присяги и лихоимства биев. К категории преступлений, угрожавших государственному общественному порядку, можно отнести и караемое казахским правом распространение ложных, вредных слухов, и публичные бесчинства, чем и исчерпывается эта категория преступлений в казахском праве.

Донос бию или вообще влиятельным лицам был, как указано при рассмотрении вопросов процессуального права, одним из поводов возбуждения судебного преследования. Основательный донос поощрялся похвалой, одобрением бия [439], ложный донос преследовался. Но способ преследования за ложный донос изобличает поощрительное отношение к доносам вообще. Относящиеся сюда постановления обычного права как бы опасаются испугать доносчиков и тем самым охладить их рвение. Поэтому хотя народная мудрость резко осуждает ложный донос пословицей «у вора одна щека черная, у доносчика обе щеки черны» [440], но бии относятся к нему снисходительно. Источники до середины XIX в. вообще ничего не говорят о наказании за ложный донос. По д'Андре, «доноситель подлежит увещеванию, чтобы в другой раз не доносил», и так до трех раз включительно [441]. Бий называет его «кляузником» или «человеком, лишенным умственных способностей», и отсылает его домой. По Маковецкому, доносчик, уличенный во лжи, также может отделаться тем, что получает кличку «ябедника», «лгуна», «сплетника», «бунтовщика» или «расстройщика» [442]. Но такая снисходительность уже не имеет места, если ложный донос делается, так сказать, профессией или если он причинил оговоренному материальный ущерб. По данным д'Андре, доноситель в этом случае «наказывается розгами по усмотрению бия и с той поры уже не имеет права ни в каком случае являться к бию с какими-либо жалобами». П. Маковецкий указывает на имущественную ответственность доносчика, ложно обвинившего кого-либо в краже. В результате очень сложной процессуальной процедуры, на которой здесь нет смысла останавливаться, доносчик в этом случае платит невинно оговоренному половину стоимости украденного и все убытки и расходы невинно оговоренного, как-то: расходы по розыскам настоящего вора, по разъездам и др. По Загряжскому, за ложный донос, сделанный ошибочно, виновный платит только причиненные убытки, а за умышленно ложный донос он сверх возмещения убытков подвергается еще и тому наказанию, которое угрожало оговоренному, и если последнему угрожало не телесное наказание, а штраф, то этот штраф шел в пользу оговоренного [443]. О таком принципе наказания за ложный донос упоминает только один Загряжский. Он характерен для развитого права.

Его знало греческое и римское право, русское право XVI в. В то же время для раннего феодального права такой принцип наказания за ложный донос не типичен. Древнее германское право не знало его, а в отдельных Варварских правдах он появляется лишь в результате влияния позднего римского права [444]. Нужно думать поэтому, что, как и очень многие нормы, приведенные в сборнике Загряжского, данная норма шариатского происхождения.

К ложному доносу примыкают по своему значению в процессе ложная присяга и ложное свидетельство. Доносчик обычно подтверждает свой ложный донос ложной же присягой, своей или чаще своих сородичей. Решающее значение присяги как доказательства в процессе по обычному праву казахов указано выше, равно как и упадок в XIX в. доверия к присяге, страха перед присягой, «святости» присяги, а также вытеснения присяги по древним казахским обычаям присягой по мусульманскому религиозному обряду, которая не внушала казаху ни страха, ни уважения. В имеющихся у нас источниках нет данных о суровых наказаниях за лжеприсягу. Только у М. Красовского мы находим указание, что лжесвидетели (сюда же, конечно, относятся и лжеприсягатели) изгонялись из общества и могли быть подвергнуты «потоку и разграблению» (их имущество могло быть разграблено, а сами они убиты) [445]. Хотя сообщение Красовского стоит совершенно одиноко в литературе и не подтверждается источниками, но, отнеся его к тому более древнему этапу истории казахского обычного права, который весьма плохо освещен русскими источниками, можно считать его изложением достоверной традиции. В пользу этого говорит огромное значение присяги у казахов. О том же говорит сходное развитие ответственности за ложную присягу у народов, близких к казахам по уровню общественного развития, например у туркмен. О них А. Ломакин сообщает, что в его времена (конец XIX в.) адат не устанавливал за ложную присягу никакого наказания, но «во время независимости», т. е. в прошлом туркмены для лиц, принявших ложную присягу, установили наказание — изгнание навсегда из своего общества [446].

От суровости древних постановлений о «потоке и разграблении» за лжеприсягу к началу XIX в. остается только кара, указанная у Броневского и в своде Комитета

1824 г. Лжеприсягателя «почитают недостойным и не принимают в общество» [447]. О том же говорит и д'Андре: «За ложно принятую присягу особого наказания не определяется. Позор, дурная молва и недопущение ни к каким общественным делам служат в орде наказанием преступнику» [448]. Нетрудно видеть в этом «непринятии в общество» и даже «недопущении к общественным делам» остаток древнего изгнания. Нельзя также недооценивать тяжесть таких мер при господстве патриархально-родового быта и экономической необходимости в совместном кочевании с общиной, о чем уже достаточно говорилось.

В сборнике Комитета 1824 г. рядом с этим наказанием, являющимся остатком древнего «потока и разграбления», мы находим еще упоминание о том, что виновный в ложном свидетельстве должен возместить причиненный ущерб, а при несостоятельности «наказывается плетьми без счету на месте разбирательства». Вряд ли здесь речь идет о различии ложной присяги и ложного свидетельства, которые в казахском процессе были органически связаны и плохо различались. Скорее, речь идет о еще одном, новом наказании за то же преступление. Д'Андре, кроме уже указанного «недопущения к общественным делам», тоже указывает еще один способ определения наказания за ложную присягу — «по усмотрению бия» [449]. Характерно, что он связывает в этом случае ложную присягу с преступлениями против веры. Произвол бия в определении наказания — шариатского происхождения, а его появление связано с расширением сферы применения мусульманской присяги.

Тягчайшим преступлением в области правосудия является лихоимство. Казахским биям этот порок был присущ, так же как и феодальным судьям всех народов. Особое развитие он получил в конце XVIII и особенно в начале XIX в., усиливаясь одновременно с тем, как развивались и углублялись феодальные, а затем и буржуазные отношения. Было бы наивно думать, что казахское право могло вести серьезную борьбу с этим явлением, представляющим неотъемлемую особенность феодальной юстиции. Если Псковская судная грамота не нашла для неправедного судьи-лихоимца другой санкции, кроме угрозы божьим судом «на втором пришествии Христове», если в Московском государстве только Судебники начали борьбу с судебным лихоимством и борьбу, по свидетельству Гер-

берштейна, бесплодную, то можно ли ожидать каких-либо успехов в этом направлении в обычном праве казахов? Действительно, источники либо вовсе молчат об этом предмете, либо угрожают бию потерей уважения в народе, что, впрочем, по материальным последствиям было серьезной угрозой. Д'Андре писал, что пристрастный суд влечет за собой потерю уважения в народе и потерю звания бия, но принятие бием «добровольных подарков» не возбраняется. Правда, в другом месте он указывает, что за неправосудный приговор с бия может быть взыскан аттун в пользу потерпевшего [450]. Загряжский же сообщает, что за несправедливое решение дела бием никакого наказания не полагается, и бий может принимать подарки «после решения», если «они не влияли на решение» [451].

