

УДК 340.15
ББК 67.3
Ф 94

Под редакцией
доктора юридических наук, профессора
С. Ф. Ударцева

Фукс С. Л.

Ф94 **Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. /**
Под общ. ред. С. Ф. Ударцева / Предисл. — С. Ф. Ударцев и Н. О. Дулатбеков (на русс. и казах. языках). Вступит. ст. — Ш. В. Тлепина. Коммент. и подгот. текста — К. А. Алимжан, Ш. В. Тлепина, С. Ф. Ударцев. — Астана / СПб.: ТОО «Юридическая книга Республики Казахстан» / ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. — 816 с.
ISBN 978-5-9645-0096-4

В книге публикуется, пожалуй, самая фундаментальная работа XX в. по истории казахского обычного права XVIII — первой половины XIX в., рассматривающая государство и право на высшей ступени развития кочевой цивилизации — докторская диссертация известного советского ученого-юриста С. Л. Фукса (1900–1976), защищенная в 1948 г. и затем засекреченная. В работе анализируются вопросы об источниках и основных чертах и особенностях обычного права и государства кочевого общества в Казахстане накануне и в ранний период присоединения к России, основные правовые институты, суд и судебный процесс. Подробно рассматриваются право собственности, вопросы преступления и наказания в обычном праве казахов, эволюция права и государства кочевой цивилизации. Исследование основано на многочисленных литературных (отечественных и зарубежных) и архивных, в том числе сравнительно-правовых, материалах.

Впервые часть диссертации была опубликована в Казахстане С. З. Зимановым в 1981 г. в книге, давно ставшей библиографической редкостью. Настоящее полное научное издание произведения Фукса (ок. 1200 стр.) снабжено научным аппаратом, содержит статью-предисловие, вступительную статью о жизни и деятельности ученого, его избранную библиографию, подробные комментарии.

Для студентов, магистрантов и преподавателей юридических и исторических вузов, для всех интересующихся историей государства и права.

УДК 340.15
ББК 67.3

- © Предисл. — С. Ф. Ударцев, Н. О. Дулатбеков, 2008
- © Вступит. статья — Ш. В. Тлепина, 2008
- © Коммент. и подгот. текста — К. А. Алимжан, Ш. В. Тлепина, С. Ф. Ударцев, 2008
- © Библиография трудов С. Л. Фукса — Н. И. Забежинская, 2008
- © ТОО «Юридическая книга Республики Казахстан»
- © ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008

ISBN 978-5-9645-0096-4

ТИТУЛ НА КАЗАХСКОМ

УДК 000
ББК 000
Ф00

Заң ғылымдарының докторы, профессор
С. Ф. Ударцевтің
редакциялауымен

Фукс С. Л.
Ф00 XVIII және XIX ғ. бірінші жартысындағы қазақ мемлекеті және құқығы тарихының очерктері/С. Ф. Ударцевтың ред./Алғы сөз С. Ф. Ударцев және Н. О. Дулатбеков (орыс және қазақ тілдерінде). Кіріспе мақала — Ш. В. Тлепина. Мәтінді дайындау және түсініктеме беру — К. А. Әлімжан, Ш. В. Тлепина, С. Ф. Ударцев. — СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008. — 000 б.

Кітапта көшпелі өркениеттің дамуының ең биік сатысындағы мемлекет және құқықты қарастыратын, XVIII – XIX ғ. бірінші жартысындағы қазақтың қарапайым құқық тарихы бойынша іргетасы жақсы қаланған XX ғ. жұмысы — 1948 жылы қорғалған және кейін жасырылған, белгілі кеңестік ғалым-заңгер С. Л. Фукстың (1900–1976) докторлық диссертациясы жарық көрді.

Жұмыста Ресейге қосылудың алғашқы кезеңдеріндегі Қазақстанның көшпелі қоғамының мемлекеттік және қарапайым құқықтық ерекшеліктері және негізгі көріністері, қайнар көздері, негізгі құқықтық институттар, сот және сот үрдісі туралы мәселелер талқыланады. Жеке меншік құқығы, қазақтардың қарапайым құқығындағы қылмыс және жазалау мәселелері, көшпелі өркениеттің мемлекет және құқықтық эволюциясы нақты зерттеледі. Зерттеу көптеген әдеби (отандық және шетелдік) немесе архивтік, сонымен қатар салыстырмалы-құқықтық материалдарға негізделген.

Диссертацияның бөлігі бірінші рет Қазақстанда библиографиялы сирек болған жағдайда 1981 жылы С.З. Зимановпен жарық көрді. Фукстың еңбегінің нағыз толық ғылыми шығарылуы (1200 бет) ғылыми аппаратпен қамтамасыз етілген, мақала-кіріспесі, ғалымның өмірі және әрекеті туралы, оның таңдамалы библиографиясы туралы нақты түсініктемелер бар.

Студенттерге, магистранттарға және жоғары оқу орындарының заң, тарих пәндерінің оқытушылары мен барлық мемлекет және құқық тарихына қызығушылық танытатын оқырмандарға арналған.

УДК 000
ББК 000

- © Алғысөз — С. Ф. Ударцев, Н. О. Дулатбеков, 2008
- © Шығу мақаласы — Ш. В. Тлепина, 2008
- © Мәтінді дайындау және түсініктеме беру — К. А. Әлімжан, Ш. В. Тлепина, С. Ф. Ударцев, 2008
- © С. Л. Фукс еңбектерінің библиографиясы — Н. И. Забежинская, 2008
- © ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008

С. Л. ФУКС О КОЧЕВОМ ОБЩЕСТВЕ, ГОСУДАРСТВЕ И ПРАВЕ КАЗАХОВ

(вместо предисловия)

Савелий Львович Фукс (1900–1976) — один из основателей истории государства и права Казахстана. Он первым в годы Великой отечественной войны начал читать лекции по истории государства и права Казахстана в Алма-Атинском государственном юридическом институте, первым подготовил и защитил докторскую диссертацию в этой области историко-правовой науки. Его труды, наряду с более поздними работами его друга и коллеги Т. М. Культелеева¹ и представителя более молодого поколения казахстанского академика С. З. Зиманова,² привлекли к истории государства и права Казахстана целый ряд исследователей,³ ко-

¹ *Культелеев Т. М.* Уголовное право казахов. Алма-Ата, 1955 (в последние годы вышло два переиздания этой книги). — См. также: *Тлетина Шолпан.* Эволюция государственно-правовой науки в Казахстане (1930-е — 1991 гг.) / Вступ. ст. (С. 3–10) и отв. ред. С. Ф. Ударцев. Алматы, 2005. 540 с.; *Ударцев С., Панфилов А. В.* «Әділет» учреждены стипендии имени Ж. Ақпаева и Т. Құлытеева // Научные труды «Әділет». 2000. № 1(7). С. 164–165.

² *Зиманов С. З.* 1) Общественный строй казахов первой половины XIX века. Алма-Ата, 1958; 2) Политический строй Казахстан конца XVIII и первой половины XIX века. Алма-Ата, 1960; 3) Россия и Букеевское ханство. Алма-Ата, 1982. — См. также: *Салык Зиманович Зиманов* (библиографический справочник) / Серия «Классики юридической науки Казахстана». Вступ. ст. С. Ф. Ударцева опубли. на русском (С. 9–56), казахском (С. 57–109) и англ. яз. (С. 110–153) (Кн. подготовлена совместно Г. М. Алимжановой и С. Ф. Ударцевым). Алматы, 2003 (9 п. л. по 3 п. л. на каждом языке; общ. объем ок. 15 п. л.).

³ См., напр.: *Материалы по казахскому обычному праву*: Сб. 1. Алма-Ата, 1948 (прим. С. З. Зиманова). — См. переиздание: *Материалы по казахскому обычному праву*: Сб. Научно-популярное издание / Сост.: научные сотрудники сектора права Академии Наук Республики Казахстан Т. М. Культелеев, М. Г. Масевич, Г. Б. Шакаев. Алматы, 1998. 464 с.; *Кенжалиев З. Ж.* Декреты Казахской Автономной Советской Социалистической Республики, отменившие патриархально-феодалные обычно-правовые институты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алма-Аты, 1986; *Жиренчин К. А.* 1) Реформы управления 60-х годов XIX века в Казахстане и их политические и правовые последствия: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алма-Ата, 1979; 2) Политическое развитие Казахстана в XIX — начале XX веков. Алматы, 1996. 352 с.; 3) Политическое развитие Казахстана во второй половине XIX — начале XX веков: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Алматы, 1997; *Салык Зиманұлы.* Абай — Ұлы билердің соны. Және оның бітім-биліктері туралы // Айтеке би / Сост. Г. Бельгер, М. Ақдаулетұлы. Алматы, 1998. С. 116–154; *Узбекулы С.* Хан Тауке

торые продолжили разработку более детальных аспектов этой необъятной темы об истории организационных форм жизни народа, населявшего огромные степные пространства, об особенностях и механизмах их эволюции.

Фукс открыл для себя и всего человечества новый пласт истории — преимущественно кочевого государства казахов и неизведанный мир обычного права их кочевой цивилизации как до присоединения Казахстана к России, так и в период этого присоединения. Его работа не утратила значения в настоящее время и, думается, послужит дополнительным материалом для создания современной научной концепции государства и права кочевого общества, поможет понять их особенности, эволюцию, осмыслить их место в истории. XVIII в. и особенно XIX в. — вершины традиционной тысячелетней национальной культуры казахов, развития обычного права и основанной на нем судебной системы. Как заметил М. М. Ауэзов, XIX в. в истории Казахстана — «это прощальный бал конно-кочевой цивилизации, так пышно, так красиво воспрянувшей в канун краха».⁴

Оказавшись в Алма-Ате в годы Великой отечественной войны, познакомившись с малоизвестными историческими источниками, С. Л. Фукс был увлечен представшим перед ним неизвестным пластом истории и уже не мог оставить его и после возвращения в Украину. Фуку выпала историческая миссия по систематизации, обобщению и осмыслению тех богатых, но достаточно разрозненных материалов об обычном праве

и правовой памятник «Жети жаргы»: Учеб. пособие. Алматы, 1998. — Представляет интерес также издание с его непосредственным участием: *Материалы по истории государства и права Казахстана*. Вторая половина XIX — начало XX вв. / Сост. С. Сартаев и С. Созакбаев. Алматы, 1994. 280 с. — См. также: *Политическая и правовая история Казахстана*. Документы и материалы конца XIX — начала XX вв. / Сост. С. Сартаев, С. Узбекулы. Алматы, 2000. 528 с.; *Древний мир права казахов*. Материалы, документы и исследования: В 10 т. Т. 1 / Гл. ред. С. З. Зиманов. Алматы, 2001 (в последующие годы изданы еще восемь томов и в настоящее время это уникальное издание — свод опубликованных материалов и работ по казахскому обычному праву — завершается). — В 2003 г. под руководством С. З. Зиманова выполнена кандидатская диссертация Н. К. Мынбатыровой, посвященная изучению судебных решений и правовых идей Толе бия Алибекулы в контексте казахского обычного права (1663–1756): *Мынбатырова Н. Қ. Төле бидің соттық шешімдері және қазақтың әдет — ғұрып құқығы. Заң ғылымдарының кандидаты ғылыми дәрежесін алу үшін жазалған диссертацияның авторефераты*. Алматы, 2003. — См. также: *Алимжан К.* Вопросы теории обычного права. Алматы, 2003. 320 с.; *Государственно-правовая наука в Казахстане*. Библиографический указатель. 1930-е гг. — 1991 г. / Авт.-сост. Ш. В. Тлепина, часть подразделов — Ш. В. Тлепина и С. Ф. Ударцев / Под ред. С. Ф. Ударцева. Алматы, 2005. 416 с.

⁴ *Шашкова Л.* Судьбы высокая стезя [интервью с М. М. Ауэзовым] // *Казахстанская правда*. 2008. 5 янв. С. 4.

казахов, которые были собраны за предшествующие столетия российскими учеными, путешественниками, представителями администрации, наблюдавшими самобытную жизнь казахского общества.

Докторская диссертация С. Л. Фукса, защищенная в 1948 г. в Москве, стала итогом его многолетней активной работы в избранном направлении.

Долгое время место нахождения рукописи основной работы Фукса было неизвестно (об этом писал С. З. Зиманов в предисловии к книге Фукса, изданной в советское время).⁵ Рукопись книги была обнаружена Ш. В. Тлепиной в Москве, в архиве Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ в 2003 г., когда она собирала материал в архивах Москвы для докторской диссертации по истории государственно-правовой науки Казахстана. Наткнувшись на рукопись диссертации, она сообщила из Москвы об этой находке научному консультанту С. Ф. Ударцеву в Алматы, и он предложил сделать полную копию рукописи для последующей возможной публикации и разделить связанные с этим расходы.

Для подготовки рукописи к публикации был приглашен также К. Алимжан, специалист по теории и истории обычного права. Однако работа над подготовкой книги Фукса к научному изданию продолжалась еще несколько лет и затянулась, отчасти в связи с большой занятостью С. Ф. Ударцева и его переездом на работу в Астану. До этого, примерно в конце 2004 г. — начале 2005 г., была достигнута договоренность С. Ф. Ударцева и Н. О. Дулатбекова о подготовке совместной вступительной статьи и издании книги в Караганде в серии «Шедевры юридической науки Казахстана». Весной 2007 г., в период развития отношений КазГЮУ и издательства СПбГУ, появилось предложение этого издательства издать данную работу в СПбГУ, принятое всеми участниками подготовки книги.

Работа была найдена с отметкой о пребывании ее в специальном хранении; это свидетельствовало о том, что какое-то время она была запрещена.

⁵ *Зиманов С. З.* От редактора // Фукс С. Л. Обычное право казахов в XVIII — первой половине XIX века / Под ред. С. З. Зиманова. Алма-Ата, 1983. — Позже С. З. Зиманов опубликовал фрагменты первой главы диссертации С. Л. Фукса (*Фукс С. Л.* История казахского права по русским источникам XVIII–XX вв. // *Қазақтың ата заңдары: құжаттар, деректер және зерттеулер — Древний мир права казахов. Материалы, документы и исследования: 10 томдық / Бағдарлама жетекшісі С. З. Зиманов. Т. 2.* Алматы, 2003 (Казахский академический университет). С. 412–432), при этом, видимо, по ошибке, в примечании к этой публикации работа Фукса датирована 1918 г. вместо 1948 г. (Там же. С. 412). В данном случае были опубликованы фрагменты гл. 1 капитальной работы Фукса, начиная со с. 35 рукописи.

Почему работа Фукса оказалась запрещенной и какое-то время хранилась в специальном хранении, что надолго вывело ее из научного оборота и сделало недоступной для исследователей? Можно предполагать, что в основе этого лежали политические и идеологические причины. Для конца сталинского периода были характерны волны репрессий и реакции. Эти волны должны были сдерживать либеральные, освободительные тенденции, идеи и настроения, возникшие в послевоенном обществе в результате массового перемещения людей в Европу и обратно, в результате временной открытости союзникам, более близкого ознакомления с их жизнью, бытом, организацией общества. Проверки, ревизии, реорганизация научных учреждений в постсталинский период, как правило, проводились синхронно с ревизией идеологии, проходившей, однако, в условиях еще тоталитарного режима. Можно полагать, что у проверяющих, тем более не специалистов по данной теме, могли возникнуть сомнения в соответствии слишком глубокого исследования обычного права с детальным разбором его институтов, показом глубинных связей с естественной жизнью народа, к тому же сопровождаемого обстоятельным сравнительно-правовым материалом, — упрощенным партийным установкам об обычном праве как примитивном и по логике развития исчезающем явлении. В таких условиях хватало перестраховщиков, зачастую не готовых амнистировать отдельные произведения, исторические явления, нежелательные (с точки зрения официальной идеологии) страницы и целые слои истории в условиях отсутствия тотальной идеологической амнистии и раскрепощения мысли, что было свойственно, например, еще далекому для того времени завершающему периоду перестройки М. С. Горбачева.

Кроме того, могли быть и внутренние причины: взгляды Фукса, отраженные в работе, могли содействовать засекречиванию диссертации, помещению ее в специальное хранилище книг. Если мы обратимся к исследованию Фукса, то увидим, что его взгляды на историю казахского общества, его теоретические представления о кочевой государственности не вполне соответствовали официальной советской доктрине. Он характеризовал царский период присоединения Казахстана к России как колониальный. Ученый развивал концепцию кочевого государства и фактически — возможности циклического развития государственности, допуская определенные исторические зигзаги, остановку развития и даже гибель ранее получивших развитие государственных форм на новом этапе исторического развития, причем рассматривал это явление, эти процессы не обязательно как прогрессивные.

Примитивизация истории обычного права, упрощение природы и истории права и государства в официальной теории и истории

государства и права сталкивались в работе Фукса с целым неизвестным и необъяснимым с позиций официальной идеологии космосом обычного казахского права, его безграничными по формам и времени проявлениями, уходящими в необозримые дали истории. Представить такой массив естественных явлений истории права незначительным и перевешиваемым десятилетиями бюрократического тоталитарного государства и законодательства, очевидно, было не столь просто. Грандиозная панорама истории обычного права как явления непосредственно производного от общества, связанного с его самоорганизацией, саморегуляцией, отражающая правовую культуру и древние обычаи народа, явно противоречила примитивным и догматическим официальным суждениям об этой сфере явлений. Проще было игнорировать существование такого исследования и того мира права, окном в который было это исследование. Для официальной идеологии и цензуры легче было закрыть, забить, запретить это окно в историю и глубины природы права, чем попытаться объяснить открытое и увиденное, тем более в условиях шатающейся, неустойчивой официальной идеологии, однозначно отрицательно относящейся к обычному праву в принципе. Кроме того, Фукс несколько «облегченно» и творчески для своего времени относился к марксистской теории, старался по возможности избегать ее догматической интерпретации и наполнять своим видением, дополнительным содержанием, объясняющим явления, находившиеся за пределами внимания ее разработчиков.