Касаясь уже названных выше прочих, весьма немногочисленных, преступлений против государственного, общественного порядка, отметим прежде всего наказуемость ложных вредных слухов. Об этом упоминается у Броневского и в сборнике Комитета 1824 г. [452]. Наказание здесь установлено очень строгое. Виновный «наказывается от родственников жестоко плетьми или морожением в воде». Такая суровость была совершенно понятна, если вспомнить беспокойное существование казахских кочевых племен, находившихся под постоянной угрозой нападения, ограбления и избиения со стороны враждебных родов и особенно соседних народов. Чего стоили одни только хивинские «карательные» экспедиции, беспощадные «воинские поиски» царской администрации или соседская барымта. При распространении слуха о появлении такой угрозы казахи часто вынуждены были уходить за сотни километров, спасая свою жизнь и теряя при бегстве выгодные пастбища, а иногда и часть скота. Вот чем объясняется отмечаемая всеми наблюдателями жадность казахов до всякого рода слухов и новостей, их потребность скакать за много десятков километров, чтобы скорее сообщить важную новость соседям. «Устная степная газета», молниеносно разносимая по степи бешенно мчащимися джигитами, является единственным источником ориентации в том, что делается вокруг, и получаемые от этого так называемого «длинного уха» сведения определяют поведение целых общин. Естественно, что распространение ложных слухов представляет собой ве-

личайшую опасность для общества и потому карается жестоко. Но еще более существенно то, что в форме «ложных» слухов фигурируют, очевидно, все сведения, невыгодные правящим группам, сеющие недовольство, поощряющие к действиям, враждебным господствующему классу и опасным для него. Здесь представляется возможность разделаться со своими классовыми противниками как со «смутьянами», распространителями ложных слухов, и в этом случае жестокость кары еще понятнее.

Из преступлений, нарушающих общественную безопасность, казахское право борется только с мелкими, совершаемыми в пределах данного аула или родового объединения, т. е. с теми, которые могут быть пресекаемы и виновники которых могут быть наказаны аульными властями или сородичами. Можно ли представить себе действия, более серьезно угрожающие общественному порядку и спокойствию, чем непрерывная междоусобная барымта? А между тем барымта есть легальный способ осуществления своего права. Карается же как за оскорбление общества учиняющий публичное бесчинство в виде налета на аул, с избиением нагайкой встречных, пугающий женщин, разбрасывающий юрты [453]. Карается, хотя и мягко, нарушение ночного покоя, напрасная тревога с криком «Садитесь на коней!», быстрая езда по аулу и тому подобные нарушения общественного порядка и спокойствия [454].

Преступления против религии

Обычному праву раннефеодального общества, например русскому, германскому, чужд интерес к преступлениям против религии. Этот вид преступлений привлекает внимание законодательства уже в развитом феодальном обществе, в кодексах которого преступления против религии в соответствии с огромной ролью религии при феодализме занимают важное и часто первое место. Нельзя поэтому пройти мимо того, что большинство известных нам записей обычного права казахов не только знают преступления против религии, но и карают эти преступления чрезвычайно сурово. Выяснение действительной роли преступлений против религии в уголовном праве казахов имеет немаловажное значение для понимания всей системы казахского обычного права.

Законы Тауке в записи Левшина знают два преступления против религии: богохульство и принятие христианства. Богохульник, изобличенный семью свидетелями, подлежит смертной казни, его «должно побивать каменьями». У принявшего христианскую веру родственники его отнимают все имущество [455]. В записи обычного права казахов Броневского в общем повторяются те же постановления, но с некоторым отличием, а именно побитие камнями практикуется здесь не как публичная казнь, а как право лица, услышавшего богохульство. Допускается, что это не будет сделано, и требуется только, чтобы богохульник был «низвергнут» из данного общества и не был терпим ни в каком другом обществе. Обнаружившему намерение принять христианскую веру угрожает кроме потери всего имущества и права на наследство еще и смерть [456]. В сборнике Комитета 1824 г. повторяются те же постановления, если не считать весьма маловероятной угрозы повешением тому, кто был свидетелем богохульства и скрыл это преступление [457].

Не может быть никакого сомнения в том, что перед нами нормы чисто шариатского происхождения. По мусульманскому праву вероотступники ислама подлежат смерти, объявляются вне закона и все их имущество распределяется между наследниками [458]. Записи Левшина, Броневского и сборник Комитета 1824 г. воспроизводят постановления шариата с такими характерными подробностями, что можно с уверенностью сказать: нормы шариата даже не подверглись здесь переработке. У Броневского и в своде Комитета 1824 г. они только заострены против казахов, очевидно, главным образом против рабов-кулов, убегающих в Россию и принимающих христианство, потому что принявших царское правительство не выдавало. По записи Броневского, вероотступник лишается имущества, «оставшегося у казахов». Он лишается живота, если, обнаружив явно намерение креститься, будет пойман до принятия христианства, т. е. во время бегства.

Но существенным нужно считать не вопрос о происхождении (бесспорно шариатском) норм о преступлениях против религии, а вопрос о практическом значении этих норм. Были ли они действующими нормами и в какой мере реальными были те жесточайшие санкции, которыми они угрожали богохульникам и вероотступникам? Ясно

прежде всего, что во второй половине XIX в. и особенно после реформы суда биев 19 мая 1854 г. судебная практика должна была резко изменять свое отношение к этим преступлениям. Царское правительство, взяв в свои руки суд биев, конечно, не потерпело бы преследования лиц, принимающих православие, так как было заинтересовано в ослаблении влияния мусульманского права и не особенно поощряло строгость наказаний для хулителей пророка. Поэтому безусловная слабость санкций за преступления против мусульманской религии во второй половине XIX в. не дает нам ключа для понимания роли преступлений против религии в XVIII и начале XIX в., т. е. для того времени, когда можно говорить еще об обычном праве казахов, не подвергшемся серьезной ломке в «новом адате», направление развития которого определялось политикой царизма. Но мы можем воспользоваться материалами, собранными в 40-х гг. д'Андре, потому что, по мнению Чокана Валиханова, даже в 60-х гг. старые бии — носители старых обычно-правовых традиций все еще не уступали места биям — чиновникам царского правительства [459], и, следовательно, в тех областях уголовного права, которые не были отнесены к компетенции общих судов империи, еще сохраняется старый адат.

Судя по материалам д'Андре, нормы, карающие преступления против религии, никогда не ассимилировались в казахском обычном праве и всегда представляли собой в нем некое чужеродное тело. К этим преступлениям не применяются общие принципы уголовного права казахов. Так, по д'Андре, все преступления могут быть выкуплены, хотя и в Алкоране сказано противное — кроме одного преступления против веры, где откупиться нельзя [460]. Но это все же не значит, что по этим преступлениям применяются те предписанные шариатом страшные кары, вроде побивания камнями за богохульство, о которых говорят цитированные выше источники. «Бий, — сообщает д'Андре, — не имея той власти и средств, чтобы, согласуясь с Алкораном, за неисправление богохульника лишить жизни, заменяет смертную казнь жестоким телесным наказанием. Богохульника бьют до тех пор, пока тот совершенно не раскается и не пообещает исправиться» [461]. Предусматривается, правда, и случай, что упорно отказывающийся исправиться может быть таким образом засечен насмерть, но все это чрезвычайно далеко от

наказания смертной казнью и означает, что наказанием за богохульство была порка. Гипотетический смертельный исход в совершенно немыслимом варианте (казах, равнодушное отношение которого к вопросам религии общепризнано, позволяет запороть себя до смерти, лишь бы не отречься от богохульства) подсказан, должно быть, биями, у которых д'Андре собирал сведения только для того, чтобы увязать практику с требованиями шариата. Сам д'Андре попытался при кодификации собранного материала в некий свод обычного права примирить эти разноречивые сведения, но, конечно, неудачно. Он приводит следующие меры наказания богохульника кроме порки. Во-первых, богохульника «увещевали» как бий, так и люди, могущие «привести преступника в раскаяние». Такое «увещевание» производится трижды, и только если оно не помогает, преступник поступает на общее обсуждение народа и предается смертной казни. По другому варианту, если увещевание не помогало, то применялось очень распространенное позорящее наказание — «богохульника, вымазав лицо сажей, сажают на корову лицом к хвосту и в таком виде водят по аулу, заставляя самого провозглашать вину свою». По третьему варианту, его, вымазанного сажей, водят по аулу с веревкой на шее. Если при всем том он отказывается исправиться, его казнят. Каждый раз, доходя в своей записи до казни, д'Андре делает ремарку: «Алкоран» [462]. Все это могло бы показаться более или менее вероятным, если бы можно было предположить наличие среди казахов какого-то сильного антимусульманского движения, фанатиков антиисламизма, готовых сложить свою голову во имя посрамления пророка. Но известно, что ничего подобного не было и в помине, так что единственный вывод, к которому можно прийти на основании материалов д'Андре, заключается в том, что преступления против веры, в частности богохульство, карались «увещеваниями», позорящими наказаниями и, наконец, поркой до покаяния «преступника».