И еще одно замечание. В разделе «Преступления против религии» работы Фукса (л. 1167–1179) имеется более десятка мест, подчеркнутых карандашом и с отметками на полях «читателей», — именно тех мест, где говорилось о влиянии шариата на казахское обычное право, о наказании вероотступников (в том числе принимавших христианство) и т. д. Возможно, это также может быть косвенным свидетельством мотивов засекречивания диссертации?

Все это, видимо, содействовало запрещению работы, заключению ее в тюрьму для книг — в специальное хранилище книг.

Фукс известен серьезными научными работами по широкому кругу проблем. Он автор научных статей и по отдельным вопросам некоторых отраслей права, и по актуальным теоретическим проблемам эволюции государства и права, что объясняет высокий уровень обобщения в исторических работах ученого. Ранние его статьи подготовили исследователя для углубленной исторической проработки истории государства и права, а его теоретические публикации дополняли, продолжали и поддерживали его исторические поиски. Творческий потенциал Фукса как ученого позволил сделать в работе по истории государства и права

Казахстана глубокие исторические и теоретические обобщения, рассмотреть эволюцию государства и права и отдельных их институтов на протяжении нескольких веков.

Кстати, теоретические разработки Фукса касались и отдельных вопросов пересмотра (развития) догматической советской интерпретации идей основоположников марксизма. Идеи будущего «полугосударства», эволюция в ходе истории функций и форм государства были ему весьма близки и понятны как историку, много лет размышлявшему над эволюцией ранних форм государства, предшествовавших крупным централизованным государствам и бывшим исторически достаточными для народа на соответствующей ступени его развития. Например, Фукс писал о «древней племенной государственности», остатки которой видел в избрании хана, о «наследии кочевой государственности».⁶ Государство гуннов Фукс признавал «варварским племенным государством».⁷ Изучение прошлого подготовило его для восприятия изменявшихся в то время представлений о будущем, одновременно выступавших как форма переосмысления догматического марксизма, отказа от его догм. В целом К. Маркс и Ф. Энгельс с их системой идей для Фукса как ученого и его вдумчивых современников (в отличие от идеологических установок партии и высказываний И. В. Сталина) были не только и не столько идеолого-догматическими ориентирами, сколько своеобразным окном в европейскую науку XIX в. с ее достаточно высоким уровнем развития. И это трудно было полностью прикрыть отдельными идеологическими реверансами в сторону марксизма, политическим и идеологическим ритуальным цитированием партийных документов и И. В. Сталина, подчеркиванием их правоты и научности.

Отчасти позицию Фукса в диссертации по некоторым вопросам, а также одну из возможных причин засекречивания исследования объясняет следующее место из диссертации: «В настоящей работе неоднократно подвергаются критике положения книги “История Казахской ССР с древнейших времен до наших дней”. Автор принимал участие в написании указанной книги, осветив в ней некоторые вопросы истории казахского права. Данная в предлагаемой работе критика является в то же время и самокритикой».⁸ Фукс был вынужден цитировать постановление ЦК партии и статью из официального идеологического

⁶ Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. [Дис. ... д-ра юрид. наук. Машинопись в 6 переплетах (томах)]. Харьков, 1948. С. 282, 311.

⁷ Там же. С. 316.

⁸ Там же. С. 10.

журнала «Большевик» с критикой книги по истории Казахстана, в написании которой участвовал и он сам.

В диссертации Фукса затрагивается ряд важных вопросов концептуального осмысления кочевой цивилизации казахов и ее государства и права.

Приступая к исследованию истории государства и права Казахстана последних веков накануне и в процессе присоединения его к России, С. Л. Фукс считал недостаточным «втиснуть» Казахстан в общие закономерности классического западно-европейского феодализма. Он приходил к выводу, что, учитывая самобытность государственно-правового развития народа, важно показать его специфику, особенности эволюции государства и права как элементов кочевого общества. Автор косвенно признавал, что официальная советская идеология, базировавшаяся на догматической интерпретации западно-европейского марксизма, не позволяет понять закономерностей эволюции кочевого строя. «Наличие в Казахстане резко выраженных особенностей государственного механизма и своеобразия путей развития государства совершенно бесспорно. Они порождены своеобразием пути развития феодализма у кочевников-скотоводов. Историк государства и права Казахстана вынужден в ходе конкретно-исторического исследования дорабатывать теорию феодального государства кочевников. При этом особые трудности возникают для него в связи с тем, что нельзя даже считать достаточно разработанной и удовлетворительно разрешенной проблему феодализма у кочевников в ее социально-экономическом аспекте, без чего всякая попытка осмыслить особенности политической и правовой надстройки кочевого феодального общества, разумеется, заранее обречена на неудачу».⁹

Ценность работы Фукса заключается также и в том, что во многих отношениях это сравнительно-правовое исследование обычного права. Автор широко использует сравнения с западно-европейскими институтами, в том числе римского и ирландского права, права шведов и франков. В работе содержится сравнительный анализ казахских государственных и правовых институтов и обычаев с монгольскими, русскими, узбекскими, индейскими, с обычаями гуннов. При этом многие интерпретации институтов обычного права Фукса заслуживают внимания и сегодня как одна из ступеней осмысления истории государства и права Казахстана, как выводы из богатого материала, долгих размышлений об истории народа, полезных для последующего изучения истории государства и права.

⁹ Там же. С. 113–114.

Рассматривая процесс появления государства в кочевом обществе, Фукс отмечал особенность трансформации социальной основы власти в обществе: «Родоплеменная знать не вытесняется, не устраняется, а постепенно превращается в класс собственников... В обществе... скотоводов-кочевников при переходе классового господства к родоплеменной знати, не знающей конкурентов, родоплеменная организация сохраняется как рычаг классового господства. Она меняет свою форму лишь постепенно, наполняясь новым классовым содержанием».¹⁰

Фукс обращает внимание на геополитические факторы, которые вели к усилению феодальных захватов пастбищ, когда часть прежних кочевий стали контролироваться со второй половины XVIII в. Россией и Китаем.¹¹

По мнению исследователя, важно различать право распоряжения районами кочевок или право распоряжения кочевьями и право распоряжения кочеванием. Право распоряжения кочевьями он рассматривал как элемент земельной собственности.¹² Другой особенностью отношений собственности исследователь считал то, что собственность на скот была, по его мнению, первичной и более приоритетной в кочевом обществе, чем собственность на землю. «Богатство, заключающееся в скоте, является в условиях кочевого скотоводства совершенно достаточной базой для внеэкономического принуждения, для установления власти знати над рядовыми скотоводами. Эта власть достаточна для распоряжения рядовыми скотоводами, для того, чтобы предписывать им тот или иной *порядок* или *путь кочевания*, но власть эта не основывается на узурпации возможных *кочеваний, пастбищ, районов кочевания*. Она основывается на концентрации в руках владельцев скота, а не пастбищных территорий. Итак, поземельные отношения в казахском обществе вплоть до XIX в. нельзя рассматривать, как основу отношений господства — подчинения. Напротив, земельная собственность возникает и развивается здесь, как вторичное производное экономическое отношение, на основе концентрации собственности на скот».¹³

Фукс одним из первых поставил проблему кочевого государства.

До настоящего времени теоретические вопросы происхождения государства недостаточно изучены и проясняются по мере проникновения исследователей в природу явления государственности. В связи с этим можно отметить, что территория (территориальная организация,

¹⁰ Там же. С. 139.

¹¹ Там же. С. 152.

¹² Там же. С. 156.

¹³ Там же. С. 181–182 (Курсивом в цитате выделены подчеркивания автора в рукописи).

территориальное разделение подданных) как признак государства относится к динамичным, переменным, относительным признакам. Важно ее наличие, а не размер, очертания и абсолютная неизменность. В истории многое меняется, находится в движении. И в этом смысле территория кочевья охватывает повторяющееся из века в век маршруты, точки остановок на их пути (стоянок), зимовок, летних пастбищ и т. д., их границы, определяемые также кочевьями других родов. Такое ритмическое, циклическое функционирование сообщества на одной и той же защищаемой им территории может рассматриваться как один из вариантов территориальной определенности сферы распространения государственной власти и права. По мере распространения документальных источников права, в том числе международного, внешние границы могут быть закреплены и документально при сохранении кочевого хозяйства, кочевой организации власти.

Политические реформы царизма были в определенном смысле направлены на трансформацию динамично, циклически территориально обозначенной государственности кочевой цивилизации (жизненные циклы которой происходили на определенном пространстве) в стационарную административно-территориальную систему государственной власти (с созданием условий для ускоренного развития оседлой цивилизации и постепенной трансформации кочевой цивилизации в значительной мере оседлую). Это порождало определенные дополнительные несоответствия и противоречия между политической структурой, властью и экономическими отношениями и требовало в перспективе их разрешения.

По мнению Фукса, в условиях кочевой цивилизации большое значение приобретала защита более открытой и менее защищенной территории, на которой осуществлялся жизненный цикл кочевников. Возможно, в связи с этим Фукс обращает внимание на различные свидетельства воинственности и рыцарского духа казахов, славы казахских воинов как неустрашимых бойцов. Он также признавал, что оценки хана прежде всего как «военного сторожа казахской земли» имеют под собой основания. Фукс не соглашался с советскими трактовками роли и функций казахских ханов как в первую очередь осуществлявших «подавление эксплуатируемых масс». Он приходил к выводу, что особенностью кочевого государства было и то, что хан прежде всего осуществлял внешнюю функцию охраны земли кочевой цивилизации, а внутренняя функция подавления эксплуатируемых отходила на второй план.¹⁴ Хан,

¹⁴ Там же. С. 348–349.

по Фуксу, был прежде всего главнокомандующим,¹⁵ а политический строй казахского общества он считал «отдаленным преемником» военной демократии монгольских племен, которая предшествовала империи, но не преемником империи, при которой военная демократия искоренялась. По мнению Фукса, кратковременное и «поверхностное» господство монгольской империи не могло существенно изменить общественного и государственного строя кочевых племен. Особую роль он отводил войнам, которые «сообщали вообще специфическую военную окраску всему политическому строю казахов».¹⁶

Не исключено, что на эти оценки Фукса могло повлиять и время написания им диссертации — военные и послевоенные 1940-е гг. При этом, возможно, им несколько недооценивается значение таких направлений мирной деятельности хана, как дипломатическая и законодательная деятельность, охрана обычного права, управленческая деятельность (организация и обеспечение нормальной жизни социального организма). Тем не менее военная демократия в казахском кочевом обществе действительно имела определяющее значение.

В эволюции казахского государства и права, по Фуксу, долгое время доминировала тенденция укрепления «старой государственности». Это он видел, например, в деятельности хана Тауке, которому «принадлежит попытка укрепить казахское государство, но он пытался сделать это в основном не путем отказа от традиционных государственных форм, а преимущественно путем укрепления их. Отдельные новые моменты в своде обычного права Тауке не уведут его в сторону от “чистой дороги хана Касыма” и “древней дороги хана Есыма”».¹⁷ Периоды ханства Аблая, Арынгазы и Кенесары ученый характеризует с точки зрения государственно-правовых форм как «попытку отбросить традиции архаической государственности и создать сильную централизованную государственную власть»,¹⁸ когда в центре и на местах власть хана сильно возрастает и меняется ее содержание. Отсюда, делает вывод Фукс, при ханах Аблае, Арынгазы и Кенесары, «накануне полного уничтожения казахской государственности создаются предпосылки для ее исторического взлета».¹⁹

¹⁵ Там же. С. 353. — Фукс при этом слово «наездник» трактует как происходящее от слова «наезд», однако он не вполне объясняет игнорирование им связи этого слова со словами «ездить», «ездок», с употреблением его как синонима слов «всадник», «конный», «верховой» и т. д.

¹⁶ Там же. С. 358.

¹⁷ Там же. С. 484–485.

¹⁸ Там же. С. 533.

¹⁹ Там же. С. 533.

Касаясь политических последствий присоединения Казахстана к России, Фукс обращал внимание на то, что в условиях колониальной политики царизма «мучительный и медленный экономический прогресс», «дорого стоивший трудовым массам», «не создал никаких предпосылок для возрождения казахской национальной государственности», которая, по его мнению, возрождается и развивается после 1917 г.²⁰

По мнению Фукса, казахское государство и казахское обычное право функционировали как соответствующие друг другу системы. Существенная трансформация одной системы вела к сбоям в функционировании и другой. Фукс констатировал к XIX в. «гибель казахской государственности» и «разложение патриархально-феодального строя». В этот период в новых условиях, отмечал он, изменилось и значение института барымты. Раньше она была одним из признанных процессуальных институтов обычного права, в ее форму в XVIII в. «облекалась феодальная междоусобная война», а временами барымта использовалась бедняками для экспроприации богатых скотоводов, для сдерживания их произвола, что заставляло богатых порой выступать против барымты. В условиях гибели казахской государственности регулируемый ею институт барымты, по Фуксу, стал превращаться в «простой грабеж, поощряемый родовыми властями, видящими в такой барымте источник обогащения».²¹

Любопытны размышления Фукса о происхождении суда. Он приходит к выводу о том, что суд и судопроизводство возникают в древнем обществе под воздействием двух групп факторов — внутриродовых конфликтов и трений, а также межродовых конфликтов и при этом в условиях, когда появляется межродовая власть, способная принуждать к исполнению судебных решений представителей разных родов и сами эти роды. Судебная власть появляется из потребностей разрешения конфликтов разного уровня, в том числе между крупными социальными группами. Ее цель — разрешение конфликтов, поддержание мира, предотвращение столкновений, многочисленных жертв. Но эти мирные цели обеспечиваются не только равенством сторон, не только установлением правил процедуры разрешения спора, но и подключением в этот механизм разрешения конфликта силы — гаранта исполнения решений, принятых на основании соблюдения всех процессуальных норм. Процессуальное право и судостроительство, по Фуксу, зарождаются «из потребностей посреднического рассмотрения междуродовых споров, из обычаев доклассового общества, устанавливающих порядок такого

²⁰ Там же. С. 534.

²¹ Там же. С. 624.

рассмотрения, рождаются вместе с зарождением классового общества».²² Фукс полагает, что только государственная система власти эпохи классового общества обеспечивает организацию общества на всех соответствующих уровнях, в том числе на межродовом уровне.

Не исключено, что и на этом уровне существовали догосударственные более или менее устойчивые (или временные) органы и механизмы осуществления власти, возможно, менее устойчивые и менее эффективные в целом, чем следующие за ними в истории формы государственной власти. Однако отрицать возможность существования разных уровней догосударственной общественной власти, которая могла объединять и различные роды, современная наука не может. В связи с этим следует отметить, что судопроизводство и процессуальное право в различных его формах — явления значительно более древние, чем их государственные формы. В этом смысле концепция Фукса может быть несколько уточнена и подправлена в сторону признания более глубокой природы суда и его институтов, его инфраструктуры. При этом следует признать, что Фукс стремился шире трактовать данные вопросы, чем это делалось в догматической теории советского марксизма; он, как уже отмечалось, обращал внимание на некоторые древние формы государства, остававшиеся в тени для марксистской науки. Однако если и можно согласиться с замечанием Фукса о бесплодности спора о том, были ли древнейшим органом отправления правосудия старейшины и народное собрание или, как полагал М. М. Ковалевский, посреднический, медиаторский суд, то не потому, что как он сам писал, «точка зрения Ковалевского обусловлена непониманием того, что нельзя говорить о суде там, где нет аппарата классового принуждения, насилия».²³ Бесплодность споров о первичной форме древнейшего правосудия можно признать, скорее, по той причине, что древнейшие формы суда могли существовать одновременно в нескольких формах и на нескольких уровнях, возникая и организуясь, изменяясь с учетом разнообразных естественных потребностей древнейших обществ, их членов и родов, с учетом их внутренних и внешних отношений. Следует отметить, что современная наука не отрицает возможность существования доклассовых и догосударственных форм права и суда, за что Фукс критиковал Ковалевского.

Тем не менее вычленение Фуком внутриродовых и межродовых аспектов осуществления правосудия позволяло ему выделить некоторые важные аспекты противоречивой социальной и классовой природы суда в государственно организованном обществе. В связи с этим он обращал

²² Там же. С. 654.

²³ Там же. С. 656.

внимание на более свободный и альтернативный характер разбирательства при межродовом споре и менее альтернативный характер разбирательства при внутриродовом споре. В первом случае, отмечал Фукс, возможно, было свободное соглашение сторон и выбор ими бия. Во втором случае нередко приходилось мириться с судебной властью родовой администрации — старшин, биев, султанов и ханов, в чем, по мнению Фукса, проявлялся «классовый характер казахской юстиции».²⁴ Таким образом, в концепции ученого межродовое судопроизводство не было столь прямолинейно классовым, как внутриродовое. Фукс приходит к выводу о существовании определенной двойственности судебного права в Казахстане и признает «особый характер каждой из указанных сфер правосудия».²⁵ Фукс признает особенности принципов этих двух сфер правосудия (внутриродовой и межродовой юстиции) и их постепенное взаимопроникновение, взаимодействие.

В связи с этим следует отметить особенность трактовки Фуксом суда биев. обстоятельно и разносторонне характеризуя это институт и в то же время выступая против его идеализации, Фукс критически характеризует суд биев и самих биев. При этом он порой упускает из виду важнейший небюрократический и саморганизационный (говоря современным языком, синергетический) социальный смысл этого института.

Обосновывая классовую природу суда биев, определенный политический аспект их деятельности, Фукс несколько недооценивает социальный аспект данного института, третейский характер суда биев, хотя и отмечает его большую связь с обществом, невыделенность еще из общества, например, по сравнению со средневековым российским судом. С этим связано и некоторое скептическое отношение его к мнению Ч. Валиханова о суде биев, которое Фукс считал определенной идеализацией этого суда.²⁶

²⁴ Там же. С. 657.

²⁵ Там же. С. 656–657.

²⁶ Из литературы, посвященной Ч. Валиханову в XX — нач. XXI вв. и содержащей различные оценки его воззрений, можно назвать: *Лурье А.* Чокан Валиханов — первый казахский ученый и просветитель // Исторический журнал. 1943. № 11–12; *Айдарова Х. Г.* Чокан Валиханов. Алма-Ата, 1945; *Булатов С. Я.* К вопросу о государственных и правовых воззрениях Чокана Валиханова // Вестник АН Каз. ССР. 1956. № 3 (132); *Бейсембиев К.* Из истории общественной мысли Казахстана второй половины XIX века (Ч. Валиханов, И. Алтынсарин). Алма-Ата, 1957; *Муканов С. М.* Чокан Валиханов. Алма-Ата, 1958; *Дюков Л. В.* Чокан Валиханов как последователь Н. Г. Чернышевского // Ученые записки КазГУ им. С. М. Кирова. Т. 49. Сер. Юридическая. Вып. 6. Алма-Ата, 1960; *Ауэзов М. Ф. М.* Достоевский и Чокан Валиханов // Мысли разных лет. Алма-Ата, 1961; *Зиманов С. З., Атишев А. А.* Политические

В какой-то степени этот вопрос и для самого Фукса проясняет точка зрения д'Андрэ, приводимая им в рукописи.²⁷ Согласно этой точке зрения следует различать биев-судей, биев-военачальников и биев-богачей с характеристикой каждой из этих групп биев. Кроме того, очевидно, нельзя отрицать, что и бии-судьи могли значительно отличаться по своим способностям, образованию, нравственным качествам и социально-политическому статусу.

Фукс обращает внимание на судебные функции ханов, султанов, старшин, которые, по его мнению, осуществляли судебную власть параллельно с судом биев. На этом основании он критикует точку зрения о том, что в древности все суды казахов были третейскими (Гродеков).²⁸ В то же время нельзя не признать, что суд, обособившийся от государственных

взгляды Чокана Валиханова. Алма-Ата, 1965; *Сегизбаев О. А.* Исследователь, мыслитель (О Ч. Ч. Валиханове). Алма-Ата, 1974; *Амишев А. А.* Социологические и государственно-правовые взгляды Ч. Ч. Валиханова: Материалы к лекциям по истории государства и права СССР. Алма-Ата, 1979; *Стрелкова И.* Валиханов («Жизнь замечательных людей»). М., 1983; *Маргулан А. Х.* Очерк жизни и деятельности Ч. Ч. Валиханова // Валиханов Ч. Ч. Собр. соч.: В 5 т. Т. I. Алма-Ата, 1984. С. 9–77; *Касымжанов А. Х., Уразбеков А.* Чокан Валиханов — ученый и мыслитель // Вопросы философии. 1984. № 5; *Сатыбекова С. К.* Чокан Валиханов и проблемы культуры (к 150-летию со дня рождения) // Философские науки. 1985. № 6; *Сартаев С. С., Ударцев С. Ф.* Ч. Ч. Валиханов — ученый-востоковед, мыслитель, демократ (к 150-летию со дня рождения) // Советское государство и право. 1986. № 7; *Сатпаева Ш. К.* Чокан Валиханов и русская литература: историко-филологические очерки. Алма-Ата, 1987; *Бурабаев М. С., Сегизбаев О. А.* Идейные связи общественно-философской мысли Казахстана и России (вторая половина XVIII — начало XX века). Алма-Ата, 1987; *Чокан Валиханов и современность*: Сб. матер. Всесоюзной научной конференции, посвященной 150-летию со дня рождения Ч. Ч. Валиханова / Отв. ред. Ж. М. Абдильдин. Алма-Ата, 1988; *Сарсембаев М. А.* Международно-правовые отношения государств Центральной Азии. Алматы, 1995. С. 56–62; *Усеинова Г. Р.* Государственно-правовые взгляды Ч. Ч. Валиханова: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алматы, 1996; *Сегизбаев О. А.* Ч. Ч. Валиханов — основоположник казахского Просвещения // Сегизбаев О. А. Казахская философия XV — начала XX века. Алматы, 1996. С. 213–302; *Ударцев С. Ф.* 1) Политические и правовые взгляды Чокана Валиханова // Чокан Валиханов. Записка о судебной реформе / Вступ. ст. и примеч. С. Ф. Ударцева. Алматы, 1999. С. 5–24; 2) Политические и правовые взгляды Чокана Валиханова // Чокан Валиханов. Записка о судебной реформе / Вступ. ст. и примеч. С. Ф. Ударцева. 2-е изд. Алматы, 2004; и др.

Из художественных произведений следует обратить внимание на роман: *Шахмардан*. [Кусаинов Ш.] Скрытый хан. Алматы, 1999. 268 с. — Этот роман написан от лица султана Чокана Валиханова. Многие факты и гипотезы биографии, черты творчества ученого, путешественника и мыслителя XIX в. в произведении одного из крупных современных казахских писателей получили интересную интерпретацию и развитие.

²⁷ Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. С. 679–681.

²⁸ Там же. С. 657.

органов (суд биев), был именно третейским судом, и это была его существенная черта. С. З. Зиманов отмечает, что период существования древнейшего суда биев в Казахстане был его «золотым веком» в истории правосудия. «Казахское правосудие в “древней форме”, — пишет он, — вошедшее в историю как его золотой век, строилось и основывалось на следующих фундаментальных принципах, составляющих его незыблемые основы: а) знание и постижение бием-судьей основных и трансфертных норм и логики обычно-правовой системы кочевого общества казахов; б) неподкупность суда и судьи; в) справедливость как суть... судебных решений; г) гласность, доступность и публичность суда; д) владение судьей ораторским искусством как средством доказывания и обоснования судебного решения; е) направленность и ориентированность суда на установление гражданского мира и достижение мирового соглашения между сторонами».²⁹

В выводах Фукса партийно-идеологические оценки присутствуют еще более концентрированно. Нельзя не признать его заблуждением, возможно, вынужденным в силу идеологических ограничений, его итоговый вывод о буржуазно-националистическом характере идей о третейской природе суда биев, о том, что судебная власть биев базировалась на их моральном авторитете и т. д.³⁰

Кроме того, не следует недооценивать общие черты, закономерности, тенденции, характерные для суда биев как суда со значительными элементами социальной саморегуляции, нравственности, деюрократичности, общественного авторитета, выраженной функцией примирения, объединения, утверждения справедливости, хранения и защиты фундаментальных социальных ценностей и т. д.

Не вполне автор учитывает деформирующую роль местной и центральной власти (в зависимости от ее силы, содержания и характера политики) на институт биев, который при отсутствии такого выраженного деформирующего воздействия выступал в более чистой форме с более выраженными чертами авторитетного третейского суда с элементами

²⁹ Зиманов С. З. Был ли золотой век правосудия на древней земле казахов? // Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования: В 10 т. Т. 3. Алматы, 2004. С. 17. — См. также сборники статей С. З. Зиманова о казахском суде биев, в том числе из десятилетнего издания «Древний мир права казахов» на русском, казахском, английском и турецком языках: Зиманов С. З. 1) Казахский суд биев — уникальная судебная система. Алматы, 2008. 224 с.; 2) Қазақтың билер соты — бірегей сот жүйесі. Алматы: Атамұра, 2008. 216 бет; Zimanov S. Z. 1) The Kazakh biy court is the unique legal system. Almaty, 2008. 200 p.; 2) Kazak Biyler Mahkemesi — Emsalsiz Adli Sistemdir. Almatu, 2008. 176 sa.

³⁰ Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. С. 828.

общественного суда присяжных, добровольности обращения к нему и исполнения его решений.

Можно, видимо, согласиться с Фуксом в том, что не все бии оправдывали высокую репутацию бия, что немалое значение имел классовый фактор. Но эти конкретные и личностные моменты не могут заслонять главного — признания социального (хотя и многопланового) характера института биев, важнейший смысл которого заключался в обеспечении гибкости, справедливости и нравственности судебной власти и обычного права, поддержание с помощью социальной институциональной саморегуляции порядка, равновесия и гармонии в казахском обществе. Эта сторона, возможно, под влиянием эпохи, несколько недооценивалась Фуксом.

Многие нормы казахского обычного права, в частности уголовного и семейного, не вписывались в советскую правовую идеологию и явно противоречили советскому законодательству, отличаясь большим гуманизмом, гибкостью, принципами взаимопомощи, социальной саморегуляции, социальным правотворчеством и правоприменением часто без централизованной власти и бюрократии, без идеологической демагогии. В работе Фукса эти нормы и институты обычного права казахов рассмотрены обстоятельно. Автор показывает, что обычное право нередко предоставляло обществу, в частности семье, право прощения, помилования преступника (например, при мужеубийстве, детоубийстве, кровосмешении и т. д.).³¹ В этом отношении концепция Фукса, связывающая подсудность суда биев прежде всего или даже лишь с подвластностью и развитием третейского суда биев в более поздний период, не охватывает всего комплекса явлений, относящихся к суду биев и лишь частично и в какой-то мере внешне характеризует этот институт. Отмеченные в работе Фукса черты и тенденции раскрывали определенные грани эволюции более емкого по своему социальному содержанию института, тесно связанного с механизмами социальной саморегуляции. Тем не менее достаточно глубокое проникновение в исторические слои, связанные с функционированием суда биев в казахском обществе, привлечение богатейшего исторического материала, которые мы наблюдаем в работе Фукса, в советский период были значительным событием для историко-правовой науки.

Размышляя о природе суда по обычному праву, Фукс приходил к выводу о том, что его важная функция заключалась в разрешении противоречий, в предотвращении конфликтов и их разрастания в крупные кровопролития. Суд должен был с помощью состязания, регламентированной

³¹ См., напр.: Там же. С. 693.

процессуальной борьбы сторон сублимировать социальный конфликт в судебный процессуальный. При этом из насильственного и эмоционального разрешения конфликта противоборствующими сторонами суд вычленил рациональное содержательное ядро спора. Суд обязан был обсудить, взвесить вопросы о том, как устранить противоречие, уладить разногласия, удовлетворить стороны спора на основе справедливости (универсального равноправия). Фукс обращал внимание на то, что у разных народов в суде допускались и судебные поединки как средство достижения указанных целей.³²

После того как царское законодательство начало постепенно интегрировать в свою систему и суд биев, судопроизводство на основе обычного права казахов, отмечает Фукс, стало перемещаться в суды аксакалов. В конце XIX в. к ним стали чаще обращаться казахи, желающие избежать рассмотрения дела официальными судами биев.³³

Во многих частях работы Фукса имеются интересные сравнения однотипных институтов обычного права разных народов Европы и Азии различных исторических периодов.

Фукс дифференцированно анализирует обычное право казахов и шариат, отмечает различия между ними, в частности более гуманный, по его мнению, характер обычного права, нетипичность для него некоторых видов наказания, свойственных шариату. Например, он обращал внимание на то, что телесные наказания не характерны для обычного права и в отличие от шариата являются для обычного права казахов, скорее, исключением. Расширение применения телесных наказаний ученый рассматривал как результат влияния шариата на почве развития феодализма.³⁴

Исследуя вопросы правового регулирования собственности и ее защищенности в кочевом обществе, Фукс отмечает наличие разных принципов права и поведения по отношению к своим соплеменникам и другим. И в этом автор склонен больше доверять источникам, отражающим знание народной жизни. Многие российские источники того времени изобилуют жалобами на кражи и грабеж, примирительное отношение к ним и отсутствие защищенности частной собственности в казахском обществе. Подобные свидетельства, по мнению Фукса, хотя и не были лишены порой оснований, но «дурно пахнут великодержавным шовинизмом, презрительным отношением царского чиновника и чиновного литератора к “дикому” “степному и легкомысленному”

³² Там же. С. 780–781.

³³ Там же. С. 815–816.

³⁴ Там же. С. 753.

народу, попыткой объявить его “воровским” народом и тем хотя бы отчасти оправдать жестокость колониальной политики царизма». ³⁵ Фукс признает подобные суждения результатом поверхностного знакомства с реальной жизнью казахского общества, сложным, но устойчивым механизмом защиты частной собственности. ³⁶

С этим же автор связывал и недопонимание представителями царской администрации природы и смысла института барымты, которая часто отождествлялась ими с любым грабежом. ³⁷

Фукс соглашается с мнением Радлова, подтверждаемым китайскими источниками, о том, что «следует прежде всего различать отношение к собственности внутри каждой общественной ячейки рода, племени, народа от отношения к собственности чужеродцев, иноплеменников, иностранцев». ³⁸ Фукс признает многовариантность отношений собственности в казахском обществе и адекватную этому многообразность отношения к ее защите в казахском обычном праве. ³⁹ Фукс приходит к выводу о том, что «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». ⁴⁰ Он отмечает также отсутствие четко выраженной иерархии в уголовно-правовой защите частной собственности внутри казахского общества в зависимости от социальной принадлежности ее субъекта (феодалов и крестьян) и приходит к выводу о том, что в этом проявлялось противоречие между потребностями экономического развития и тормозящей это развитие патриархальной политико-правовой надстройкой. ⁴¹ В то же время Фукс констатировал, что «частная собственность давно стала универсальной основой всего общественного строя». ⁴²

В отдельных случаях в работе Фукса высказываются и предположения о возможном влиянии отдельных институтов тюркского права на

³⁵ Там же. С. 1030.

³⁶ Там же. С. 1030–1031.

³⁷ Там же. С. 619–620. — См. также: *Таукелев А. Н.* Чокан Валиханов о понятии барымты // Чокан Валиханов и современность: Сб. матер. Всесоюзной научной конференции, посвященной 150-летию со дня рождения Ч. Ч. Валиханова / Отв. ред. Ж. М. Абдильдин. Алма-Ата, 1988.

³⁸ *Фукс С. Л.* Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. С. 1032.

³⁹ Там же. С. 1033.

⁴⁰ Там же. С. 1041 (сохранено выделение автора).

⁴¹ Там же.

⁴² Там же.

европейские варварские Правды (в частности, «9-ти кратного штрафа за кражу у монгольских и тюркских племен Ср. Азии»⁴³).

При подготовке книги к публикации сохранены особенности текста, за исключением явно необходимых исправлений допущенных неточностей (они в таком случае, как правило, оговариваются в примечаниях). В квадратные скобки взяты слова, вставленные при редактировании работы и отсутствующие у автора. Сохранены имеющиеся в ряде случаев в примечаниях Фукса указания «С. Ф.» (но он не везде их ставил, в таком случае они добавляются в квадратных скобках). Примечания самого Фукса помещены в конце и обозначены цифрами в наклонных скобках. Примечания исследователей, готовивших текст к публикации, даны постранично для удобства читателей.

В целом, работа С. Л. Фукса, которая наконец-то может стать доступной для читателей, думается, вызовет значительный интерес и сыграет свою роль для развития дальнейших исследований истории права, особенно обычного права.

доктор юрид. наук, профессор,
ректор Казахского гуманитарно-юридического университета
(КазГЮУ, г. Астана)
С. Ф. Ударцев

доктор юрид. наук, профессор,
ректор Карагандинского университета «Болашак»
(г. Караганда)
Н. О. Дулатбеков

⁴³ Там же. С. 1188.

С. Л. ФУКС ҚАЗАҚТАРДЫҢ КӨШПЕЛІ ҚОҒАМЫ, МЕМЛЕКЕТІ МЕН ҚҰҚЫҒЫ ТУРАЛЫ

(Кіріспе орнына)

Савелий Львович Фукс (1900–1976) — Қазақстан мемлекеті мен құқығы тарихының негізін салушылардың бірі. Ол Ұлы Отан соғысы жылдарында Алматы мемлекеттік заң институтында бірінші болып Қазақстанның мемлекеті мен құқығының тарихы туралы дәрістер оқи бастады және тарихи-құқықтық ғылымның осы саласында бірінші болып докторлық диссертация дайындап, қорғады. Оның еңбектері, өзінің досы және әріптесі Т. М. Күлтелеев¹ пен жас ұрпақтың өкілі, қазақстандық академик С. З. Зимановтың² кейінірек жазылған жұмыстарымен қатар, Қазақстан мемлекеті мен оның құқығы тарихына ұлан-байтақ дала кеңістігін мекендеген халық тіршілігінің ұйымдастырылған нысаны туралы, олардың эволюциясының ерекшеліктері мен механизмдері туралы тақырыптың негізгі аспектілерін дайындауды жалғастырған зерттеушілердің³ қатарын тартты.

¹ Қараңыз: *Күлтелеев Т. М.* Уголовное право казахов. Алма-Ата, 1955. Соңғы жылдары кітап екі рет қайта шығарылды. Тағы да қараңыз: *Тлетина Ш.* Эволюция государственно-правовой науки в Казахстане (1930–1991 гг.) / Вступит. ст. (С. 3–10) и отв. ред. С. Ф. Ударцев. Алматы: КазГЮУ, 2005. 540 с.; *Ударцев С., Панфилов А.* В «Әділет» учреждены стипендии имени Ж. Ақпаева и Т. Күлтелеева // Научные труды «Әділет», № 1(7), 2000. С. 164–165.

² Қараңыз: *Зиманов С. З.* 1) Общественный строй казахов первой половины XIX века. Алма-Ата, 1958; 2) Политический строй Казахстана конца XVIII и первой половины XIX века. Алма-Ата, 1960; 3) Россия и Букеевское ханство. Алма-Ата: Наука, 1982. Тағы да қараңыз: Салык Зиманович Зиманов (биобиблиографический справочник) / Сер. «Классики юридической науки Казахстана». Алматы, 2003. С. Ф. Ударцевтің кіріспе мақаласы орыс (9–56 б.), қазақ (57–109 б.) және ағылшын (110–153 б.) тілдерінде жарияланған. (*Кітапты Г. М. Әлімжанова мен С. Ф. Ударцев бірлесе дайындаған*) — 9 б.т. әр тілде 3 б.т. (жалпы көлемі 15 б. т. шамасында).

³ Қараңыз, мысалы: Материалы по казахскому обычному праву. Сб. 1. Алма-Ата, 1948 (примеч. С. З. Зиманова). Кітаптың екінші басылымын қараңыз: Материалы по казахскому обычному праву: Сб. Науч.-попул. издание / Сост.: научные сотрудники сектора права Академии наук Республики Казахстан: Т. М. Күлтелеев, М. Г. Масевич, Г. Б. Шакаев. Алматы: Жалын, 1998. 464 с.; *Кенжалиев З. Ж.* Декреты Казахской Автономной Советской Социалистической Республики, отменившие патриархально-феодалные обычно-правовые институты: Автореф.