Можно ли думать, что способ наказания богохульников, описанный д'Андре, является результатом смягчения более жестоких кар, практически применявшихся в XVIII и начале XIX в. в строгом соответствии с тем, как они зафиксированы в записях Левшина, Броневского и сборнике Комитета 1824 г.? Можно ли думать, следовательно, что эти записи отражают реальную практику кровавого

преследования еретичества во имя торжества ислама? Такое предположение имело бы под собой некоторую почву, если бы в XVIII в. влияние ислама на казахскую государственность было сильнее, чем в XIX в. Однако это влияние только начинает усиливаться к концу XVIII в. Следовательно, нет никаких оснований предполагать, что наказания, предусмотренные шариатом, последовательнее применялись во времена хана Тауке, нежели в то время, когда, опрашивая в степи биев, д'Андре получил изложенные выше противоречивые сведения, анализ которых показывает, что смертная казнь за богохульство не применялась. Отсюда следует сделать и общий вывод в отношении преступлений против религии в казахском праве: шариатские нормы, сюда относящиеся, провозглашались казахскими законоведами как символ веры, а не как практически применяемое право. В этом убеждает нас и то, что нормы эти обычно излагаются в записях обычного права, сделанных со слов биев, но непосредственные наблюдатели казахской жизни XVIII и начала XIX в., описывающие правовой быт казахов, например Тевкелев, Гавердовский, Путинцев, умалчивают о преступлениях против религии, что было бы невозможным, если бы преследование этих преступлений действительно занимало в казахском праве место, отведенное им в записях Левшина и Броневского.

Выводы

1. В уголовно-правовых постановлениях обычного казахского права содержатся под покровом архаической патриархально-родовой формы нормы феодального по своей классовой сущности права. Такие архаические институты, как коллективная родовая ответственность за совершенное сородичем преступление или система композиций-выкупов, теряя свое былое содержание и меняя существенно форму, успешно используются для применения репрессий, построенных на принципах феодального неравенства и обеспечивающих привилегии «белой кости», богатства, свободного состояния.

2. Коллективная родовая ответственность в XIX в. быстро вырождается: а) она сохраняется лишь по наиболее тяжким преступлениям (убийству); б) круг ответственных сородичей сужается; в) близкие родственники

отвечают в большей доле, нежели дальние, последние в большинстве случаев вовсе не отвечают; г) возможен отказ платить кун за преступника, сопровождаемый одновременным отказом получать от него кун; такой отказ равносилен постановлению его вне родовой защиты и выдаче его головой, что применяется к бедняку, не пользующемуся влиянием и поддержкой; напротив, кун за преступления аульной знати платят все сородичи; д) при распределении полученного куна большая часть его присваивается аульной знатью; е) наконец, коллективная ответственность сородичей легализует не ограниченное никакими нормами право на расправу аульной верхушки над провинившимся перед чужой общиной бедняком, за которого аул уплатил компенсацию.

3. Успешно служит целям классовой репрессии древнейшая система выкупов-композиций. Это достигается: а) установлением в нормах обычного права семикратного куна за убийство представителей знати «белой кости», а позже и за влиятельных и знатных лиц вообще; б) варьированием по произволу биев содержания формально единого куна в зависимости от личности убитого; в) введением вместо единого ранее девятикратного штрафа — тогуза тогузов различной ценности, т. е. состоящих из разного количества крупного или мелкого скота, «больших» и «малых» тогузов; г) введением аттуна такой же дифференциации.

При этом даже право выкупать преступление уплатой композиции не имело безусловного характера и фактически было привилегией богатых и знатных, не говоря уже о том, что размеры композиций (кун, тогузы) при обычном отказе сородичей платить кун за бедняка неизбежно влекли за собою для последнего личную ответственность — наказание.

4. Архаическими нормами адата, даже видоизмененными, как показано выше, не исчерпывается уголовное право казахов. С конца XVIII в. и до середины XIX в. большую роль играют более жестокие шариатские нормы, предусматривающие широкое применение смертной казни и телесных наказаний. Для общей характеристики уголовного права казахов необходимо иметь в виду не регулируемую никакими нормами права «внутриаульную юстицию», являющуюся патриархально-феодальной разновидностью «вотчинной юстиции».

5. Преступление в обычном праве казахов рассматривается как виновное деяние. От принципа объективного вменения в XVIII—XIX вв. остались лишь едва заметные пережитки. Умышленное преступное деяние отличается от неумышленного. Способ, место и время свершения преступления могут играть роль моментов, превращающих преступление в квалифицированное, поскольку они характеризуют повышенную его опасность для частной собственности и господства патриархально-феодального строя в целом.

В определении субъекта преступления казахское обычное право исходит не из вменяемости, а из возможности нести материальную ответственность за совершенное преступление. Этим объясняется, что раб и замужняя женщина не рассматриваются как субъекты преступления, а дети до 15 лет привлекаются к ответственности по достижении ими этого возраста. Возможность быть субъектом преступления есть в то же время привилегия свободных собственников, так как создает для них процессуальные гарантии при судебном преследовании, тогда как наказание раба есть дело произвола потерпевшего.

6. Нужно признать ошибочным распространенный в литературе взгляд, что наказание в его господствующей форме пени (кун, тогуз) было лишь способом возмещения вреда, причиненного потерпевшему. Подобный взгляд опровергается тем вовсе не отмеченным в литературе фактом, что до середины XIX в. истцу-потерпевшему возбранялось пользование имуществом, полученным в ходе взыскания. Во всяком случае, он был сильно ограничен в этом отношении, будучи обязанным раздать полученную пеню биям и посторонним лицам не из числа своих родственников. Наказание по обычному праву казахов было классовой репрессией, построенной на принципах права привилегии, хотя последние и замаскированы архаическими обычно-правовыми нормами.

7. Первоначальный смысл композиции, поскольку она существовала в доклассовом обществе, заключался во всех случаях только в возмещении реального ущерба в натуре. Совершенно неправильно приписывать доклассовому обществу выкуп преступлений путем уплаты имущественного эквивалента (см., например: Уголовное право. Т. 1. М., 1943, с. 10), т. е. предполагать наличие в доклассовом обществе эквивалентов не только имущественных,

но и неимущественных ценностей (жизни, телесной неприкосновенности и т.д.). Материалы истории казахского права показывают, что первоначально кун не был имущественным возмещением, что идея имущественного возмещения за убийство была чужда даже праву ранних классовых обществ. Возмещение за убийство заключалось в выдаче потерпевшему роду сородича, девушки, пленника в возмещение расходов по погребению и поминкам. Точно так же анализ развития штрафов за кражу (тогуз) доказывает, что сама идея имущественного штрафа за кражу возникла из обязанности вернуть присвоенный себе каким-либо образом чужой скот с приплодом. Только развитие обмена, и довольно поздно, создает предпосылки для возникновения идеи «выкупа преступления», имущественного эквивалента неимущественного вреда (убийства, телесного повреждения и т. д.). Усиление штрафов до размеров, значительно превосходящих имущественный ущерб, преследовало цели обогащения биев, а не возмещения в пользу потерпевшего.

8. Смертная казнь широко применялась в Казахстане. Применение ее в древности только по приговору народного собрания в XVIII в. превратилось в гарантию для знати от произвола ханов и султанов.

В казахском обычном праве телесные наказания к неимущим применялись так же широко, как и имущественные наказания. Они стали применяться не ранее XVIII в. Утверждение П. Е. Маковецкого, что это наказание было введено впервые царской администрацией, опровергается источниками.

Вопреки многочисленным указаниям источников принцип талиона не имел практического применения в казахском праве.

Кровная месть исчезла в XIX в. в значительной степени под влиянием русского законодательства. Но она еще сохраняется в начале XIX в., и мнение, что месть всегда могла быть по желанию ответчика заменена выкупом, ошибочно.