Фукс өзі үшін де, барлық адамзат үшін де тарихтың жаңа қырын — қазақтардың көшпелі мемлекетін және олардың Қазақстанның Ресейге қосылуына дейін де, сондай-ақ қосылу кезеңіндегі де көшпелі өркениетінің құқықтарының әлі зерттеле қоймаған әлемін ашып көрсетті. Оның еңбегі осы уақытқа дейін өзінің мағынасын жойған жоқ және де көшпелі қоғамның жаңа мемлекеттік және құқықтық ғылыми тұжырымдамасын жасауға қосымша материал бола алады, сондай-ақ олардың ерекшеліктерін, эволюцияларын, тарихтағы орнын тауып, түсінуге көмектеседі деген ойдамыз. XVIII ғ. және әсіресе XIX ғ. қазақтардың дәстүрлі мыңжылдықты ұлттық мәдениетінің, құқығының және соның арқасында пайда болған соттық жүйесінің дамуына ықпал етті. М. М. Әуезов айтқандай, XIX ғ. Қазақстан тарихы үшін «бұл көшпелі өркениетпен қоштасу кезеңі, құлдырау кезеңінің алдындағы әдемі көрсетілген жайт».⁴

дис. ... канд юрид. наук. Алма-Ата, 1986; *Жиренчин К. А.* Реформы управления 60-х годов XIX века в Казахстане и их политические и правовые последствия: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алма-Ата, 1979; *Соныкі.* 1) Политическое развитие Казахстана в XIX — начале XX веков. Алматы: Жеті Жарғы, 1996. 352 с.; 2) Политическое развитие Казахстана во второй половине XIX — начале XX веков: Автореф. дис. ... д-р юрид. наук. Алматы, 1997; *Салық Зиманұлы.* Абай — Ұлы билердің соңы және оның бітім-биліктері туралы // Әйтеке би / Құраст. Г. Бельгер, М. Ақдаулетұлы. Алматы: Атамұра, 1998. 116–154 бб.; *Узбекулы С.* Хан Тауке и правовой памятник «Жеті Жарғы»: Учеб. пособие. Алматы: Өркениет, 1998. Сондай-ақ оның тікелей қатысуымен шығарылған басылымдар да қызығушылық тудырады: Материалы по истории государства и права Казахстана. Вторая половина XIX — начало XX в. / Сост. С. Сартаев и С. Созакбаев. Алматы: Атамұра — Казахстан, 1994. 280 с. Сонымен қатар олардың да кітаптарын қараңыз: Политическая и правовая история Казахстана. Документы и материалы конца XIX — начала XX вв. / Сост. С. Сартаев, С. Узбекулы. Алматы: Қазақ университеті. 2000. 528 с.; Древний мир права казахов. Материалы, документы и исследования. В 10 т. Т. 1. / Гл. ред. С. З. Зиманов. Алматы: Жеті Жарғы. 2001 (кейінгі жылдары тағы да сегіз томы шығарылған және қазіргі уақытта бірегей басылым — қазақтың әдеттегі құқығы бойынша жарияланған материалдар мен еңбектер жиынтығы — аяқталуға жақын). 2003 жылы С. З. Зимановтың жетекшілігімен Н. К. Мынбатырованың қазақтың әдеттегі құқығының контекстіндегі Төле би Әлібекұлының сот шешімдері мен құқықтық идеяларын зерделеуге арналған кандидаттық диссертациясы орындалды (1663–1756). Қараңыз: *Мынбатырова Н. Қ.* Төле бидің соттық шешімдері және қазақтың әдет-ғұрып құқығы. З. ғ. к. ғылыми дәрежесін алу үшін жазылған диссертацияның автореф. Алматы, 2003. Тағы да қараңыз: *Алимжан К.* Вопросы теории обычного права. Алматы, 2003. 320 с.; Государственно-правовая наука в Казахстане. Библиографический указатель. 1930-е гг. — 1991 г. / Авт.-сост. *Глепина Ш. В.*, часть подразделов — Ш. В. Глепина и С. Ф. Ударцев / Под ред. С. Ф. Ударцева. Алматы: КазГЮУ, 2005. 416 с.

⁴ *Шашкова Л.* Судьбы высокая стезя [интервью с М. М. Ауэзовым] // Казахстанская правда, 5 января 2008 г. С. 4.

Ұлы Отан соғысы жылдары Алматыда болып, көпшілік біле бермейтін тарихи көздермен танысқан ол, тарихтың белгісіз қабаттарына қызығушылық танытты және Украинаға келген соң да оны қалдыра алмады. Фуксқа өткен жүзжылдықта ресейлік оқымыстылар, саяхатшылар, қазақ қоғамының тұрмыстық өмірін бақылау әкімшілігінің өкілдері жинақтаған қазақтардың әдеттегі құқығы туралы бай, бірақ жан-жақта шашылған материалдарды қорытындылау, мәнін түсіндіру, жүйелеу тарихи миссиясы жүктелді.

С. Л. Фукстың 1948 жылы Мәскеуде қорғаған докторлық диссертациясы тандалған бағыт бойынша атқарылған көп жылдық белсенді жұмыстардың қорытындысы болып табылады.

Көп жылдар бойы Фукстың негізгі еңбектерінің қолжазбаларының қайда екені белгісіз болды. Бұл туралы кеңес үкіметі дәуірінде шығарылған Фукстың кітабындағы алғысөзінде С. З. Зиманов та жазған.⁵ Ш. В. Тлепина 2003 жылы Мәскеудегі заң шығару институтының және Ресей үкіметі жанындағы салыстырмалық құқық институтының мұрағатында Қазақстанның мемлекеттік-құқықтық ғылымының тарихы бойынша докторлық диссертациясына материал жинап жүргенде бұл кітаптың қолжазбасын тапқан. Диссертацияның қолжазбасын көріп, Тлепина Мәскеуден Алматыға ғылыми кеңесшісі С. Ф. Ударцевке телефон шалады.

Қолжазбаны жарыққа шығаруға дайындау үшін әдеттегі құқық теориясы мен тарихының маманы К. Әлімжан да шақырылды. Бірақ Фукстың кітабының ғылыми басылымға шығуы бірнеше жылдарға созылды. Ол С. Ф. Ударцевтің жұмысбастылығына және Астанаға жұмысқа ауысуына тікелей байланысты болды. Бұған дейін 2004–2005 жж. басында С. Ф. Ударцев пен Н. О. Дулатбековтың арасында Қарағандыда «Шедевры юридической науки Казахстана» сериясымен кітап шығаруға және оның кіріспе сөзін дайындауға байланысты өзара келісім жасасылды. 2007 жылдың көктемінде ҚазМЗУ мен СПбГУ баспасы арасындағы қатынастардың дамуы кезінде баспа осы еңбекті

⁵ *Зиманов С. З.* От редактора // Фукс С. Л. Обычное право казахов в XVIII — первой половине XIX века / Под ред. С. З. Зиманова. Алматы: Наука, 1983; *Кейінірек С., Зиманов С. Л.* Фукс диссертациясының үзінділерін жарыққа шығарды. Қараңыз: *Фукс С. Л.* История казахского права по русским источникам XVIII–XX вв. // Қазақтың ата заңдары: құжаттар, деректер және зерттеулер. — Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования: 10 томдық / Бағдарлама жетекшісі С. З. Зиманов. Т. 2. Алматы: Жеті Жарғы, 2003 (Казахский академический университет). С. 412–432. Бұл жерде кішкене қате кеткен. 1948 жыл 1918 жыл ретінде көрсетілген. Қараңыз: Сонда С. 412. Осы жағдайда сол еңбектің 1-бөлімінен үзінділер келтірілген.

СПбГУ-де шығару туралы ұсыныс жасап, бұл ұсынысты кітапты дайындауға қатысқандардың барлығы да қолдады.

Еңбек оның арнайы сақтау орнында болғандығы туралы белгімен табылған, бұл оған бір кездері тыйым салынғанын, оқшауланғанын білдіретін.

Неліктен Фукстың еңбегіне ұзақ уақытқа тыйым салынып, ол арнайы жерде сақталды? Еңбек неге зерттеушілердің қолына берілмеді? Мұның негізінде саяси және идеологиялық мәселелер жатыр деп болжауға болады. Сталиндік кезеңнің соңы репрессиялар мен реакциялар толқынымен ерекшеленетін. Бұл толқындар соғыстан кейінгі қоғамда адамдардың Еуропаға қарай және кері жаппай қозғалысының нәтижесінде, одақтастарға уақытша ашықтықтың, олардың өмірімен, тұрмысымен, қоғам ұйымдастырылуымен жақынырақ танысудың нәтижесінде пайда болған либералды, азаттық тенденцияларын, идеялар мен көңіл күйлерді шектеуі қажет еді. Сталиннен кейінгі кезеңдегі тексерулер, ревизиялар, ғылыми мекемелердің қайта құрылулары, әдеттегіше, әлі де тоталитарлық режим жағдайында жүргізілген идеологияны ревизиялаумен синхронды еді. Тексерушілерде, оның үстіне бұл тақырып бойынша маман емес тексерушілерде әдеттегі құқықты оның институттарын жан-жақты талдай отырып, халықтың табиғи өмірімен терең байланысын көрсете отырып, оның үстіне жан-жақты салыстырмалы-құқықтық материалдарды қоса бере отырып, өте терең зерттеу күмән туғызуы мүмкін деп ойлауға болады. Мұндай жағдайларда асыра сақтанғыштар, әдетте, жекелеген шығармаларды, тарихи құбылыстарды амнистиялауға дайын еместер жетіп-артылатын.

Сонымен қатар, диссертацияны құпиялауға оны арнайы кітап сақтау ғимараттарында сақтауға ықпал ететін жұмыста көрсетілген ішкі себептер — Фукстың көзқарастары да болуы мүмкін еді. Егер біз Фукстың зерттеулеріне назар аударсақ, онда оның қазақ қоғамының тарихына, көшпелі мемлекеттілікке деген теориялық көзқарастары ресми кеңестік доктринаға толық сәйкес келмейтіндігін көреміз. Ол Қазақстанның Ресейге қосылуының патшалық кезеңін отарлық түрде сипаттады.

Тағы бір ескерту. Фукстың еңбегіндегі «Преступление против религии» тарауында (1167–1179) шариаттың қазақ әдеттегі құқығына әсері, діннен безгендерді (соның ішінде христиан дінін қабылдағандарды) және т.б. жазалау туралы жазылған жерлерінің шетіндегі «оқырмандар» алаңшасында белгі қойылған және қарындашпен сызылған оншақты жер бар. Бұл да диссертацияны құпиялауға жанама себеп болуы мүмкін.

Осының барлығы жұмысқа тыйым салуға, оны кітаптар түрмесіне — арнайы кітап сақтау қоймасына жабуға әсер етті.

Фукс мәселелердің кең ауқымын қамтитын маңызды ғылыми еңбектерімен әйгілі. Ол құқықтың бірқатар салаларындағы жекелеген мәселелер жөніндегі, мемлекет пен құқық эволюциясының бірқатар өзекті теориялық проблемалары жөніндегі ғылыми мақалалардың авторы, бұл ғалымның тарихи еңбектеріндегі қорытындылаудың жоғары деңгейін түсіндіреді. Оның ертеректегі мақалалары зерттеушілерді мемлекет және құқық тарихын терең тарихи негіздеуге дайындаса, ал оның теориялық жарияланымдары оның тарихи ізденістерін толықтырып, жалғастырып, қолдап отырды. Оқымысты ретінде Фукстың шығармашылық потенциалы Қазақстан мемлекеті мен құқығы тарихы жұмысына терең тарихи және теориялық қорытынды жасауға, мемлекет және құқық эволюциясы мен олардың жекелеген институттарын қарастыруға мүмкіндік берді.

Айта кететін нәрсе, Фукстың теориялық дәлелдемелері марксизмнің негізін салушылардың идеяларын догматикалық кеңестік түсіндіруді қайта қараудың (дамытудың) жекелеген мәселелеріне де қатысты болды. Болашақ «жартылай мемлекет» идеясы, мемлекеттің тарихи формалары мен функциялары эволюциясының барысы оған, тарихшы болғандықтан, жақын және түсінікті болатын, ол мемлекеттің ежелгі формаларының эволюциясын көп жылдар бойы зерттеген, ірі орталықтандырылған мемлекет және бұрынғы тарихи даму кезеңі халыққа жеткілікті сәйкес келетінін сипаттаған. Мысалы, Фукс қалдықтарын хан сайлауында көрген «ежелгі тайпалық мемлекеттілік» туралы, «көшпелі мемлекеттердің мұралары» туралы жазды.⁶ Ғұндардың мемлекетін Фукс «варварлық тайпалық мемлекет» ретінде қабылдаған.⁷ Өткен өмірді зерттеу оны сол кездері өзгерген және сонымен бір мезгілде догматикалық марксизмді қайта қарастыру, оның догмаларынан бас тарту формасы ретінде роль атқарған болашақ туралы көзқарастарды қабылдауға даярлады. Жалпы, К. Маркс және Ф. Энгельс және олардың идеялар жүйесі ғалым ретінде Фуксқа және оның ойшыл замандастарына (И. В. Сталиннің партиядағы идеологиялық қондырғылары мен көзқарастарынан өзгеше) идеологиялық-догматикалық бағдар болып қана қоймай, ол даму деңгейі жоғары ХІХ ғ. еуропа ғылымына өзінше бір

⁶ Қараңыз: *Фукс С. Л.* Очерки государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. [Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. Машинопись в 6 переплетах (томах)]. Харьков, 1948. С. 282, 311.

⁷ Сонда. 316 б.

терезе болды. Мұны марксизмге қарай жекелеген идеологиялық реверанстар жасаумен, партиялық құжаттардан және И. В. Сталиннің сөздерінен саяси және идеологиялық үзінділер келтірумен, олардың дұрыстығы мен ғылымилығын атап көрсетумен толық бүркемелеу қиын.

Фукстың диссертациясындағы кейбір мәселелер бойынша көзқарастарына және зерттеудің құпиялану себептерінің біріне диссертацияның мына бір жерінде түсінік беріледі: «Осы жұмыста «Истории Казахской ССР с древнейших времен до наших дней» кітабы сынға алынған. Автор аталған кітапты жазуға қатысқан. Ұсынылған жұмыста аталған сындар өз кезегінде өзіндік сын болып саналды»⁸ (эл. нұсқаның 36 б.). Фукс партияның ОК қаулылары мен «Большевик» ресми-идеологиялық журналында жарияланған Қазақстан тарихы бойынша кітап сыналған мақаладан үзінділер келтіруге мәжбүр болды.

Фукстың диссертациясында қазақтардың көшпелі өркениетін және оның мемлекеті мен құқығын концептуалды түсінудің бірқатар маңызды мәселелері қарастырылған.

Қазақстанның соңғы ғасырлардағы және Ресейге қосылу процесіндегі мемлекет және құқық тарихын зерттеуге кірісе отырып, Фукс Қазақстанды феодализмінің классикалық батыс-еуропалық жалпы заңдылықтарына қарай «енгізе салу» жеткіліксіз деп есептеген. Ол халықтың мемлекеттік-құқықтық дамуының өзіндік ерекшеліктерін ескере отырып, көшпелі қоғамның элементі ретіндегі мемлекет пен құқық эволюциясының ерекшеліктерін көрсету де маңызды деген қорытындыға келді. Автор батыс-еуропалық марксизмді догматикалық интерпретациялауға негізделген ресми кеңес идеологиясы көшпелі құрылыс эволюциясының заңдылықтарын түсінуге мүмкіндік бермейді деп көрсетеді. «...Қазақстандағы мемлекеттік механизмінің ашық көрінуі және мемлекет дамуының бағыттарының әртүрлілігі даусыз. Оларды көшпелі мал бағушылардың феодализмінің даму жолдары таңқалдырады. Қазақстанның мемлекет және құқығының тарихшысы нақты тарихи зерттеулер жолында көшпелілер феодалдық теориясын әрі қарай жалғастыруға мәжбүр болады. Осыған орай көшпенділердің әлеуметтік-экономикалық аспектілеріне қарағанда феодализм мәселесі толық зерттелген деп санауға болмайды, сондықтан көшпелі феодалдық ұйымның саяси және құқықтық құрылымдары алдын ала сәтсіздікке ұшырайтыны мәлім».⁹

⁸ Сонда. 10 б.

⁹ Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. [Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. Машинопись в 6 переплетах (томах)]. Харьков, 1948. С. 113–114.

Фукс жұмыстарының құндылығы оның көп қатынастарда әдеттегі құқыққа салыстырмалы-құқықтық зерттеу екендігінде. Автор батыс-еуропалық институттармен, оның ішінде рим, ирланд, швед, франктер құқықтарымен салыстыруды кең қолданады. Жұмыста қазақ мемлекеттік және құқықтық институттары мен әдет-ғұрыптарын монғол, орыс, өзбек, үнді әдет-ғұрыптарымен салыстырмалы талдау жүргізілген. Сонымен қатар Фукстың әдеттегі құқық институттарын көптеген интерпретациялаулары назар аударуға тұрарлық және бүгінде ол Қазақстан мемлекеті мен құқығы тарихын саналаудың бір сатысы, көшпелі қазақ мемлекеті мен құқығын әрі қарай зерттеу үшін пайдалы, бай материалдың қорытындысы ретінде саналады.

Көшпелі қоғамда мемлекеттің пайда болу процесін қарастыра отырып, Фукс қоғамдағы биліктің әлеуметтік негізінің трансформациялану ерекшеліктерін атап көрсеткен: «Рулық-тайпалық ақсүйектер ығыстырылмайды, жойылмайды, тек біртіндеп меншік иесі табына айналады... Малшылар-көшпелілер қоғамында... таптық биліктің бәсекелестікті білмейтін рулық-тайпалық ақсүйектікке өтуі кезінде рулық-тайпалық ұйымдастырылу таптық биліктің тетігі ретінде сақталады. Ол жаңа таптық мазмұнмен толығы отырып, формасын біртіндеп өзгертеді...».¹⁰

Фукс XVIII ғ. екінші жартысынан бастап Ресей мен Қытай бұрынғы қоныстардың бір бөлігін бақылауға алған кезде жайылымдарды феодалдық басып алуды күшейткен геосаяси факторларға назар аударған.¹¹

Зерттеушінің пікірі бойынша, қоныстану аудандарын басқару құқығы немесе көшпелілердің аудандарын басқару құқығы мен көшпенділерді басқару құқығын ажырату маңызды. Көшпенділерді басқару құқығын ол жер меншігінің элементі ретінде қарастырған.¹² Зерттеушінің ойынша, меншік қатынасының тағы бір ерекшелігі жерге меншікке қарағанда көшпелі қоғамдағы малға деген меншік бірінші болып саналған. «...Көшпелі мал шаруашылығы жағдайындағы мал байлығы қатардағы малшыларға ақсүйектердің билігін тұрақтандыру үшін экономикадан тыс мәжбүрлеудің жеткілікті базасы болып табылады, - деп жазды Фукс. Бұл билік көшу жолы мен жол тәртібін алдын ала жазуда қатардағы мал шаруашылығын басқару үшін қажет, бірақ билік көшпелі бақташы аудандардың мүмкін болатын жойылулары-

¹⁰ Сонда. 139 б.

¹¹ Қараңыз: сонда. 152 б.

¹² Қараңыз: сонда. 156 б.

на негізделмейді. Ол жайылым территориясында емес, мал иелерінің қолдарындағы концентрацияға негізделеді. Сонымен, ХІХ ғ. дейінгі қазақ қоғамындағы жер қатынастарын басқару бағыну қатынастарының негізі ретінде қарастыруға болмайды, керісінше, жерге меншік малға меншік концентрациясы негізіндегі экономикалық қатынаста пайда болады және дамиды...».¹³

Фукс — көшпелі мемлекет мәселесін алғашқы рет қойғандардың бірі. Қазіргі уақытқа дейін мемлекеттің пайда болуының теориялық мәселелері толық зерттелмеген және зерттеушілердің мемлекеттілік құбылысының табиғатына ену дәрежесіне қарай айқындалып келеді. Осығын байланысты айта кететін нәрсе, мемлекеттің белгісі ретіндегі территория (территориялық ұйымдастыру, қол астындағыларды территориялық бөлу) мемлекеттің динамикалық, өзгермелі белгілеріне жатқызылуы мүмкін. Маңыздысы — оның көлемі емес, бар болуы, абсолютті тұрақтылығы және кескіні. Тарихта көптеген нәрселер өзгереді және қозғалыста болады. Осы мағынада көшпенділер территориясы ғасырдан-ғасырға ұласқан маршруттарды, олардың аялдамаларын, қыстақтарын, жайылымдарын және олардың басқа ру қоныстарымен анықталатын шекараларын қамтиды. Бір ғана қорғалатын территорияда қауымдастықтың мұндай ритмикалық, циклдік ынтымақтастықта өмір сүруі мемлекеттік билік пен құқықтың таралу ортасының территориялық анықтылығының нұсқасы ретінде қарастырылуы мүмкін. Құқықтың құжаттық көздерінің, оның ішінде халықаралық құжаттардың таратылуы негізінде сыртқы шекаралар құжат түрінде көшпелі шаруашылықты, биліктің көшпелі ұйымын сақтауда бекітілуі мүмкін.

Патшалықтың трансформацияға деген саяси реформалары белгілі бір мағынада көшпелі өркениеттің территориялық белгіленген мемлекеттілігіне динамикалы түрде бағытталған. Бұл саяси құрылымдар, билік және экономикалық қатынастар арасында белгілі бір қосымша сәйкессіздіктер мен қарама-қайшылықтар туындатты және олардың келешекте шешілуін талап етті.

Көшпелі өркениет жағдайында, Фукстың пікірі бойынша, көшпелілердің тіршілік циклдері жүзеге асырылатын ашық және аз қорғалған территорияларды қорғау маңыздырақ. Осыған байланысты, Фукс қазақтардағы жауынгерлік және рыцарлық рух туралы, қазақ жауынгерлерінің батырлық даңқы туралы әр алуан айғақтарға назар аударған. Ол көшпелі мемлекеттің ерекшелігі — ханның ең ал-

¹³ Қараңыз: сонда. 181–182 бб.

дымен көшпелі өркениетте жерді қорғаудың сыртқы функцияларын жүзеге асыруы, ал ішкі функциялардың екінші орынға ысырылуы деген қорытындыға келген.¹⁴ Фукс бойынша, хан — ең алдымен, бас қолбасшы,¹⁵ ал қазақ қоғамының саяси құрылымын империяға дейінгі монғол тайпаларының әскери демократиясының «алыс мұрагері», бірақ демократия жойылған империяның мұрагері емес деп есептеген. Фукстың пікірі бойынша, монғол империясының қысқамерзімді және «атүсті» билігі көшпелі тайпалардың қоғамдық және мемлекеттік құрылымын өзгерте алмады. Ерекше рольді ол, өзі жазғандай, «спецификалық әскери бояуды қазақтардың жалпы саяси құрылымына хабарлаған»¹⁶ жауынгерлерге берді.

Қазақ мемлекеті мен құқығы эволюциясында ұзақ уақыт бойы «ерте мемлекеттілік» тенденциясын бекіту жүргізілді. Оны бұл, мысалы, қазақ мемлекетін бекітуге тырысқан, бірақ оны дәстүрлі мемлекеттік нысандардан бас тарту арқылы емес, негізінен оларды бекіту жолымен жасауға әрекет еткен Тәуке ханның әрекетінен көрді. Тәукенің әдеттегі құқық жинақтарының жекелеген жаңа сәттері оны «Қасым ханның қасқа жолынан» және «Есім ханның ескі жолынан» басқа жаққа алып кетпейді.¹⁷ Абылай, Арынғазы және Кенесары хандығының кезеңдерін ғалым мемлекеттік-құқықтық нысан тұрғысынан орталықта және жергілікті билікте хан билігі жоғарылап және оның мазмұны өзгере бастағанда «архаикалық мемлекеттілік дәстүрлерін итеріп тастап, күшті орталықтандырылған мемлекеттік билікті құруға тырысу»¹⁸ ретінде сипаттайды. Фукс осыдан Абылай, Арынғазы және Кенесары хандар кезінде «қазақ мемлекеттілігінің толық жойылуы қарсаңында оның тарихи өрлеуіне алғышарттар құрылады» деген қорытынды жасайды.¹⁹

Қазақстанның Ресейге қосылуының саяси салдарларын қарастыра отырып, Фукс патшалықтың отарлық саясаты жағдайында «жұмысшы бұқара халыққа аса қымбатқа түскен» «күйзелісті және баяу экономикалық даму» «қазақ ұлттық мемлекеттілігінің қайта өркендеуі үшін ешқандай алғышарт жасамағандығына» назар аударады, оның

¹⁴ Сонда. 348–349 б.

¹⁵ Қараңыз: сонда. 353 б. Фукс бұнда «асыра сілтеуді» «билік басындағы атқамінерлердің құқылы емес іс әрекеттері» сөзінен алынған деп пікір білдіреді, бірақ ол осы сөздің «жүру», «жүріс» секілді сөздерінің «атшы», «жоғарғы», «аттылы» сөздерінің синонимі ретінде қолданумен байланысын толық түсіндірмейді.

¹⁶ Сонда. 358 б.

¹⁷ Сонда. 484–485 бб.

¹⁸ Сонда. 533 б.

¹⁹ Сонда. 533 б.

пікірінше, бұл мемлекеттілік 1917 жылдан кейін өркендеп, дами бастайды.²⁰

Фукстың пікірі бойынша, қазақ мемлекеті мен қазақтың әдеттегі құқығы бір-біріне сәйкес келетін жүйе ретінде өмір сүрді. Фукс XIX ғ. «қазақ мемлекеттілігінің құлауы» және «патриархалдық-феодалдық құрылымның таратылуы» фактісін белгіледі. Бұл кезеңде ол жаңа жағдайларда барымта институтының мәнінің өзгергендігін атап өтті. Бұрын ол әдеттегі құқықтың бекітілген процессуалдық институтының бірі болатын, XVIII ғ. оның формасын «феодалдар арасындағы өзара соғыс» киді, ал кейіннен барымтаны байлардың малдарын тартып алу үшін кедейлер қолданатын болды. Қазақ мемлекеттілігінің жойылуы жағдайында ол реттеп отырған барымта институты «барымтадан пайдалану көзін көретін туыстық биліктегілерді мадақтайтын жай тонауға» айнала бастады.²¹

Фукстың соттың пайда болуы туралы ойлары да қызықты. Ол мынадай қорытындыға келеді: сот және сот өндірісі ерте қоғамда факторлардың екі тобының — ішкі тайпалық даулар мен тайпааралық даулардың ықпал етуінен пайда болады. Сот билігі әр түрлі деңгейдегі дауларды шешу қажеттілігінен туындайды. Оның мақсаты — келіспеушіліктерді шешу, әлемді қолдау, қақтығыстарға жол бермеу. Процессуалдық құқық пен сот құрылымы «осындай қарастыру тәртібін тұрақтандыратын тайпалық қоғамға дейінгі әдеттерден халықаралық дауларды шешудегі делдалдың қажеттілігімен және таптық қоғамның пайда болумен бірге туындайды».²² Фукс таптық қоғам дәуіріндегі биліктің мемлекеттік жүйесі қоғамның барлық сәйкес деңгейде, соның ішінде руаралық деңгейде де ұйымдастырылуын қамтамасыз етеді. Осыған байланысты түрлі нысандағы сот өндірісі мен процессуалдық құқық, мемлекеттік нысанға қарағанда, ежелгі нысанға сәйкес келеді. Фукс аталған мәселелерді кеңестік марксизмдегі догматикалық теорияда орын алған түсіндірмелерден гөрі кеңірек түсіндіруге ұмтылды, ол, жоғарыда айтылғандай, мемлекеттің маркстік ғылымның көлеңкесінде қалған кейбір ерте нысандарына назар аударды. Қазіргі ғылым құқық пен соттың мемлекетке дейінгі және тапқа дейінгі нысанының болу мүмкіндігін жоққа шығармайды.

Фукстың әділ сотты жүзеге асырудың ішкі тайпалық және тайпааралық аспектілерін жіктеуі оның қарама-қайшылықтардың бірқатар маңызды

²⁰ Сонда. 534 б.

²¹ Сонда. 624 б.

²² Сонда. 654 б.

аспектілерін — мемлекеттік ұйымдастырылған қоғамдағы соттың әлеуметтік және таптық табиғатын бөліп көрсетуіне мүмкіндік берді. Осыған байланысты ол тайпааралық дауды шешудің еркін, баламалы, ал тайпаішілік дауды шешудің бәсең баламалы сипатына назар аударды. Бірінші жағдайда, оның көрсетуінше, тараптар еркін келісіп, биді таңдау мүмкіндігіне ие болса, екінші жағдайда, көбінесе тайпа әкімшілігінің — старшындар, билер, сұлтандар мен хандардың сот билігіне мойынсұнуға тура келді, бұдан, оның пікірінше, «қазақ юстициясының таптық сипаты»²³ байқалды. Фукс Қазақстандағы сот құқығының белгілі бір дәрежеде екі жақты болғандығы туралы қорытындыға келеді және «әділ соттың көрсетілген әрбір саласының ерекше сипаты болғанын»²⁴ мойындайды. Фукс әділ соттың осы екі саласының да ерекше принциптерін — тайпаішілік және тайпааралық юстициясын, олардың өзара әрекеттерін, өзара байланыстарын мойындайды.

Осыған байланысты Фукстың билер сотын талдауының ерекшеліктерін атап өтуге болады. Осы институтты мұқият және жан-жақты сипаттай отырып, сонымен бір мезгілде оны дәріптеушілікке қарсы тұра отырып, Фукс билер соты мен билердің өзін сынға алады. Сот билігінің, олардың қызметіндегі белгілі бір саяси аспектілердің таптық табиғатын негіздей отырып, аталған институттың әлеуметтік аспектілерін жеткілікті дәрежеде бағаламайды, бірақ оның қоғаммен үлкен байланысын, қоғамнан бөлінбейтіндігін көрсетеді. Оның Ш. Уәлихановтың билер соты туралы пікірлеріне біршама скептикалық көзқарасы осыған байланысты, оның пікірлерін Фукс осы сотты белгілі бір дәрежеде дәріптеушілік деп есептеген.²⁵

²³ Сонда. 657 бб.

²⁴ Сонда. 657–657 бб.

²⁵ XX ғ.–XXI ғ. басында Ш. Уәлихановқа арналған және оның көзқарастарын әр түрлі бағалау берілген әдебиеттерден атап өтуге болады: *Лурье А.* Чокан Валиханов — первый казахский ученый и просветитель // Исторический журнал. М., 1943. № 11–12; *Айдарова Х. Г.* Чокан Валиханов. Алма-Ата, 1945; *Булатов С. И.* К вопросу о государственных и правовых воззрениях Чокана Валиханова // Вестник АН КазССР. 1956. № 3 (132); *Бейсембиев К.* Из истории общественной мысли Казахстана второй половины XIX века (Ч. Валиханов, И. Алтынсарин). Алма-Ата, 1957; *Муканов С. М.* Чокан Валиханов. Алма-Ата, 1958; *Дюков Л. В.* Чокан Валиханов как последователь Н. Г. Чернышевского // Ученые записки КазГУ им. С. М. Кирова. Т. 49. Сер. Юридическая. Вып. 6. Алма-Ата, 1960; *Ауэзов М. Ф. М.* Достоевский и Чокан Валиханов // Мысли разных лет. Алма-Ата, 1961; *Зиманов С. З.* и *Атишев А. А.* Политические взгляды Чокана Валиханова. Алма-Ата, 1965; *Сегизбаев О. А.* Исследователь, мыслитель (О Ч. Ч. Валиханове). Алма-Ата, 1974; *Атишев А. А.* Социологические и государственно-правовые взгляды Ч. Ч. Валиханова: Материалы к лекциям по истории государства и права СССР. Алма-Ата, 1979; *Стрекова И.* Валиханов («Жизнь замечательных людей»). М., 1983; *Маргулан А. Х.* Очерк жизни и деятельности Ч. Ч. Валиханова // Валиханов Ч. Ч. Собр. соч.: В 5 т. Т. I.

Қандай да бір дәрежеде бұл мәселені Фукстың өзі үшін де оның қолжазбаларында келтірілген д'Андрэннің²⁶ би-соттарды, би-әскербасшыларды және би-байларды олардың әрбір тобына сипаттама бере отырып, ажырата білу қажет деген көзқарасы айқындай түседі. Бұдан басқа, би-соттар өздерінің білімі, адамгершілік қасиеттері мен әлеуметтік саяси мәртебелері бойынша ерекшеленгендігін жоққа шығаруға болмайды.

Фукс билер сотымен қатар, сот билігін жүзеге асырған хандардың, старшындардың, сұлтандардың соттық қызметтеріне назар аударады. Осы негізде ол ежелгі қазақтардың барлық соттарының третейлік (делдалдық) болғандығы туралы көзқарастарды сынға алады.²⁷ С. З. Зиманов Қазақстандағы ертедегі билер сотының болуының кезеңін әділ сот тарихындағы «алтын ғасыр» болғандығын белгілейді. «Ежелгі нысандағы қазақ әділ соттылығының іргетасы мынадай принциптерге негізделген: а) көшпелі қазақ қоғамының кәдімгі құқықтық жүйесінің логикасы мен негізгі және трансферттік нормаларын білуі мен қол жеткізуі; б) сот пен судьяның сатылып алынбайтындығы; в) әділдік

Алма-Ата, 1984. С. 9–77; *Касымжанов А. Х., Уразбеков А.* Чокан Валиханов — ученый и мыслитель // Вопросы философии. М., 1984. № 5; *Сатыбекова С. К.* Чокан Валиханов и проблемы культуры (к 150-летию со дня рождения) // Философские науки. 1985. № 6; *Сартаев С. С., Ударцев С. Ф.* Ч. Ч. Валиханов — ученый-востоковед, мыслитель, демократ (К 150-летию со дня рождения) // Советское государство и право. М., 1986. № 7; *Сатпаева Ш. К.* Чокан Валиханов и русская литература: историко-филологические очерки. Алма-Ата, 1987; *Бурабаев М. С., Сегизбаев О. А.* Идеинные связи общественно-философской мысли Казахстана и России (вторая половина XVIII — начало XX века). Алма-Ата, 1987; Чокан Валиханов и современность: Сб. матер. Всесоюзной научной конференции, посвященной 150-летию со дня рождения Ч. Ч. Валиханова / Отв. ред. Ж. М. Абдильдин. Алма-Ата, 1988; *Сарсембаев М. А.* Международно-правовые отношения государств Центральной Азии. Алматы, 1995. С. 56–62; *Усеинова Г. Р.* Государственно-правовые взгляды Ч. Ч. Валиханова: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алматы, 1996; *Сегизбаев О. А.* Ч. Валиханов — основоположник казахского Просвещения // Сегизбаев О. А. Казахская философия XV — начала XX века. Алматы, 1996. С. 213–302; *Ударцев С. Ф.* Политические и правовые взгляды Чокана Валиханова / Чокан Валиханов. Записка о судебной реформе / Вступит. ст. и примеч. С. Ф. Ударцева. Алматы: ВШП «Әділет», 1999. С. 5–24; Сонда. Политические и правовые взгляды Чокана Валиханова // Чокан Валиханов. Записка о судебной реформе / Вступит. ст. и примеч. С. Ф. Ударцева. 2-е изд. Алматы: Жеті жарғы, 2004; және басқа. Көркем әдебиеттерден мынадай романдарға назар аудару керек: Шахимарден. [*Қусаинов Ш.*] Скрытый хан. Алматы, 1999. 268 с. Бұл роман сұлтан Шоқан Уалихановтың атынан жазылған. Биографияның көптеген факторлары мен гипотезалары, оқымыстының, ойшылдың және саяхатшының шығармашылық белгілері XIX ғ. ірі қазақ жазушыларының еңбектерінің бірінде көрініс тапқан.