9. Особенность уголовно-правовой защиты собственности у казахов заключается в том, что вследствие слабости надродовой государственной и, в частности, судебной власти защита частной собственности не имеет общегосударственного характера. Каждая группа эксплуататоров осуществляет эту задачу в основном самостоятель-

но в пределах своего более или менее узкого «родового» коллектива, не обременяя себя задачей защиты неприкосновенности частной собственности соседних родовых объединений. Нарушение частной собственности вне данной родовой ячейки (аула, подотделения, отделения, рода) карается мягче, нежели внутри нее, так что в конце концов посягательство на собственность чужеродцев и тем более иноплеменников не только не преследуется, но даже одобрятся и поощряется, особенно в связи с непрекращающимися родовыми усобицами, барымтой и феодальными междоусобными войнами. С другой стороны, ослаблению борьбы с кражей внутри «рода» способствуют пережитки родовой коллективности, такие, как институт «дозволенной кражи» между близкими родственниками. Ослаблению борьбы с кражей способствует и то обстоятельство, что кража еще не вполне отдифференцировалась от всякого незаконного владения.

10. Грабеж и разбой не влекут за собой повышенных в сравнении с кражей санкций. Объясняется это тем, что грабеж и разбой не отличаются от таких легальных и одобряемых действий, как барымта или небольшие военные предприятия.

11. В казахском обычном праве сохраняется древнейший способ определения наказания за кражу в виде штрафа, кратного стоимости похищенного. Только в XIX в. появляется деление на «важную» и «маловажную» кражу с более суровым наказанием первой. Но это деление (первоначально, во всяком случае) не относилось к краже скота.

12. Различные виды телесных повреждений не рассматриваются в качестве однородного преступления. В то время как при тяжких телесных повреждениях исходят из того, что они являются «частичным убийством», и взыскивают поэтому долю куна, за легкие телесные повреждения предусмотрены строго определенные штрафы.

13. В наказаниях XIX в. за оскорбления четко выражена феодальная сущность казахского права. Наказание здесь резко повышается за оскорбление «влиятельных лиц». Ненаказуемость словесного оскорбления между рядовыми казахами не является древнейшим установлением, а есть продукт развития феодальных отношений. Материалы обычного права казахов позволяют устано-

вить, что наказуемость словесного оскорбления вообще вытекает из наказуемости клеветы.

14. Внебрачная половая близость, прелюбодеяние, изнасилование и похищение женщины трактуются в казахском праве как однородные преступления и притом наиболее близкие к преступлениям против собственности, а не как преступления против алчности, ибо во всех случаях защищается не половая свобода женщины и даже не требования религии или бытовой морали, а право собственности мужа.

15. Слабости и децентрализованности государственной власти, зародышевому состоянию государственного аппарата и осуществлению функций государственного принуждения органами «родовой» власти соответствует отсутствие в казахском обычном праве постановлений о государственных преступлениях; незначительное место занимают преступления против порядка управления.

Примечания

1. *Гродеков Н.* Киргизы и кара-киргизы Сыр-Дарьинской области. Т. 1. Ташкент, 1889, с. 141 (далее: *Гродеков*); *Маковецкий П. Е.* Материалы для изучения юридических обычаев киргизов. Вып. 1. Омск, 1886, с. 59 (далее: *Маковецкий*); *Словохотов Л. А.* Народный суд обычного права киргиз Малой орды.— Труды Оренбургской ученой археологической комиссии. Вып. 15. Оренбург, 1905, с. 105 (далее: *Словохотов*).
2. *Богораз-Тан В. Г.* Чукчи. Ч. I. Л., 1934, с. 179.
3. *Владимирский-Буданов.* Обзор истории русского права. Спб., 1915 (далее: *Владимирский-Буданов*).
4. *Маковецкий,* с. 59.
5. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 57.
6. *Гродеков,* с. 141; *Словохотов*, с. 105.
7. *Баллюзек Л. Ф.* Народные обычаи, имевшие, а отчасти и ныне имеющие в Малой Киргизской орде силу Закона.— Записи Оренбургского отделения ИРГО. Вып. 2. Казань, 1971 (далее: *Баллюзек*).
8. Материалы по истории Казахской ССР. Т. 4. М.— Л., 1940, с. 215.
9. См. многочисленные примеры привлечения к уголовной ответственности животных и неодушевленных предметов в учебнике «Уголовное право» (под ред. И. Т. Голякова). Т. 1. М., 1943, с. 126—127.
10. Уголовное право, т. 1, с. 126—127.
11. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 278.
12. *Самоквасов Д. Я.* Сборник обычного права сибирских инородцев. Варшава, 1876, с. 185—187 (далее: *Самоквасов*).

13. *Баллюзек,* с. 145—146.
14. *Гродеков,* с. 156—157.
15. Отечественные записки, 1830, т. 43, с. 285.
16. По Маковецкому (с. 60), казахское право отличает деяния умышленные («по наваждению шайтана и по внушению страстей») от неосторожных («ошибок») и от случайных («по божьей воле»). Но эта классификация никем более не упоминается, не нашла никакого отражения в источниках, ибо, очевидно, не имеет почвы в казахском адате, а связана с шариатом и относится к концу XIX в.
17. *Самоквасов,* ст. 92. Здесь пеня эта определяется как санкция за «неосторожность». Однако, сравнивая это постановление с многочисленными аналогичными постановлениями у других народов, следует полагать, что речь идет и здесь о возмещении вреда, причиненного неумышленным деянием.
18. Этнографическое обозрение, 1897, № 4, с. 17.
19. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 9.
20. *Баллюзек,* с. 136.
21. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 65.
22. *Гродеков,* с. 153, 156; *Маковецкий,* с. 60, 65; *Загряжский Г.* Юридический обычай киргиз.— Материалы для статистики Туркестанского края. Спб., 1876, вып. 4, с. 162 (далее: *Загряжский*).
23. *Котляревский А.* Древности юридического быта балтийских славян. Прага, 1874, с. 69.
24. *Маковецкий,* с. 63, 64—65; Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 263.
25. По постановлению кайтанского уцмия Рустема, за сокрытие трупа убийца платил семикратный против обычного штраф (Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. 1. М., 1868, с. 80—88).
26. *Владимирский-Буданов,* с. 319.
27. *Маковецкий,* с. 64—65; *Гродеков,* с. 143—144.
28. *Баллюзек,* с. 116.
29. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 57. «Правда Альфреда» — памятник англо-саксонского права возлагал ответственность за преступление немых или глухих от рождения на отца, так как они «не в состоянии ни отвергать, ни признавать».
30. *Маковецкий,* с. 65.
31. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 54.
32. *Гродеков,* с. 43.
33. Из показаний Айдара Сафарова 12 ноября 1764 г.— ЦГАДА, ф. 122, К-45, д. 14, л. 158—159.
34. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 66.
35. *Гродеков,* с. 143.
36. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 57; *Левшин А.* Описание киргиз-казачьих или киргиз-кайсацких орд и степей. Ч. 3. Спб., 1832, с. 170; Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 269 (далее: *Левшин*).
37. *Владимирцов Б. Я.* Общественный строй монголов. Л., 1934, с. 51—52.
38. Ленинградское отделение Института истории АН СССР (ЛОИИ). Рукописный фонд. Материалы по истории Казахской ССР. Т. 2, с. 347 (далее: Материалы по истории Казахской ССР, т. 2).
39. *Гродеков,* с. 143—144.

40. *Гродеков,* с. 234; *Словохотов,* с. 131.
41. *Гавердовский Я.* Обозрение киргиз-кайсацкой степи. — ЛОИИ, отдел рукописей, ч. II, № 495 (далее: *Гавердовский).*
42. Сибирский вестник, 1820, т. IX, с. 129.
43. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 57 об., 59, 70, 127, 191.
44. *Левшин,* с. 170.
45. *Гродеков,* с. 230.
46. *Красовский М.* Область сибирских киргизов. Спб., 1868, с. 95 (далее: *Radloff*).
47. *Гродеков,* с. 235.
48. *Баллюзек,* с. 118; см. совершенно тождественный институт «отречения от родства» в постановлениях кайтанского уцмия Рустема. (Сборник сведений о кавказских горцах, вып. 1, с. 80—88).
49. *Гродеков,* с. 244.
50. Материалы по истории Казахской ССР, т. 2, с. 302.
51. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 57, 135, 140.
52. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 266.
53. *Radloff W.* Aus Sibirien. Berlin, 1884, с. 524 (далее: *Radloff*).
54. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 268.
55. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 21.
56. *Казанцев И.* Описание киргиз-кайсак. Спб., 1867, с. 39.
57. *Гродеков,* с. 236.
58. *Самоквасов,* с. 91.
59. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 58, 111.
60. *Маковецкий, с.* 66.
61. *Гродеков,* с. 152—153.
62. *Владимирский-Буданов,* с. 317.
63. *Маковецкий,* с. 61—62, 66.
64. Можно, конечно, допустить, что во второй половине XIX в. начинают вырабатываться общие понятия угрозы или покушения, но и в это время они еще настолько незрелы, что предполагать их наличие в XVIII и начале XIX в., да еще при полном молчании о них источников, не приходится.
65. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 267.
66. Оно гласит: «§ I. Если кто, находясь в собрании 5 человек, будет кем-либо из них лишен жизни, остальные должны или выдать виновного, или все ответить за смерть убитого; этот же закон соблюдается и в том случае, когда в собрании будет 7 человек. § 2. Если же в собрании будет более 7 человек, то не все отвечают (за убийство), а лишь те, чья вина будет доказана, они и уплачивают виру по закону. § 3. Если же кто, находясь вне дома, в пути или в поле, будет лишен жизни скопищем и если на нем скажется 3 или более ран, то трое из этого скопища, против которых окажутся улики, поодиночке должны отвечать за убийство; следующие трое платят... 30 солидов, а последние трое из этого скопища... 15 солидов».
67. *Маковецкий,* с. 64.
68. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 58 и 70.
69. *Баллюзек,* с. 114; *Маковецкий,* с. 66; *Загряжский,* с. 166; *Гродеков,* с. 144—145, 226.
70. *Mayer S.* Geschichte der strafrechte. Berlin, 1884, в. I, с. 169 (далее: *Mayer*).
71. Уголовное право. М., 1943, с. 216—218. Данное в учебнике общее

определение наказания, конечно, нельзя считать пригодным для всех классовых формаций, например для феодализма, когда суд не отделен от администрации и последней принадлежит карательная власть.
72. Красный архив, 1938, № 2 (37), с. 154.
73. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч., т. 19, с. 461.
74. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 19.
75. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 57, 58.
76. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 284.
77. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 798, л. 33, 58, 77.
78. *Гродеков,* с. 143.
79. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 11, 33, 57, 58, 59, 76, 77.
80. *Вяткин М. П.* Очерки по истории Казахской ССР. М., 1941, с. 300—301.
81. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 63.
82. *Красовский,* с. 82.
83. *Гродеков,* с. 196.
84. Там же.
85. У Баллюзека и многих других авторов. По Гродекову — «айб» (с. 225); у Гавердовского «мзда хищения» называется «айбана» (Архив ЛОИИ, № 495, л. 51); у Левшина — также «айбана».
86. Истарх КазССР, ф. 4, д. 2794, л. 140.
87. *Баллюзек,* с. 60, 142.
88. *Гродеков,* с. 226.
89. *Бичурин Н. Я. (Иакинф).* Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии в древние времена. Т. 1. Ч. 2. Спб., 1851, с. 269.
90. *Тизенгаузен В.* Сборник материалов, относящихся к истории Золотой Орды. Т. 1. Спб., 1884, с. 282—283.
91. *Марко Поло.* Путешествие. Л., 1940, с. 65. Распространенность девятикратного штрафа за кражу у монгольских и тюркских племен Средней Азии, быть может, объясняет и широкое применение девятикратного штрафа в европейских Варварских правдах. Эта санкция могла быть занесена проникшими в Европу в большом количестве тюркскими племенами.
92. *Леонтович Ф.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий. Одесса, 1879, с. 71, 93; См. также: *Голстунский К. Ф.* Монголо-ойратские законы 1640 г. Спб., 1880.
93. *Левшин,* с. 170; Сибирский вестник, 1820, с. 129.
94. *Гавердовский,* л. 51.
95. Истарх КазССР, ф. 374, оп. 3, д. 28, л. 21.
96. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 19: «За каждую вещь с виновного взыскать тридесят (тридевять.— *С. Ф.*) разным скотом, т. е. 27, в числе коего взыска один верблюд или одна кольчуга».
97. Там же, л. 19.
98. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 58, 142.
99. *Баллюзек,* 62 и 117; *Маковецкий,* с. 80; *Гродеков,* с. 227.
100. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 277.
101. *Гейне А.* Собрание литературных трудов. Т. 1. Спб., 1897, с. 242.
102. Уголовное право. Общая часть. М., 1943, с. 10.
103. *Левшин,* с. 180.
104. ЦГАДА, ф. 122, К-60, д. 1774, л. 11.
105. ЛОИИ, собр. Воронцовых, д. 438, л. 12, 19.

106. *Самоквасов,* с. 70.
107. *Зибер.* Очерки первобытной экономической культуры. М., 1883.
108. Отечественные записки, 1830, ч. 42, с. 79.
109. Истарх КазССР, ф. 4, од. 2622, л. 970.
110. Истарх КазССР, ф. 373, оп. 3, д. 28, л. 553.
111. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 54.
112. *Левшин,* с. 170; *Гавердовский,* л. 50.
113. *Deguignes M.* Histoire generale des Huns, des Turcs... Paris, 1756, т. 1, ч. 2, с. 14.
114. *Бичурин Н. Я. (Иакинф).* Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии в древние времена, т. 1, ч. 2, с. 269.
115. *Карпини П.* История Монголов. Спб., 1911, с. 15, 27; *Рубрук В.* Путешествие в восточные страны. Спб., 1911, с. 79.
116. Сибирский вестник, 1820, т. IX, с. 129 и след.
117. *Radloff,* с. 523.
118. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 284.
119. *Левшин,* с. 87—88; *Самоквасов,* с. 67.
120. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 263.
121. *Radloff, с. 524.*
122. *Маковецкий,* с. 70.
123. *Левшин,* с. 183.
124. Словохотов, с. 125.
125. Там же.
126. *Маковецкий,* с. 70; *Левшин,* с. 88.
127. *Красовский,* с. 82.
128. *Козин С. И.* Сокровенное сказание. М.—Л., 1941, § 201.
129. *Левшин,* с. 183.
130. ЛОИИ, собр. Воронцовых, д. 438, л. 12.
131. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 284.
132. ЦГАДА, ф. 122, д. 1733, К-9, л. 61.
133. *Левшин,* с. 183.
134. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 58.
135. Там же, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 70.
136. *Маковецкий,* с. 70.
137. *Гродеков,* с. 246.
138. ЛОИИ, ф. 267, д. 4, л. 7.
139. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2755, л. 212—221.
140. Там же.
141. *Галкин М.* Этнографические материалы по Средней Азии и Оренбургскому краю. Спб., 1868, с. 29.
142. *Гурлянд Я.* Степное законодательство с древнейших времен по XVII столетие.—Известия общества археологии, истории и этнографии при Казанском университете. Т. XX. Вып. 4—5. Казань, 1904, с. 55.
143. *Бартольд В. В.* Туркестанские друзья и почитатели. Ташкент, 1927, с. 18.
144. ЛОИИ, собр. Воронцовых, д. 438, л. 12.
145. Показания узбека Бурсукова в Астраханской губернской канцелярии. 17.1 1774 г. (ЦГАДА, ф. 122, оп. 2, д. 60, К-60, л. 60).
146. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 271.
147. *Самоквасов,* статьи 46, 113, 168.
148. Истарх КазССР. ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 59.
149. Там же, л. 59, 142.
150. *Маковецкий,* с. 71.