²⁶ *Фукс С. Л.* Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. [Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. Машинопись в 6 переплетах (томах)]. Харьков, 1948. С. 679–681.

²⁷ Қараңыз: сонда 657 б.

моральдық сот шешімдері мен мән ретінде; г) соттың жариялылығы, қолайлылығы және бұқаралылығы; д) сот шешімдерін негіздеу мен дәлелдеу құралы ретінде шешендік өнерді соттардың игеруі; е) жақтар арасында әлемдік келісімдерге қол жеткізу мен азаматтық әлемді тұрақтандыруға соттардың бағдарлылығы мен бағыты».²⁸

Фукстың қорытындыларында партиялық-идеологиялық бағалаулар әлі де болса көбірек шоғырланған. Оның билер сотының третейлік (делдалдық) табиғаты туралы, буржуазиялық-ұлттық сипаты туралы қорытындысын адасқандық деп қабылдауға болмайды, яғни билердің соттық билігі олардың моральдық беделдеріне негізделген.²⁹

Сонымен қатар, билер сотына тән әлеуметтік өзіндік реттіліктің маңызды элементтері, адамгершілік, қоғамдағы беделділік, ұйымшылдық, әділдікті бекіту, әлеуметтік құндылықтарды сақтау мен қорғау секілді заңдылықтар мен тенденцияларды бағаламай кетуге болмайды. Барлық билер билердің жоғары беделін ақтай бермеді деген Фукстың ілімімен келісуге болады. Бірақ осы нақты және жеке тұлғалық сәттер басты нәрсені — қазақ қоғамындағы сот билігі мен әдеттегі құқықты жариялылық, адамгершілік және әділдік тұрғысынан қамтамасыз ететін маңызды мәндегі билер институтының әлеуметтік сипатын жасыра алмайды.

Қазақ әдеттегі құқығының, оның ішінде қылмыстық және отбасылық құқығының көптеген нормалары кеңестік құқықтық идеологияда жазылмады және ашық түрде кеңестік заңдылықтарға қарамақайшы болды. Фукстың жұмысында осы нормалар мен қазақтардың әдеттегі құқығының институттары мәнді негізде қарастырылған. Автор әдеттегі құқықтың қоғамға, оның ішінде отбасына кешірім құқығын, қылмыскерге рақымшылық жасау нормаларын бергендігін көрсетеді.³⁰ Фукстың жұмысындағы белгілер мен тенденциялар әлеуметтік өзіндік реттеу механизмімен тығыз байланысты институттың әлеуметтік мазмұны бойынша кезеңдерінің шектерін қарастырған.

²⁸ Зиманов С. З. Был ли золотой век правосудия на древней земле казахов? // Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования. В 10 т. Т. 3. Алматы: Жеті жарғы, 2004. С. 17; Қараңыз: С. З. Зиманов жазған, құрастырған билер соты туралы жинақтар. 10 томдық «Древний мир казахов». Орыс, қазақ, ағылшын және түрік тілінде шыққан кітаптар: Зиманов С. З. 1) Казахский суд биев — уникальная судебная система. Алматы: Атамұра, 2008. 224 б.; 2) Қазақтың билер соты — бірегей сот жүйесі. Алматы, Атамұра, 2008. 216 б.; 3) The Kazakh biy court is the unique legal system. Almaty: Atamura, 2008. 200 pp.; 4) Kazak Biyler Mahkemesi — Emsalsiz Adli Sistemdir. Almaty: Atamura, 2008. 176 sayfa.

²⁹ Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. С. 828.

³⁰ Қараңыз, сонда. 693 б.

Әдеттегі құқықтағы соттың табиғаты туралы ойлай отырып, Фукс оның маңызды функциясы қарама-қайшылықтарды шешуде, дау-дамайлардың, олардың қантөгістерге айналып кетуінің алдын алуында деген қорытындыға келді. Сот бір-біріне қарама-қарсы тараптардың дау-дамайды күш қолдану арқылы және эмоциялық жолмен шешуінен сол дау-дамайдың маңызды ядросын бөліп ала білді. Сот қарама-қайшылықтарды жою, келіспеушіліктерді жөне қою, тараптардың дау-дамайын әділ сот негізінде қанағаттандыру секілді мәселелерді талқылауға, өлшеп-пішуге міндетті болды. Фукс түрлі халықтардағы соттарда аталған мақсаттарға қол жеткізу құралы ретінде сот сайыстарының да орын алғанына назар аударған.³¹

Патшалық заңдылық өз жүйесіне билер сотын да біртіндеп интерграциялай бастағанда, қазақтардың әдеттегі құқығының негізіндегі сот өндірісі, Фукстың көрсетуінше, ақсақалдар сотына айнала бастады. XIX ғ.соңында оларға істерді ресми билер соттарының қарауынан бас тартқан қазақтар келе бастады.³²

Фукс қазақтардың әдеттегі құқығы мен шариаттың тепе-теңдігін талдайды, олардың арасындағы ерекшеліктерді ажыратады, оның пікірінше, шариатқа тән кейбір жазалау түрлері, әдеттегі құқықтың сипатына сәйкес келмейді, мысалы, денеге зақым келтіргені үшін жазалар, шариатқа қарағанда, әдеттегі құқық үшін тән емес. Денеге зақым келтіргені үшін жазаларды қолданудың кең таралуын ғалым феодализмнің дамуына байланысты шариаттың ықпал етуінің нәтижесі деп қарастырған.³³

Меншікті құқықтық реттеу және оны көшпелі қоғамнан қорғау мәселелерін зерттей отырып, Фукс құқықтың әр түрлі принциптерінің және қатынастар бойынша тәртіптердің бар екенін көрсетеді. Осыған сәйкес, автор халық өмірінің тіршілігін бейнелейтін қайнар көздерге сүйенеді. Фукс аталған пікірлерді жеке меншікті қорғаудың тұрақты механизмі, күрделі қазақ қоғамының нақты өмірінің қорытындысы ретінде таниды.³⁴

Патшалық әкімшілік өкілдерінің кез келген тонау түрінде қабылданған барымта институтының мәні мен табиғатын түсінбеуін автор осымен байланыстырады.³⁵

³¹ Қараңыз, сонда. 780–781 бб.

³² Қараңыз, сонда. 815–816 бб.

³³ Сонда. 753 б.

³⁴ Сонда. 1030–1031 бб.

³⁵ Сонда. 619–620 бб. Қараңыз: Таукелев А. Н. Чокан Валиханов о понятии барымты // Чокан Валиханов и современность: Сб. матер. Всесоюзной научной

Фукс Радловтың «ең әуелі, рудың, тайпаның, халықтың әрбір қоғамдық ұйымының ішіндегі меншікке қатынасты бөгде жерліктердің, бөгде тайпалықтардың, шетелдіктердің меншікке қатынасына нажырата білу қажет»³⁶ деген, қытайлық қайнар көздермен расталған көзқарасымен келіседі. Фукс қазақ қоғамындағы меншік қатынастарының көп түрлілігін және осыған сәйкес қазақтың әдеттегі құқығында оны қорғаудың да көп түрлі екендігін мойындайды.³⁷ Фукс «жеке меншікті қорғау қарқындылығы қандай субъектінің меншік құқығының бұзылғандығына байланысты болады»³⁸ деген қорытындыға келеді. Диссертант субъектінің (феодалдардың және шаруалардың) қандай әлеуметтік топқа жататындығына қарай қазақ қоғамының ішінде жеке меншікті қылмыстық құқықтық қорғауда айқын байқалатын иерархияның жоқтығын көрсетеді және экономикалық даму мен осы дамуды тежеуші патриархалдық саяси-құқықтық құрылымдардың қажеттіліктері арасындағы қарама-қайшылықтар осыдан көрінеді деген қорытындыға келеді.³⁹ Сонымен бір мезгілде ол «жеке меншік барлық қоғамдық құрылымның әмбебап негізі болды»⁴⁰ деп белгіледі.

Фукс жұмысында кейбір жағдайларда түркі құқығының жеке институттарының еуропалық варварлық Шындыққа ықпал ету мүмкіндігі туралы алдын ала болжамдар айтылады (оның ішінде, «Орта Азиядағы монғол және түркі тайпаларындағы ұрлық үшін 9 есе айыппұл»⁴¹).

Кітапты жариялауға дайындауда мәтіннің ерекшеліктері сақталған, тек айқын қателер ғана түзетілген (ондай түзетулер, әдетте, ескертулерде көрсетіледі). Жұмысты редакциялауда қойылған және авторда кездеспеген сөздер тік жақшаға алынған. Кейбір жағдайларда Фукстың ескертулері сақталған. Фукстың өзінің ескертулері соңында қойылған және иілмелі жақшаларда сандармен белгіленген. Мәтінді жариялауға дайындаған зерттеушілердің ескертулері оқырмандарға қолайлы болу үшін әрбір бетте н берілген.

конференции, посвященной 150-летию со дня рождения Ч. Ч. Валиханова / Отв. ред. Ж. М. Абдильдин. Алматы, 1988.

³⁶ Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. [Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. Машинопись в 6 переплетах (томах)]. Харьков, 1948. С. 1032.

³⁷ Қараңыз: сонда, 1033 б.

³⁸ Қараңыз: сонда, 1041 б. Түпнұсқадағы асты сызылған сөз сақталған.

³⁹ Қараңыз: сонда.

⁴⁰ Сонда. 1041 б.

⁴¹ Сонда. 1188 б.

Жалпы алғанда, С. Л. Фукстың енді оқырмандар қол жеткізе алатын жұмысы елеулі қызығушылық тудырады және құқық тарихын, оның ішінде әдеттегі құқықты әрі қарай зерттеуді дамытуда маңызды роль атқарады.

Ударцев С. Ф.,
з.ғ.д., профессор,
Қазақ гуманитарлық заң университетінің ректоры
(ҚазГЗУ, Астана қаласы),

Дулатбеков Н. О.,
з.ғ.д., профессор,
Қарағанды «Болашақ» университетінің ректоры
(Қарағанды қаласы)

С. Л. ФУКС И ЕГО ДОКТОРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ «ОЧЕРКИ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА КАЗАХОВ В XVIII И ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЕ XIX В.»

Довоенный период. Становление ученого

Савелий Львович Фукс (1900–1976) — советский украинский ученый, специалист в области теории и истории права и государства, земельного права, стоявший у истоков науки истории права и государства Казахстана, Украины, СССР.

Это был талантливый ученый, знаток всемирной истории Средневековья, свободно владевший немецким, французским и украинским языками.¹ Он работал профессором Харьковского юридического института (Харьковского ЮИ),² Московского юридического института (Московского ЮИ),³ Алма-Атинского юридического института (Алма-Атинского ЮИ),⁴ Первого государственного юридического института Народно-го комиссариата юстиции (НКЮ) СССР (Первый ГЮИ),⁵ был одним из первых профессоров юридического факультета Львовского университета.⁶ Его лекции привлекали не только студентов, но и преподавателей.

С. Л. Фукс был одним из активных участников институционального становления казахстанской юридической науки. Своими исследованиями он оставил неизгладимый след в истории государственно-правового развития Казахстана. Его докторская диссертация, посвященная проблемам истории государства и права Казахстана, была высоко оценена специалистами.⁷ В ней впервые профессионально применены богатые

¹ Архив Казахского национального университета (далее — А КазНУ). Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 3.

² Государственный архив Российской Федерации (далее — ГАРФ). Ф. 9506. Оп. 14. Д. 148, 857. Личное дело С. Л. Фукса, соискателя ученого звания профессора; А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 8.

³ Центральный государственный архив Республики Казахстан (далее — ЦГА РК). Ф. 1694. Оп. 1. Д. 535. Л. 24; А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 7.

⁴ ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 13. Л. 148; А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 5, 6.

⁵ ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 14. Л. 136, 146, 148.

⁶ 70-летие профессора С. Л. Фукса // Проблемы правоведения. Киев, 1971. Вып. 20. С. 136.

⁷ См., напр.: *Зиманов С. З.* От редактора // Фукс С. Л. Обычное право казахов в XVIII — первой половине XIX века. Алма-Ата, 1981. С. 4.

источниковедческие сведения из истории государства и права казахов XVIII–XIX вв. Его работа раскрывает научные знания, мастерство исследователя, оригинальность правовой мысли автора, что делает ее актуальной и в настоящее время. Однако биография, научная и общественная деятельность С. Л. Фукса известны мало. В настоящей статье биографические и библиографические сведения приводятся на основе немногочисленных архивных данных, обнаруженных в Казахстане, России, Украине, и некоторых литературных источников, а также с учетом информации, полученной по нашим запросам.

Савелий Львович Фукс родился 21 февраля по старому стилю (5 марта) 1900 г.⁸ в семье служащего в г. Гродно (Беларусь), умер 3 декабря 1976 г. в г. Харькове, где и похоронен. В автобиографии он писал: «До 1914 г. учился в Гродненской гимназии. В 1914 г. в связи с первой империалистической войной выехал с матерью и сестрой в Полтаву, где в 1917 г. закончил Первую Полтавскую гимназию. Отец мой, будучи разбит параличом, остался в Гродно, где и скончался. С 1915 г. содержал семью, добывая средства к существованию репетиторством. В 1917 г. поступил в Московский университет на юридический факультет и выехал в Москву, однако ввиду тяжелого материального положения семьи, вынужден был вернуться в Полтаву, а затем переехал с семьей в Харьков, временно прекратив занятия. В Полтаве и в Харькове продолжал заниматься домашними уроками».⁹ С 1919 по 1923 г. ему пришлось работать в ряде государственных учреждений: агентом Губпродкома, контролером РКИ Харьковского военного округа.¹⁰ В 1923 г. он поступил на правовой факультет Института народного хозяйства, организованного в 1920 г. в Харькове.¹¹ С. Л. Фукс был в числе первых выпускников правового факультета. Основная научная и научно-педагогическая деятельность ученого с момента окончания Института в 1925 г. и до последних дней жизни была связана с Харьковским ЮИ.¹² В 1923–1925 гг. он состоял на службе Губполитпросвета в качестве заведующего библиотечным фондом, а в 1925–1926 гг. был секретарем Гражданской

⁸ По другим сведениям — 5 (17) марта 1890 г.

⁹ А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 1–1 об., 2.

¹⁰ Там же.

¹¹ В 1930 г. Институт был преобразован в Харьковский институт советского строительства и права, в 1932 г. — во Всеукраинский коммунистический институт советского строительства и права и в 1937 г. — в Харьковский юридический институт (*Харьковскому юридическому институту — 50 лет // Советское государство и право. 1970. № 12. С. 134*).

¹² В настоящее время — Национальная юридическая академия им. Ярослава Мудрого (г. Харьков).

кассационной коллегии Верховного Суда Украинской ССР.¹³ В 1926 г. ему была присвоена специальность «юрист-цивилист» и он «был оставлен при Институте для подготовки к научной деятельности и начал преподавательскую работу в качестве ассистента».¹⁴

Послереволюционные 1920–1930-е гг., на которые выпали формирование научных интересов и становление научно-исследовательской деятельности ученого, в целом характеризуются наличием различных направлений правопонимания и поиском единой формулы пролетарско-коммунистического определения права. В связи с этим возникла потребность в теоретических исследованиях права правоведами-марксистами. Официальная политико-правовая мысль названного периода определяется «классовым подходом к изучению государства и права», «борьбой с юридическим, или буржуазным мировоззрением», началом утверждения «классовой сущности советского права»;¹⁵ выдвиганием и обсуждением концепции «пролетарского права», «меновой или трудовой теории» права, «психологической концепцией классового права», концепцией октроированных прав¹⁶ и «социалистического права».¹⁷ Заключительным аккордом политико-правовых дискуссий стало проведение совещания правоведов в Институте права АН СССР в июле 1938 г., на котором была принята трактовка права правящей коммунистической элиты.¹⁸

В этих условиях широкий кругозор, большое трудолюбие, увлеченность теорией и историей права, общеобразовательная подготовка, большая эрудиция, способность к дискурсивному мышлению были востребованы и стали залогом успешного начала исследовательской деятельности.

В автобиографии С. Л. Фукс пишет: «В 1930 г. при кафедре “Проблемы современного права” защитил тезисы диссертационной работы “Гражданское право Украины — Руси” и был утвержден Народным комиссариатом просвещения (НКП) Украинской ССР в звании научного сотрудника кафедры. С 1930 по 1933 г. работал в Институте доцентом. С 1934 г. вел курс в качестве и. о. профессора».¹⁹ В Харьковском ЮИ учений занимал и административные должности: в 1936–1937 гг. — декана

¹³ А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 2–2 об., 9.

¹⁴ Там же.

¹⁵ *Плотник А. А.* Становление и развитие марксистско-ленинской общей теории права в СССР. 1917–1936 гг. Рига, 1978. С. 213, 216.

¹⁶ *Нерсисян В. С.* Философия права. М., 2004. С. 165, 201, 235, 257.

¹⁷ *История политических и правовых учений* / Под общ. ред. В. С. Нерсисянца. М., 2004. С. 902–903.

¹⁸ *Мамут Л. С.* Совещание правоведов: год 1938-й // Советское государство и право. 1989. № 4. С. 125–133.

¹⁹ А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 1–1 об.

факультета, в 1937–1940 гг. — заместителя директора по учебной и научной работе, в 1940–1941 гг. — заведующего аспирантурой Института.²⁰

В 1933–1936 гг. был депутатом Дзержинского райсовета г. Харькова.²¹

Первые работы молодого сотрудника правового факультета Харьковского института народного хозяйства (ХИНХ), довоенные статьи позволяют отнести к сфере его научных интересов проблемы теории права, особенно теории и истории земельного права, колхозного права.²² Научные результаты работ по теории права, уголовному праву, издание учебников и учебных пособий по земельному и колхозному праву для юридических факультетов и вузов СССР обусловили присуждение С. Л. Фуку ученого звания профессора по кафедре «Гражданское право» 11 ноября 1938 г.²³ В должности профессора он работал до сентября 1941 г. Уже в довоенный период он начал исследования по истории права, например, в 1940 г. ВИЮН сообщал о планах научно-исследовательских работ, где отмечалось, что С. Л. Фукс работает над историей земельного права.²⁴

Алма-Атинский период, начало работы над «Очерками...»