151. *Баллюзек,* с. 167.
152. *Валиханов Ч.* Сочинения. Спб., 1904, с. 164.
153. *Загряжский,* с. 163.
154. *Крафт И. И.* Из киргизской старины. Оренбург, 1900, с. 92.
155. *Гродеков,* с. 246; *Словохотов,* с. 138.
156. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 130, 59.
157. Там же, л. 130.
158. *Маковецкий,* с. 71; *Гродеков,* с. 167.
159. *Козин С. И.* Сокровенное сказание, § 81.
160. Журнал Тевкелева 20 октября 1731 г. (ЦГАДА, ф. 128, № 1—1733. л. 27); Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2757, л. 221—221.
161. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 59, 130.
162. *Крафт И. И.* Судебная часть в Туркестанском крае и степных областях. Оренбург, 1898, с. 20; *Маковецкий,* с. 72.
163. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 69.
164. *Левшин,* с. 170; *Гродеков,* с. 247.
165. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 274.
166—175. *Красовский,* с. 81.
176. *Radloff,* с. 408, 509.
177. *Deguignes M.* Histoire generale des Huns, des Turcs et des Mogols et des autres, Tartares Occidentaus, с. 15.
178. *Карпини П.* История Монголов. Спб., 1911, с. 12—13.
179. *Маковецкий,* с. 80; *Баллюзек,* с. 115.
180. Журнал Тевкелева (ЦГАДА, ф. 122, д. 1, л. 8—137).
181. *Богораз-Тан В. Г.* Чукчи. Т. I. Л., 1934 ,с. 116.
182. *Маковецкий,* с. 81, 64—65.
183. *Гродеков,* с. 144.
184. *Максимов Н.* Народный суд у киргизов.— Журнал Юридического общества при Санкт-Петербургском университете. Спб., 1897, кн. 7, с. 74.
185. *Баллюзек,* с. 123.
186. *Гродеков,* с. 160—161; *Маковецкий,* с. 79.
187. *Терентьев М. А.* История завоевания Средней Азии. Т. 3. Спб., 1906, с. 2; Ломакин А. (Обычное право туркмен. Ашхабад, 1897, с. 94) указывает, правда, что «аламан» есть набег на соседние страны и враждебные племена, чем отличается от обыкновенного грабежа, который также редко имеет целью самое похищение имущества и предпринимается чаще как способ мести. В последнем случае перед нами институт, аналогичный казахской барымте. Вряд ли, однако, это классифицирующее определение Ломакина может опровергнуть взгляд на аламан как на подсобное занятие земледельца и ремесленников, вытекающий из гораздо более конкретных данных Терентьева.
188. *Ломакин А.* Обычное право туркмен, с. 95.
189. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 128.
190. *Гродеков,* с. 168.
191. *Миллер А.* Из поездки по Абхазии в 1907 г. Материалы по этнографии России, т. 1. Спб., 1910, с. 70—71.
192. *Баллюзек,* с. 114.
193. Там же, с. 112; *Гродеков,* с. 162—163.
194. *Маковецкий,* с. 63.
195. *Гродеков,* с. 159.
196. *Левшин,* с. 170.

197. *Броневский Г.* Записка о киргиз-кайсаках Средней Орды.— Отечественные записки, 1830, ч. 42, с. 275.
198. *Самоквасов,* ст. 132.
199. *Броневский,* с. 269.
200. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 129.
201. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 22. Это сообщение, впрочем, не вполне правдоподобно, потому что Биглов наряду с грабежом упоминает и о наказании тем же легким штрафом за изнасилование. Между тем изнасилование в XIX в. карается гораздо строже — тогузами.
202. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 70.
203. *Маковецкий,* с. 79. Он, вопреки утверждению Гродекова, приведенному выше, сообщает, что у казахов грабитель «берущий силой» («зорлук») — отличается от вора («уру»).
204. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. 1. М., 1968, с. 59.
205. *Баллюзек,* с. 123.
206. Интересно, что Гримм (Deutsche Rechtsalterhummer. B. II. Leipzig, 1889, с. 192—193) первоначальное происхождение слова Raub грабеж производит от слова «одежда» (французское: robe). Сравн. с этим определение у казахов грабежа как «отобрания платья и лошади под путником».
207. Qui vero praedari nesciat, hebes et inglorius est (см. указанное выше соч. Гримма).
208. *Гавердовский,* л. 72.
209. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 22.
210. *Гавердовский,* л. 73.
211. Там же, л. 75. В тексте «не берегут», очевидно, ошибочно, вместо «не берут».
212. *Владимирский-Буданов,* с. 363 и 369.
213. Исторический архив, 1936, т. 1. с. 232—233.
214. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Спб., 1898, с. 643 и след.
215. *Харузин А.* Киргизы Букеевской орды. Вып. 1. М., 1889, с. 210.
216. *Красовский,* с. 92.
217. *Маковецкий,* с. 80; *Баллюзек,* с. 115.
218. *Гавердовский,* л. 27.
219. *Гродеков,* с. 232.
220. Текст записи А. Левшина гласит: «Если покража состоит в скоте, то виновный должен придать к верблюдам одного пленного и т. д.». В том, что речь идет здесь о придаче сверх 27-кратного штрафа, легко убедиться, сопоставив запись Левшина с записью Шангина и сообщением Гавердовского (см. ниже).
221. *Левшин,* с. 170.
222. Сибирский вестник, 1820, т. IX, с. 129.
223. *Гавердовский,* л. 51.
224. *Баллюзек,* с. 120, 122.
225. С подобным выделением кражи скота в категорию особо опасных и потому особо сурово наказуемых краж мы встречаемся во многих обществах, где скот был основным источником богатства господствующих классов. Так, по указанию Гримма, в древнейшее время кража скота и кража хлеба у германцев считались самыми важными и самыми позорными (*Grimm. Deutsche* Rechtsalterhummer. B. II. Leipzig. T. II. 1899, с. 195). Это

вполне соответствует тому, что древние германцы были не только скотоводами, но и земледельцами. У баваров кража золота, серебра и скота относилась к числу краж, наказуемых смертной казнью. У некоторых северных германских племен хотя и определена была граница «большой кражи» стоимостью похищенного не менее, чем в полмарки, но кража скота и хлеба относилась к большой краже, независимо от стоимости украденного.

226. Сибирский вестник, 1820, т. IX, с. 129.
227. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 22.
228. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 70.
229. Истарх КазССР, ф. 25, оп. 1, д. 1829, л. 2.
230. *Маковецкий,* с. 67—68.
231. *Добромыслов А.* Суд у киргиз Тургайской области в XVIII и XIX вв. Казань, 1904, с. 10—11.
232. *Гродеков*, с. 162.
233. *Красовский,* ч. III, с. 92.
234. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 70.
235. Там же, с. 69, об.
236. *Самоквасов,* ст. 135.
237. *Костенко Л.* Средняя Азия и водворение в ней русской гражданственности. Спб., 1871, с. 41.
238. *Баллюзек,* с. 116, 119.
239. *Загряжский,* с. 180.
240. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 70 и 149.
241. *Гродеков,* с. 169.
242. Там же.
243. *Баллюзек*, с. 121.
244. *Бичурин Н. Я. (Иакинф).* Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии в древние времена, т. I, ч. 2, с. 269.
245. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 70.
246. *Radloff,* с. 523.
247. *Чулошников А.* Очерки по истории казах-киргизского народа. Оренбург, 1924, с. 205.
248. *Вяткин М.* Очерки по истории Казахской ССР. М., 1941, с. 117, 118.
249. *Юшков С. В.* История государства и права СССР. М., 1940, с. 212.
250. *Георги,* ч. 2, с. 126.
251. Herrn Nicolaus Rutschkow Kaiserlichen russischen Kapitanius Tagebuch über seine Reise nach verschidene Pravinsen des russischen Reichs in den Tahren, 1769, 1770, 1771, 1774. Berlin, 1775. (Перевод с русского. Пользоваться русским изданием я, к сожалению, не имел возможности. — *С. Ф.*).
252. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 275.
253. Сведения о смертной казни за воровство, сообщаемые Н. Гродековым и приведенные ниже, относятся к предшествующему периоду.
254. *Левшин,* с. 170.
255. Например, судебник Мхитара Гоша начинается утверждением, что вообще воры заслуживают смертную казнь, но в дальнейшем устанавливает четырех- и пятикратный штраф за кражу скота, если это не кража хозяйского скота пастухом.
256. Сибирский вестник, 1820, т. IX, с. 129 и след.

257. *Гавердовский,* л. 51.
258. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 19. Принадлежность этой записи Путинцеву и датирование ее 1809 г. определяются на основании «Сведений о народах, смежных с Сибирской линией» (Там же, ф. 1264, оп. 54, д. 30, л. 1). Это, очевидно, тот же Путинцев, который принимал участие в работе комитета по киргизским законам в 1824 г.
259. *Самоквасов,* ст. 136.
260. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 70, 149.
261. *Мейер Л.* Материалы для географии и статистики России. Киргизская степь Оренбурского ведомства. Спб., 1865, с. 65.
262. Материалы по истории Казахской ССР, т. 4. М.—Л., 1940, с. 362.
263. *Гродеков,* с. 248. Почти равносилен смертной казни был также перегон стада баранов через преступника, привязанного лицом вверх к земле, и это наказание было установлено только за кражу в ауле или прелюбодеяние с близкими (Там же, с. 246). Близок к смертной казни также отмеченный Н. Гродековым обычай предавать дом вора-рецидивиста «потоку и разграблению» (с. 247).
264. Журнал Тевкелева. Запись 20 октября 1731 г. (ЦГАДА, ф. 122, № 1 — 1731).
265. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 70.
266. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 58—58, 77.
267. *Гродеков,* с. 245.
268. *Маковецкий,* с. 80; *Баллюзек,* с. 62.
269. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 58.
270. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 26.
271. *Гродеков,* с. 170.
272. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 70, 112, 135.
273. *Баллюзек,* с. 118.
274. *Словохотов*, с. 111 и 134.
275. *Самоквасов,* ст. 136; *Гродеков,* с. 162, 170.
276. *Гавердовский,* л. 51.
277. Труды Восточного отделения русского археологического общества (ВОРАО). Т. VIII. Спб., 1858, с. 435.
278. *Бичурин Н. Я. (Иакинф).* Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии в древние времена, т. 1, ч. 1, с. 269.
279. *Тизенгаузен В.* Сборник материалов, относящихся к истории Золотой Орды. Т. 1. Спб., 1884, с. 282—283; *Леонтович Ф.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий, с. 194.
280. *Карпини П.* История монголов, с. 15.
281. *Рубрук де В.* Путешествие в восточные страны. Спб., 1911, с. 79.
282. *Марко Поло.* Путешествие. Л., 1940, с. 65.
283. *Рубрук де В.* Путешествие в восточные страны, с. 79; *Марко Поло.* Путешествие, с. 65.
284. Сибирский вестник, 1820, т. IX, с. 83.
285. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 149.
286. Материалы по истории Казахской ССР, т. 4, с. 215.
287. *Харузин А.* Киргизы Букеевской орды. Вып. 1. М., 1889, с. 97.
288. *Гродеков,* с. 234.
289. *Харузин.* Киргизы Букеевской орды, вып. 1, с. 210.
290. *Гродеков,* с. 142.
291. *Маковецкий,* с. 76.

292. Там же, с. 72.
293. *Левшин,* с. 170; Сибирский вестник, 1820, т. IX, с. 29.
294. *Леонтович Ф. И.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий, с. 245.
295. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 284.
296. *Георги,* ч. 2, с. 125.
297. *Гавердовский,* л. 50.
298. *Шпилевский С.* Союз родственной защиты у древних германцев и славян. Казань, 1866, с. 73.
299. *Баллюзек,* с. 131.
300. Журнал Тевкелева 1732—1733 гг. (ЦГАДА, ф. 122, № 1—1733, л. 73).
301. *Баллюзек,* с. 128.
302. *Левшин,* с. 88.
303. Известия общества археологии, истории и этнографии при Казанском университете, т. XX. Приложение, с. 801.
304. Труды ВОРАО, т. VI. Спб., 1858, с. 168 и 179.
305. *Гомбоев Г.* О древних монгольских обычаях. — Труды ВОРАО, т. IV. Спб., 1855, с. 237.
306. *Дози-Крымский.* История мусульманства. — Труды по востоковедению Лазаревского института, вып. XII. М., 1903, с. 61.
307. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 10.
308. *Изразцов.* Обычное право киргиз Семиреченской области. — Этнографическое обозрение, 1897, № 4, с. 17.
309. *Гродеков,* с. 142.
310. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. 1. М., 1868, с. 80—88.
311. *Баллюзек,* с. 128.
312. *Красовский,* ч. III, с. 98.
313. *Гавердовский,* л. 73, 73 об.
314. См. напр.: История Казахской ССР с древнейших времен. Алма-Ата, 1943, с. 116. *Юшков С. В.* История государства и права СССР. М., 1947, с. 411.
315. *Левшин,* ч. III, с. 170.
316. Сибирский вестник, 1820, т. IX, с. 129.
317. Материалы по истории Казахской ССР, т. II, с. 245.
318. Herrn Nicolaus Rutschkow... Tagebuch, 1774, с. 344.
319. *Георги,* с. 125.
320. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 19; Записки Г. Броневского о киргиз-кайсаках Средней орды. — Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 263.
321. *Гавердовский,* л. 50.
322. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 62.
323. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 20 и 27.
324. *Гродеков,* с. 238. У Н. Гродекова указана «лошадь убитого», но это, должно быть, ошибка, ибо лошадь убитого не может быть в составе куна, уплачиваемого убийцей. У Л. Баллюзека указана лошадь убийцы и это, очевидно, правильно.
325. *Бичурин Н. Я. (Иакинф).* Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии в древние времена, т. 1, ч. 2, с. 269.
326. *Гинс Г.* В киргизских аулах.— Исторический вестник, 1913, т. 134, с. 311. В XIX в. размеры куна быстро уменьшаются также вследствие преследования убийств по уголовным законам царской России. Хотя царское законодательство, преследуя убийст-

во среди казахов по общим законам империи, не отрицало права родственников убитого на получение куна, но оно считало предварительное осуждение убийцы царским судом единственным правомерным основанием для требования куна (прим. 2 к ст. 94 Временного положения 21 октября 1868 г.). Сенатская практика по этому вопросу, впрочем, не была устойчивой (см.: *Крафт И. И.* Сборник узаконений о киргизах степных областей. Оренбург, 1898, с. 98). Казахи же считали, что выдача кем-либо из них преступника, убийцы или барымтовщика царской администрации влечет за собой для выдавшего обязанность платить кун как за убийство, если выданный преступник будет царским судом осужден к тюремному заключению или же только к ссылке (см. рапорт поручика Аитова от 26.II 1846 г.; Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 3). Они считали, что при выдаче убийцы царскому суду произойдет, так сказать, зачет встречных требований по куну, и, желая взыскивать кун, потерпевшие так же тщательно, как и сородичи убийцы, скрывали от царского суда убийцу (*Крафт И. И.* Судебная часть в Туркестанском крае и степных областях. Оренбург 1898, с. 56—57). Этим объясняется полная безуспешность попыток царского суда и администрации бороться с убийствами среди казахов. Но на почве такого своеобразного объединения интересов убийцы и семьи убитого возникали соглашения о «маленьком куне». Такой маленький кун в размере всего 27 голов скота выплачивался убийцей тайно, но весьма аккуратно под угрозой выдачи его царским властям для наказания (*Словохотов,* с. 136). Больших же требований в этом случае нельзя было предъявлять, потому что сородичи убийцы могли предпочесть выдать его в руки царского правосудия, нежели подвергнуться разорению, каким грозило взыскание куна в полном размере.

327. *Левшин,* с. 170.
328. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 263.
329. *Самоквасов,* статьи 67 и 68.
330. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 19.
331. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 9.
332. *Баллюзек,* с. 133; *Словохотов,* с. 127.
333. *Гродеков*, с. 235 и 237.
334. *Словохотов*, с. 128.
335. *Самоквасов,* ст. 70.
336. Из сказки Матвея Арапова 24 сент. 1749 г. (ЛОИИ, ф. 267, № 2).
337. Этнографическое обозрение, 1897, № 4, с. 11.
338. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 20.
339. *Гродеков*, с. 233—234.
340. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 21.
341. *Вяткин М. П.* Очерки из истории Казахской ССР, с. 300—301.
342. Там же.
343. Истарх КазССР, ф. 5, оп. I, д. 1265, л. 8, 36.
344. *Левшин,* с. 172.
345. *Красовский,* ч. 3, с. 90; Отечественные записки, 1830, ч. 41, с. 263.
346. *Словохотов,* с. 130.
347. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 62.
348. *Баллюзек,* с. 136.