В период закрытия Харьковского ЮИ в связи с началом войны С. Л. Фукс был направлен в распоряжение Московского ЮИ. Вскоре, в 1941 г. из Москвы он был переведен в Алма-Ату для работы в Алма-Атинском ЮИ, видимо, еще до организации Первого государственного юридического института НКЮ СССР. Это предположение основано на документальных сведениях. В частности, в «списке эвакуированных научных работников, зачисленных на работу в АЮИ» в 1941 г., составленном директором Института Т. М. Культелеевым,²⁵ указан С. Л. Фукс.

²⁰ Там же.

²¹ Там же. Л. 3.

²² Фукс С. Л. 1) Право комиссионера выступать самостоятельной стороной по Уголовному кодексу Украинской ССР // Сб. ст. каф. «Проблемы современного права» и правового факультета ХИНХ. Харьков, 1928. № 2. С. 61–91; 2) Декрет о потребительских кооперативах от 11 апреля 1918 г. (Очерк из истории социалистического законодательства) // Ученые записки Харьковского ЮИ. Харьков, 1939. Вып. 1. С. 104–122; 3) Колхозное право: Учебник для юрид. вузов. М., 1939. 376 с.; 4) Гл. I (§ 1); Гл. II // Колхозное право. М., 1940. 327 с. (в соавторстве). — Он также был редактором второго выпуска «Ученых записок Харьковского ЮИ», посвященного 20-летию юбилею института в 1940 г.

²³ ГАРФ. Ф. 9506. Оп. 14. Д. 148, 857. Личное дело С. Л. Фука, соискателя ученого звания профессора; А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 8.

²⁴ Информационный бюллетень ВИЮН. 1940. № 4. С. 10–11.

²⁵ См. о нем: [[Некролог] // Казахстанская правда. 1953. 21 февр.; *Култелеев* Таир Молдағалиұлы // Қазақ Совет Энциклопедиясы. 6-т. Алматы, 1975. 161 б.;

В графе «Наименование вуза и занимаемая должность, откуда прибыл» записано: г. Москва, Московский ЮИ, профессор истории государства и права СССР, направлен НКЮ Казахской ССР по распоряжению НКЮ СССР.²⁶

1 октября 1941 г. он был зачислен профессором кафедр теории и истории государства и права, гражданского права Алма-Атинского ЮИ НКЮ Казахской ССР.²⁷ В 1942 г. в связи с эвакуацией Московского ЮИ НКЮ СССР в г. Алма-Ату и решением Правительства на основе объединения Московского и Алма-Атинского ЮИ был организован Первый ГЮИ НКЮ СССР. В названном вузе С. Л. Фукс работал в должностях профессора кафедры теории и истории государства и права, исполняющего обязанности директора института,²⁸ заместителя директора по учебно-научной части, был членом, заместителем председателя Совета Института,²⁹ являлся научным руководителем аспирантов по специальности «История государства и права СССР».³⁰

Зиманов С. З. Т. М. Культелеев — исследователь уголовного обычного права казахов // Проблемы казахского обычного права / Отв. ред. С. З. Зиманов. Алма-Ата, 1989. С. 5–8; *Исаков К. Т.* 1) М. Культелеев — исследователь обычного права казахов (К 85-летию со дня рождения) // Юр. газета. 1996. 3 июля. № 49; 2) Вклад Т. М. Культелеева в юридическую науку (К 85-летию со дня рождения) // Фемида. 1996. № 6. С. 11–13; *Исақов Қ.* Тұғыры биік тұлға // Әділет министрлігінің хабаршысы. 1996. № 7. 53–56 бб.; *Дашкин К. И.* Т. М. Культелеев как исследователь обычного права казахов // Материалы межвузовской научной студенческой конференции по проблемам теории и истории государства и права (тезисы) (25 апреля 1996 г.). Алматы, 1996. С. 47–48; *Жиренчин К. А.* Культелеев Таир Мулдағалиевич // Право и государство. 1997. № 3. С. 2; *Ударцев С., Панфилов А. В.* «Әділет» учреждены стипендии имени Ж. Акпаева и Т. Культелеева // Научные труды «Әділет» (Алматы). № 1 (7). 2000. С. 164–165; *Тлепина Ш. В.* 1) К вопросу о становлении Института права и философии Академии наук Казахской ССР // Правовая реформа в Казахстане. 2003. № 4 (22). С. 121–129; 2) Первый государственный юридический институт НКЮ СССР (1941–1943 гг.) // Юридическое образование и юридическая наука (Москва). 2004. № 1. С. 34–39; 3) Из истории юридической науки Казахстана // Образование. Наука. Творчество. (Адыгская (Черкесская) международная академия наук). 2004. № 4 (5). С. 123–130; 4) Организация и деятельность Сектора права (1942–1955 гг.) // Научные труды «Әділет». 2004. № 2 (16). С. 39–70; 5) Научно-исследовательская деятельность Сектора права (1945–1955 гг.) // Научные труды «Әділет». 2005. № 1 (17). С. 7–31.

²⁶ ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 535. Л. 24; А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 7.

²⁷ ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 13. Л. 148; А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 5, 6.

²⁸ ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 14. Л. 136, 146, 148; д. 23. Л. 1.

²⁹ ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 27. Л. 22; д. 17. Л. 167, 79–79 об.; Центральный муниципальный архив г. Москвы (далее — ЦММ). Ф. 3038. Оп. 1. Д. 317. Л. 75, 113.

³⁰ ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 21. Л. 19. — В составе Первого ГЮИ находились также студенты, аспиранты Харьковского ЮИ. Подробнее см.: *Тлепина Ш. В.* Высшее юридическое образование в Казахстане в годы Великой Отечественной войны // Правовая реформа в Казахстане. 2004. № 2(24). С. 111.

В Первом ГЮИ Фукс стал впервые читать разработанный им курс истории государства и права Казахстана, вместе с С. В. Юшковым³¹ работал над составлением и переработкой учебника «Истории государства и права СССР» (ч. II) и самостоятельно над учебником «История социалистического государства и права». ³² Он принимал участие в работе Совета Первого ГЮИ по защите кандидатской диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук Э. С. Ривлина на тему «История ложного доноса в русском праве», на других заседаниях. ³³

В 1942 г. Первый ГЮИ поставил перед Президиумом Казахского филиала АН СССР (КазФАН) вопрос об организации в его составе секции государства и права. Впоследствии данный вопрос неоднократно поднимался на заседаниях Совета Института. ³⁴ На них с поддержкой активизации работы секции государства и права, студенческих научных кружков выступал и С. Л. Фукс. ³⁵

В 1942 г. он входил в состав группы по изучению истории государства и права Казахстана, выступал с докладом на конференциях КазФАН СССР, Алма-Атинского ЮИ «Государственный строй империи Чингисхана». ³⁶ Это было одним из первых публичных выступлений ученого с изложением отдельных вопросов государственно-правового развития казахского народа. В мае 1942 г. в воскресном лектории, организованном Первым ГЮИ НКЮ СССР, С. Л. Фукс читал лекции

³¹ Юшков Серафим Владимирович (1888–1952), в 1941–1943 гг., находясь в эвакуации в Алма-Ате, занимался исследованием вопросов истории Казахского государства и права (также занимался изучением государственно-правовой истории России, Украины, народов Узбекистана, Дагестана, албанского и других народов). В 1946–1948 гг. был директором Института истории, археологии и этнографии АН Казахской ССР. Член-корреспондент АН Украинской ССР, академик АН Казахской ССР, профессор МГУ им. М. В. Ломоносова, старший научный сотрудник Всесоюзного заочного юридического института (ВЮЗИ). В военные и послевоенные годы был членом экспертной комиссии по юридическим наукам при Главном управлении (ГУ) юридических вузов. Он входил в Учредительный состав АН КазССР, в число первых академиков КазССР. С. В. Юшков считался специалистом в области канонического права (*Библиография* обществоведов Казахстана. Алма-Ата, 1986. С. 471; ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 42. Л. 36; А НАН РК. Ф. 2. Оп. 1-л. Д. 240, 1–5; Юшков Серафим Владимирович (Серия «Труды выдающихся юристов»). М., 1989. С. 9–13, 21–22).

³² ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 14. Л. 34, 38, 50, 88.

³³ ЦМАМ. Ф. 3038. Оп. 1. Д. 317. Л. 10–10 об., 21–21 об.

³⁴ См. об этом: *Тлетина Ш. В.* Организация и деятельность Сектора права (1942–1955 гг.) // Научные труды «Әділет». 2004. № 2. С. 39–69.

³⁵ ЦМАМ. Ф. 3038. Оп. 1. Д. 317. Л. 53–53 об., 132.

³⁶ Архив Национальной академии наук Республики Казахстан (далее — А НАН РК). Ф. 8. Оп. 1. Д. 13. Л. 14–14 об. — 16–16 об.; ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 14. Л. 130, 153.

на темы «Основные этапы истории государства и права Казахстана», «Проблемы истории казахской государственности».³⁷ В выступлении по поводу рецензирования учебника истории Казахской ССР для учащихся средних школ 10 октября 1942 г. С. Л. Фукс отмечал следующее: «В методическом отношении изложение учебника во многих случаях совершенно недоступно для школьников. Работа написана весьма тяжелым языком, что учащийся средней школы пользоваться ею не может»; «В учебнике часто встречается ложная стилизация языка царской канцелярии XVIII в.»; «Не освещены в должной мере социально-экономические и политические вопросы Казахстана до присоединения его к царской России. Они либо освещены вскользь, или обойдены молчанием, что является одним из серьезных недостатков учебника», «вопросам истории государства и права уделено очень малое внимание», «Как видно из рукописи, авторы вообще игнорировали вопросы истории государственного строительства в Казахстане в период его независимости», «законы Таукехана определяются только как орудие закрепления патриархально-родовых отношений, но не указывается, что они связаны с централизацией государственного аппарата».³⁸

Фуксом были подготовлены предложения в Управление учебных заведений НКЮ СССР по подготовке аспирантов из числа казахов.³⁹

С резвакуацией Московского ЮИ он был зачислен профессором, заведующим кафедрой теории и истории государства и права, был назначен членом Совета Института, председателем государственной экзаменационной комиссии Алма-Атинского ЮИ.⁴⁰

В истории политико-правовой мысли, казахстанской юриспруденции советского периода большое значение принадлежит Сектору права КазФАН, АН Казахской ССР. Становление первого казахстанского научно-исследовательского учреждения тесно связано с именем С. Л. Фукса.

Т. М. Культелеев в период подготовки организации Сектора права в октябре 1944 г. предлагал кандидатуру профессора Фукса для работы в нем.⁴¹ С организацией Сектора права он стал одним из его первых старших научных сотрудников.⁴² В первый год деятельности Сектора «профессор Фукс С. Л. работал над очерками “Истории государства

³⁷ ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 14. Л. 149а, 141.

³⁸ А НАН РК. Ф. 8. Оп. 1. Д. 12. Л. 20–21.

³⁹ Там же. Л. 57.

⁴⁰ ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 23. Л. 22; д. 22. Л. 135, 176; д. 20. Л. 53; А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 621. Л. 12.

⁴¹ А НАН РК. Ф. 1. Оп. 1. Д. 699. Л. 115.

⁴² Там же. Ф. 2. Оп. 18. Д. 1. Л. 2; ф. 1. Оп. 1-Л. Д. 37. Л. 8.

и права Казахстана”.⁴³ Один из разделов этой работы в объеме двух печатных листов в рукописи представлен сектору Права. Фактически же у него в черновом виде была написана работа объемом девяти печатных листов. Работа профессора Фукса включалась в издательский план Академии Наук Казахской ССР 1946 г. в объеме 18 печатных листов».⁴⁴

Из архивных документов явствует, что профессор Фукс в первые дни и месяцы организации Сектора права фактически был его заведующим, поскольку Т. М. Культелеев состоял в должности директора Алма-Атинского ЮИ и в конце весны 1945 г. находился в командировке в Москве. Более подробно об этом нам стало известно из его переписки с Т. М. Культелеевым в 1945–1950 гг.⁴⁵ Письма рисуют образ С. Л. Фукса как ученого-интернационалиста, порядочного и неравнодушного человека, ответственного и добросовестного сотрудника, заботливого и внимательного товарища, ищущего исследователя. В ленинградских архивах он искал и находил документальные свидетельства как для своих работ, так и для других исследователей казахстанского Сектора права. Переписка двух ученых — С. Л. Фукса и Т. М. Культелеева свидетельствует о взаимном и неподдельном научном, товарищеском интересе к исследованиям друг друга. Одним из неизменных вопросов Фукса своему казахстанскому коллеге был вопрос о ходе работы над диссертацией и искренние пожелания результативной работы.

В документальных фондах Национальной Академии Наук Республики Казахстан, относящихся к 1945 г., С. Л. Фукс числится заведующим Сектором права по совместительству и заведующим кафедрой теории и истории государства и права Алма-Атинского ЮИ.⁴⁶ Сам С. Л. Фукс в письме Т. М. Культелееву от 11 июня 1945 г. пишет следующее: «...я откладывал со дня на день организационное заседание сектора права КазФАН, надеясь, что можно будет провести его в Вашем присутствии. Впрочем, так все-таки лучше. Собрать сектор Вы вполне можете и без меня и лучше, что соберете его на первое заседание Вы, как заведующий сектором, нежели я».⁴⁷ Т. М. Культелеев планировал и приглашал Фукса для чтения лекций по дисциплине «История государства и права Казахстана» студентам Алма-Атинского ЮИ.⁴⁸

⁴³ Архив Российской Академии Наук (далее — А РАН). Ф. 591. Оп. 1. Д. 266. Л. 69.

⁴⁴ ЦГА РК. Ф. 2. Оп. 18. Д. 1.

⁴⁵ А НАН РК. Ф. 2. Оп. 18. Д. 4. Л. 5–5об.

⁴⁶ Там же. Ф. 1. Оп. 1-Л. Д. 39. Л. 10–10 об.

⁴⁷ Там же. Ф. 2. Оп. 18. Д. 4. Л. 5–5 об.

⁴⁸ Там же. Д. 10. Л. 22.

Будучи первым,⁴⁹ кто читал и разрабатывал курс «Истории государства и права Казахстана», выступая с докладами на заседаниях Секции государства и права, участвуя в институционализации государственно-правовых научных исследований в республике, С. Л. Фукс принимает решение о конкретизации темы исследования. Работы в области теории и истории земельного права, начатые в довоенный период, работа с письменными документальными памятниками в 1939–1941 гг. в Москве и Ленинграде, в эвакуации в Алма-Ате⁵⁰ обусловили тему докторской диссертации «Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в.». Она была начата в Алма-Ате и завершена в Харькове. В изученных нами документальных материалах одно из первых свидетельств об утверждении темы докторской диссертации С. Л. Фукса относится к 9 мая 1942 г. на заседании Ученого совета Первого ГЮИ НКЮ СССР.⁵¹

Предыдущие разноаспектные исследования в сфере теории и истории права, гражданского и земельного права, навыки работы в архивах, общая разносторонняя подготовка, прежний опыт научно-исследовательской работы подготовили его к углубленному исследованию широкой по охвату вопросов и исторических периодов историко-правовой темы. Скорее всего, именно приезд в Алма-Ату детерминировал выбор конкретного объекта и предмета исследования — историю государства и права Казахстана XVIII–XIX вв. Профессиональный интерес ученого-юриста к государственно-правовому развитию казахов был органически связан с его общими научными интересами. С. Л. Фукс был увлечен казахстанскими историко-правовыми вопросами как частью целого — частью исследуемых им исторических проблем. Обобщение и анализ архивных данных, проведенные ученым, дают не только ценную информацию о государственно-правовом развитии казахского общества, но и позволяют увидеть внутренний смысл этого развития, движущие силы истории. Написание очерков истории государства и права казахов увлекало ученого и как возможность научного исследования эволюции государственно-правового развития отдельного народа, как части человеческого сообщества.

Первые сообщения о работах С. Л. Фукса о государственно-правовом развитии казахов относятся к 1942–1943 гг. в Первом ГЮИ и опубликованы в 1950-е гг.

⁴⁹ Из документов следует, что первым курс «Истории государства и права Казахстана» читал С. Л. Фукс, затем — Л. В. Дюков вместе с курсом «История государства и права СССР» (ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 14. Л. 34, 50; Запись беседы с Л. В. Дюковым от 26 мая 2003 г. Личный архив).

⁵⁰ ЦГА РК. Ф. 1145. Оп. 13. Д. 905. Л. 2.

⁵¹ Там же. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 14. Л. 138а.

В исследованиях казахской историко-правовой тематики С. Л. Фукс поддерживал научные, товарищеские отношения с рядом казахстанских ученых. Архивные документы свидетельствуют о его дружеских отношениях с первым профессиональным ученым-юристом казахом Т. М. Культелеевым. Совместная работа в Алма-Атинском ЮИ положила начало их творческим контактам и товарищеским отношениям на протяжении долгого времени. С. Л. Фукс писал в письме к Т. М. Культелееву: «Я очень тронут Вашими личными заботами о том, чтобы сохранить наше сотрудничество. Я никогда не скрывал, что дорожу им».⁵²

Деловая переписка и добрые отношения ученого установились с М. Г. Масевич⁵³ и Л. М. Болотовой,⁵⁴ в научно-педагогической деятельности в Алма-Атинском ЮИ преемником ученого стал Л. В. Дюков.⁵⁵

⁵² А НАН РК. Ф. 10. Оп. 18. Д. 3. Л. 22–24 об.