349. *Георги,* ч. 2, с. 125.
350. *Левшин,* с. 170.
351. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 19.
352. Herrn Nicolaus Rutschkow... Tagebuch, 1774, с. 345.
353. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 269.
354. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2798, л. 10.
355. Кроме приведенных уже см. также: *Маковецкий,* с. 76, *Баллюзек,* с. 135.
356. Истарх КазССР, ф. 4, оп 1, д. 2794, л. 62.
357. *Левшин,* с. 170.
358. Сибирский вестник, 1820, т. IX, с. 129.
359. *Гавердовский,* л. 51.
360. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 269.
361. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 19.
362. *Günther L* Die Idee der wieder Vergeltung. Leipzig, 1889, с. 186—187.
363. Там же, с. 54—55.
364. Там же, с. 76.
365. Хидая. Комментарии мусульманского права. Т. 1. М., 1893, с. 65.
366. *Покровский И. А.* История римского права. Пгр., 1918, с. 292.
367. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 270.
368. *Баллюзек,* с. 135. Так же и по Маковецкому, с. 77.
369. *Гродеков,* с. 147, 151, 243, 244.
370. *Günther L.* Die Idee der wieder Vergeltung, с. 57.
371. *Маковецкий,* с. 76, *Баллюзек,* с. 135.
372. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 19.
373. *Левшин,* с. 170.
374. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 264.
375. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 60, 129.
376. *Баллюзек,* с. 141, 142.
377. *Гродеков,* с. 10.
378. *Левшин,* с. 170.
379. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 264.
380. *Маковецкий,* с. 77.
381. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 63.
382. *Шпилевский С.* Союз родственной защиты у древних германцев и славян. Казань, 1866, с. 38.
383. *Струве В. В.* Хрестоматия з стародавньої історії, т. II. Київ, 1910, с. 27.
384. *Гольдциер И.* Арабские племенные отношения и ислам.— Труды по востоковедению Лазаревского института. Вып. XII. М., 1903, ч. II, с. 112.
385. *Левшин,* с. 177. То же у Гавердовского (л. 51).
386. *Самоквасов,* ст. 70.
387. *Левшин,* с. 170.
388. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 264.
389. *Самоквасов,* с. 72.
390. *Баллюзек,* с. 141.
391. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 60.
392. *Маковецкий,* с. 77.
393. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 282—283.
394. Истарх КазССР, ф. 4, д. 2794, л. 60.
395. *Mayer,* с. 497—498.
396. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 270—271; *Левшин,* с. 170 и сл.

397. *Баллюзек,* с. 142.
398. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 61.
399. Там же.
400. Там же, л. 63.
401. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 265—266.
402. *Самоквасов,* статьи 74—76.
403. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 63 и 143.
404. *Баллюзек*, с. 142.
405. *Гродеков,* с. 95.
406. *Леонтович Ф. И.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий, с. 204.
407. *Баллюзек*, с. 95, 82, 83.
408. *Маковецкий,* с. 78.
409. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 61, 62, 148.
410. *Mayer,* с. 446—447.
411. Там же, с. 463.
412. Заявив претензию, жених может получить половину калыма обратно либо штраф с тестя (*Гродеков,* с. 55, 68).
413. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 19. Последние слова «как за убитого куна» подчеркивают, что «блудодей» может быть убит безнаказанно, и следовательно, в случае убийства его жениху нельзя отказать во «взыскании двух девок» под предлогом зачета встречного требования куна за убитого.
414. Там же, л. 20.
415. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 61.
416. *Баллюзек,* с. 82—83.
417. *Маковецкий,* с. 78.
418. *Гродеков,* с. 55, 68, 154—155.
419. *Лисий.* Речи Academia. М., 1933, с. 33.
420. *Гавердовский,* л. 89.
421. ЦГИАЛ, ф. 1, Сиб. ком., оп. 54, д. 28, л. 20.
422. *Гавердовский,* л. 50.
423. Влияние шариата на нормы казахского права, относящиеся к прелюбодею, бесспорно даже в законах Тауке: по крайней мере, в их изложении Левшиным. Содержащееся там требование, чтобы виновность жены была доказана 4 свидетелями, буквально повторяет норму Корана.
424. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 61, 62.
425. *Гродеков,* с. 154—155 и 245.
426. *Маковецкий*, с. 94—95.
427. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 148.
428. Там же, л. 61.
429. *Гродеков,* с. 154.
430. *Маковецкий*, с. 79.
431. *Mayer,* с. 483—484.
432. *Гавердовский*, л. 50 об.
433. *Маковецкий,* с. 78.
434. *Radloff,* с. 523. Уже указывалось, что Радлов ошибочно отрицает установление смертной казни за кражу.
435. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 271 и сл.
436. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 62 и 61.
437. *Гродеков,* с. 154—155.
438. *Mayer,* с. 486.

439. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 141 и 109; *Маковецкий*, с. 68.
440. *Маковецкий*, с. 68. По Н. Гродекову (с. 190), эта пословица относится не только к ложному, но и ко всякому вообще доносу, свидетельствуя об отрицательном отношении общества к доносам.
441. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 59.
442. *Маковецкий*, с. 68.
443. *Загряжский*, с. 170.
444. *Mayer*, с. 385; *Владимирский-Буданов*, с. 349.
445. *Красовский*, ч. III, с. 88.
446. *Ломакин А.* Обычное право туркмен (адат). Ашхабад, 1897, с. 64 и 80.
447. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 261; *Самоквасов*, ст. 45.
448. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 146.
449. Там же, л. 112 об.
450. Там же, л. 55, 58, 111.
451. *Загряжский*, с. 169.
452. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 271; *Самоквасов*, ст. 113.
453. *Красовский*, ч. III, с. 94.
454. *Гродеков*, с. 147.
455. *Левшин*, с. 170.
456. Отечественные записки, 1830, ч. 43, с. 261—262.
457. *Самоквасов*, статьи 1—8.
458. *Mayer*, с. 402, прим. 26.
459. *Валиханов Ч.* Сочинения. Спб., 1904, с. 164.
460. Истарх КазССР, ф. 4, оп. 1, д. 2794, л. 58.
461. Там же, л. 147.
462. Там же, л. 60, 130.

Оглавление

От редактора 3
Предисловие 8

Глава 1. ВАЖНЕЙШИЕ ОБЪЕКТЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ 11
Общая характеристика . . . . . —
Семья как субъект права собственности. Семейная тамга 15
Имущественные отношения внутри семьи. Выдел. Имущественные права жен . . . 24
Право наследования 41
Пережитки родовой собственности . . . 49
Выводы 60
Примечания 62

Глава 2. ПРЕСТУПЛЕНИЕ И НАКАЗАНИЕ В ОБЫЧНОМ ПРАВЕ КАЗАХОВ XVIII — ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЫ XIX в. 66
Преступление . . . . . —
Наказание 92
Имущественные преступления 118
Преступления против личности 148
Преступления против порядка управления . . 196
Преступления против религии 201
Выводы 205
Примечания 210

Савелий Львович
ФУКС

ОБЫЧНОЕ ПРАВО КАЗАХОВ В XVIII — ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЕ XIX века

Утверждено к печати Ученым советом Института философии и права Академии наук Казахской ССР

Редакторы: *Т. П. Казанникова, В. В. Сирождинова.* Худож. редактор *А. Б. Мальцев.* Оформление художника *Г. Н. Сидорова.* Техн. редактор *Е. М. Тахметова.* Корректор *Н. Л. Селиванова.*

ИБ № 744

Сдано в набор 12.12.80. Подписано в печать 30.01.81. УГ10011. Формат бумаги 84×108 1/32. Типографская № 1. Литературная гарнитура. Высокая печать. Усл. п. л. 11,8. Уч.-изд. л. 12,9. Тираж 1300. Заказ 207. Цена 2 р. 10 к.

Издательство «Наука» Казахской ССР.
Типография издательства «Наука» Казахской ССР.
Адрес издательства и типографии: *480021, г. Алма-Ата, Шевченко, 28.*