⁵³ Маргарита Генриховна Масевич окончила юридический факультет Азербайджанского института народного хозяйства, в 1941 г. — аспирантуру Московского ЮИ. Исследовала казахское обычное право в дореволюционный период и вопросы семейного законодательства Казахской ССР. Работала в Секторе права с 1948 г. в должности ст. науч. сотрудника, также занималась вопросами гражданского права. Тема кандидатской диссертации — «Право собственности дореволюционного Казахстана», защищена 15 апреля 1948 г. в Московском ЮИ (Масевич Маргарита Генриховна. Биобиблиография обществоведов Казахстана. С. 291–292; А НАН РК. Ф. 2. Оп. 1-л. Д. 33. Л. 8, 11; д. 45. Л. 69; А НАН РК. Ф. 2. Оп. 1-л. Д. 46. Л. 51; Д. 33. Л. 11; ЦМAM. Ф. 3038. Оп. 1. Д. 1007. Л. 94; А КазНУ им. аль-Фараби. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 385. Л. 4).

⁵⁴ Людмила Михайловна Болотова окончила Алма-Атинский филиал ВЮЗИ, работала в Алма-Атинском ЮИ, Первом ГЮИ, Секторе права, Секторе права и философии Президиума АН КазССР, Институте философии и права (далее — ИФиП) АН КазССР. Работала Ученым секретарем Сектора права, исследования проводила под руководством Т. М. Культееева (ЦГА 1694. Оп. 1. Д. 13. Л. 5, 167, 171; А НАН РК. Ф. 2. Оп. 1-л. Д. 33. Л. 11; Ф. 10. Оп. 18. Д. 12. Л. 130).

⁵⁵ Леонид Васильевич Дюков, к. ю. н., профессор Академии юриспруденции — Высшей школы права «Әділет». Окончил Московский юридический институт, аспирантуру Ленинградского юридического института. Его научным руководителем был И. И. Яковкин, профессор Ленинградского ЮИ, Ленинградского университета, директор библиотек АН СССР. В последние годы жизни Л. В. Дюков работал в Академии юриспруденции — Высшей школы права «Әділет». В системе высшего юридического образования Казахстана с 1938 г. Работал старшим преподавателем, доцентом, зав. кафедрой теории и истории государства и права, зам. директора по учебной и научной работе, исполняющим обязанности директора Алма-Атинского ЮИ, доцентом Алма-Атинской юридической школы (АЮШ), доцентом, Ученым секретарем Первого ГЮИ, зав. учебной частью ВЮЗИ, ст. науч. сотрудником Сектора права. Он — первый научный руководитель академиков С. З. Зиманова, Г. С. Сапаргалиева, научный руководитель А. Н. Таукелева. В своих воспоминаниях Л. В. Дюков высоко отзывался о Т. М. Культеееве (ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 8. Л. 18; д. 40. Л. 32; Архив Президента Республики Казахстан (далее — АП РК). Ф. 708. Оп. 26. Д. 1812. Л. 114; оп. 16/1. Д. 690. Л. 197; ЦГА РК. Ф. 1821. Оп. 4. Д. 36. Л. 65; Ф. 1694. Оп. 1. Д. 17. Л. 79–79 об; д. 13. Л. 99; А НАН РК. Ф. 2. Оп. 18. Д. 2. Л. 1–2; ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 41. Л. 156; Центральный государственный архив Санкт-Петербурга (далее — ЦГА СПб). Ф. 7240. Оп. 14. Д. 925. Л. 7, 9, 13; *Сартаев С. С.* Юристы Казахстана в лицах. Алматы, 2002. С. 193; *Профессорско-преподавательский состав Академии «Әділет».*

В Секторе права с ним работали М. С. Сапаргалиев,⁵⁶ М. К. Ермагамбетов.⁵⁷

Биобиблиографический словарь-справочник (2001/02 учебный год): В 2 ч. / Автор-составитель С. Ф. Ударцев. Алматы, 2003. С. 98–101).

⁵⁶ Сапаргалиев Махмуд Сапаргалиевич, к. ю. н. Защита кандидатской диссертации проходила в КазГУ им. С. М. Кирова. Оппонировали С. Л. Фукс и М. Б. Зусман. Он работал в партийных, государственных органах: руководил Народным комиссариатом коммунального хозяйства, возглавлял Казталовский район Западно-Казахстанской области, Джамбулскую область, министерства торговли, внутренних дел. Кандидатура М. С. Сапаргалиева выдвигалась Отделом науки и вузов ЦК КП (б) Казахстана на должность директора Алма-Атинского ЮИ. Был преподавателем Алма-Атинского ЮИ по совместительству. М. С. Сапаргалиев работал в Секторе права с момента организации с 1945 г. по совместительству до 1949 г. будучи наркомом коммунального хозяйства, министром торговли КазССР. В 1953–1955 гг. работал зав. Сектора права. Автор монографии «Возникновение казахской советской государственности» (1948 г.) (Вест. КазФАН СССР. 1945. № 4 (7). С. 57–58; А НАН РК. Ф. 2. Оп. 18. Д. 1. Л. 2; АП РК. Ф. 708. Оп. 31. Д. 125; Оп. 32. Д. 161. Л. 118; ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 43. Л. 16; АП РК. Ф. 708. Оп. 16/1. Д. 687. Л. 48; ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 13. Л. 5; А НАН РК. Ф. 1. Оп. 1. Д. 700. Л. 19; Ф. 2. Оп. 1-л. Д. 33. Л. 11; Д. 45. Л. 69; Ф. 10. Оп. 18. Д. 7. Л. 3–7; Ф. 2. Оп. 1-л. Д. 88. Л. 4; Д. 110. Л. 29; *Зиманов С. 3. Успехи правовой науки в Республике // Октябрь и наука Казахстана. Алма-Ата, 1967. С. 517; Сапаргалиев М. С. Казахское советское государство в период перехода на мирную работу по восстановлению народного хозяйства (1921–1925 гг.) // Изв. АН КазССР. Сер. юридич. 1950. № 2. С. 10–29; Организация советского суда в Казахстане (октябрь 1917 — июль 1918 гг.) / Отв. ред. В. А. Ким. Алма-Ата, 1954. 67 с. (рец. на работу: Слом старого суда и организация советского суда // Советское государство и право. 1955. № 8. С. 156); *История народных судов Казахстана (1917–1965 гг.)*. Алма-Ата, 1966. 448 с.; *Некоторые вопросы совершенствования законодательства, возникающие в процессе осуществления экономической реформы // Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства (ВНИИСЗ). М., 1970. Вып. 21. С. 170–172; Сапаргалиев М. С. (в соавторстве с Дедовым Н. Н.). История государства и права СССР: Уч. пособие. Ч. 1. Свердловск, 1971. 440 с; *Советская историко-правовая наука. Очерки становления и развития. История юридической науки. М., 1978. С. 196; Тараз. Жамбыл облысы: Энциклопедия / Бас ред. Б. Ф. Аяган. Алматы, 2003. 566 б.).***

⁵⁷ Муртагаллим Каиршинович Ермагамбетов, к. ю. н., доцент. Окончил Ленинградский ЮИ. Работал в должностях заместителя председателя Алматинского областного суда, в это же время преподавал в Алма-Атинской ЮШ НКЮ КазССР. Был ст. преподавателем кафедры уголовного процесса Алма-Атинский ЮИ, доцентом кафедры судебного права. Окончил курс аспирантуры Первого ГЮИ НКЮ СССР. Защитил кандидатскую диссертацию по уголовному процессу по теме «Свидетельские показания в советском уголовном процессе» 6 сентября 1943 г. В 1951 г. был направлен в докторантуру Института права АН СССР. В отчетных документах отдела аспирантуры Института права СССР за 1950 г., 1952 г. говорится о прикомандировании и об отчислении М. К. Ермагамбетова (ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 40. Л. 31; Ф. 1821. Оп. 4. Д. 36. Л. 9; АП РК. Ф. 708. Оп. 16/1. Д. 689. Л. 4–22; ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 41. Л. 109–110; Д. 22. Л. 187; А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 2. Л. 10, 16, 17, 19, 54). О защите диссертации см.: *Казахстанская правда. 1943. 27 авг. С. 4; Текущий архив ИГ и П РАН. Отчет о работе аспирантуры за 1950 г. Л. 15; Отчет о работе аспирантуры за 1952 г. Раздел: Докторантура. Л. 10–11.*

В Алма-Ате С. Л. Фукс также сотрудничал с С. В. Юшковым, бывшим фактически главой историко-правовых исследований, проводимых в центре и союзных республиках. С. Л. Фукс выступал с основным докладом на 30-летнем юбилее научной и педагогической деятельности С. В. Юшкова.⁵⁸ На кафедре государственного права Первого ГЮИ работал с П. И. Пакарклис.⁵⁹ Его и С. Л. Фукса объединяло утвердившееся в Алма-Ате стремление к исследованию вопросов истории права и государства народов СССР: первый, как известно, стал изучать государственно-правовое развитие казахов, второй — литовцев; оба после войны стали докторами юридических наук, профессорами.

С. Л. Фукс находился в Алма-Ате до лета 1945 г.⁶⁰ и состоял в штате Сектора по совместительству до 1947 г., причем руководители АН Казахской ССР К. И. Сатпаев и И. Г. Галузо «считали подобную форму сотрудничества с их стороны полезной и желательной».⁶¹

Харьковский период, защита докторской диссертации

Примечательно, что С. Л. Фукс с неподдельным интересом следил за научной работой молодых казахстанских ученых и оказывал консультационную помощь аспирантам-казахам Сектора права. Например, в письме от 26 июня 1946 г. говорится о попытках получить им в Москве в Министерстве высшего образования типовой план для аспирантов,

⁵⁸ ЦМAM. Ф. 3038. Оп. 1. Д. 317. Л. 10–10 об., 21–21 об.

⁵⁹ Повилас Ионович Пакарклис, д. ю. н., профессор, член-корр. АН Литовской ССР, специалист в области истории государства и права Литовской ССР, истории государства и права СССР, до войны преподавал уголовный процесс в Вильнюсском университете. Эвакуирован в Алма-Ату в 1941 г. из Литвы, где работал народным комиссаром юстиции Литовской ССР, депутатом Верховного Совета Литовской ССР. Образование получил в Университете Литвы в Каунасе (философский, юридический отделы), Мюнхене — философский и юридический, работал в библиотеках Мюнхена и Кенигсберга. В Алма-Атинском ЮИ работал с 12 августа 1941 г.: преподавателем немецкого языка; профессором государственного права, читал государственное право буржуазных стран; профессором кафедры судебного права. До перевода на должность профессора и чтения лекций по юридическим дисциплинам ученый прошел в Казахстане долгую и тщательную проверку органов государственной безопасности. Тема докторской диссертации — «Литовский народ в борьбе против папства и Тевтонского Ордена за свою государственность». Защита состоялась в 1951 г., одним из официальных оппонентов был С. В. Юшков (А КазНУ им. Аль-Фараби. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 452. Л. 1–13; ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 13. Л. 165; 126, 11; ф. 1694. Оп. 1. Д. 22. Л. 137; ф. 1694. Оп. 1. Д. 535. Л. 2–2 об., 24; Хроника // Известия АН СССР. Отд. эк. и права. 1951. № 4. С. 296–298).

⁶⁰ ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 34. Л. 115. — В другом документе записано, что С. Л. Фукс выбыл в Харьковский ЮИ на постоянную работу в 1946 г. (ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 540. Л. 9).

⁶¹ А НАН РК. Ф. 2. Оп. 18. Д. 3. Л. 22–24 об., Ф. 10. Оп. 18. Д. 3. Л. 22–24 об.

рекомендации по общей теоретической подготовке для аспирантов-юристов.⁶² Впоследствии в 1950–1960 гг. он выступал официальным оппонентом на защите диссертаций казахстанских ученых, подготовил отзывы на диссертационные работы М. А. Биндера,⁶³ С. З. Зиманова.⁶⁴ По случаю открытия Академии Наук Казахской ССР он писал: «Поздравляю Вас и всех товарищей с открытием Казахской Академии Наук, о котором я узнал из московских газет. Надеюсь, что сектор права не только продолжит свое существование, но и целиком оправдывает себя в составе Академии. Данных для этого достаточно. Не сомневаюсь, что не будет недостатка и в доброй воле».⁶⁵ В связи с открытием АН Казахской ССР С. Л. Фукс был награжден грамотой Президиума Верховного Совета Казахской ССР, об этом в письме сказано следующее: «Мне особенно приятно, что, несмотря на мое отсутствие, казахские товарищи вспомнили обо мне и почтили меня высокой наградой, сочтя мою работу в Казахстане не бесполезной».⁶⁶ Т. М. Культелеев неоднократно писал о том, что Президиум АН Казахской ССР поддерживал сотрудничество с С. Л. Фуком.⁶⁷

За 1946 г., работая по совместительству, Фукс выслал в адрес Сектора две работы — «Барымта» и «Империя Чингис-хана» общим объемом более 10 печатных листов. Следует отметить, что «Очерки истории государства и права Казахстана», над которыми он работал еще с алматинского периода, не включались им в план научной работы по Харьковскому институту. Относительно последнего он писал: «Здесь, разумеется, фигурируют вопросы истории УССР и некоторые отдельные темы из моей работы над историей права казахов, поскольку они имеют общетеоретический интерес».⁶⁸

1948 г. в истории юридической науки имеет большое значение, поскольку в этот год был издан первый номер специализированного научного правового журнала «Известия АН Казахской ССР. Серия юридическая», сданы в набор «Материалы по казахскому обычному праву. Сборник 1»,⁶⁹ состоялась первая защита докторской диссертации по истории государства и права Казахстана.

⁶² А НАН РК. Ф. 2. Оп. 18. Д. 4. Л. 9–9а об.

⁶³ *Каринский С.* Во Всесоюзном институте юридических наук. Государственное строительство в казахском ауле в 1926–1929 гг. (диссертация М. А. Биндера) // Советское государство и право. 1951. № 11. С. 66–67.

⁶⁴ Текущий архив Института права и государства РАН (далее — ИПиГ РАН).

⁶⁵ А НАН РК. Ф. 2. Оп. 18. Д. 4. Л. 9–9а об.

⁶⁶ Там же.

⁶⁷ А НАН РК. Ф. 10. Оп. 18. Д. 3. Л. 73–73 об.

⁶⁸ Там же. Оп. 18. Д. 3. Л. 22–24 об.

⁶⁹ Известия АН Казахской ССР. Сер. юрид. Алма-Ата, 1948. Вып. 1; *Материалы по казахскому обычному праву*: Сб. 1. Алма-Ата, 1948; *Фукс С. Л.* Очерки исто-

Послевоенные годы, конец 1940-х — начало 1960-х гг. по подъему активности ученых в сфере историко-правовой науки, пожалуй, можно сравнить с началом периода независимости Казахстана. Несомненно, многое было иным — политико-правовая ситуация, другое государство, различные идеологии, и все же творческий подъем, дух людей, их вера и осознание ответственности ничуть не уступали новейшему периоду. Те примерно полтора-два десятка лет вобрали в себя многое из значительного, непреходящего и ценного, что было создано в казахстанской историко-правовой науке советского периода, что дало мощный импульс последующему развитию юридической науки Республики. Историко-правовые исследования современных ученых-юристов также в определенной мере опираются на труды 1940–50-х, начала 60-х гг. Особенно можно выделить работы С. Л. Фукса (1948 г.),⁷⁰ Т. М. Культелеева (1953 г.),⁷¹ С. З. Зиманова (1958 г., 1960 г.).

С. Л. Фукс принимал участие в важных мероприятиях, организованных казахстанскими правоведами. В 1948 г. им была представлена статья в первый номер юридической серии «Известий АН Казахской ССР».⁷²

Заметным событием в деятельности Сектора права было проведение в 1949 г. первой научной сессии⁷³ ученых-юристов АН Казахской

рии государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в.: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1948. — Впоследствии работа по изданию источников истории государства и права казахов юристами была продолжена (*Материалы по истории политического строя Казахстана (со времени присоединения Казахстана к России до Великой Октябрьской социалистической революции)* / Сост. М. Г. Масевич; Отв. ред. С. З. Зиманов. Т. 1. Алма-Ата, 1960. 441 с.; *Материалы по истории государства и права Казахстана. Вторая половина XIX — начало XX вв.* / Сост. С. Сартаев, С. Созакбаев. Алматы, 1994. 280 с.; *Материалы по казахскому обычному праву. Ереже, решения чрезвычайного съезда биев и комментарии* / Сост. З. Ж. Кенжалиев, С. О. Даулетова, Ш. А. Андабеков и др.; Под общей ред. С. З. Зиманова. Алматы, 1996. 208 с. — О стремлении исследователей изучать проблемы казахского обычного права в 1940–50-е гг. пишет и З. Ж. Кенжалиев: *Кенжалиев З. Ж. Көшпелі қазақ қоғамындағы дәстүрлі құқықтық мәдениет (теориялық мәселелері, тарихи тағылымы)*. Алматы, 1997. 6–7 б.

⁷⁰ Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. Харьков, 1948 (позже частично издана: Фукс С. Л. Обычное право казахов в XVIII — первой половине XIX века / Под ред. С. З. Зиманова. Алма-Ата, 1981); Культелеев Т. М. Уголовное обычное право казахов (с момента присоединения Казахстана к России до установления Советской власти) / Под ред. С. З. Зиманова. Алма-Ата, 1955; Зиманов С. З. 1) Общественный строй казахов первой половины XIX в. Алма-Ата, 1958; 2) Политический строй Казахстана конца XVIII и первой половины XIX веков. Алма-Ата, 1960.

⁷¹ Нами принята дата фактического завершения работы Т. М. Культелеевым.

⁷² Фукс С. Некоторые моменты истории казахского права и «Описание киргизских обычаев» д'Андре // Известия АН КазССР. Сер. юрид. 1948. Вып. 1. С. 77–94.

⁷³ О первой научной сессии Сектора права АН Казахской ССР см.: Гленина Ш. В. Научно-исследовательская деятельность Сектора права (1945–1955 гг.) // Научные труды «Әндет». 2005. № 1 (17). С. 7–31.

ССР. На сессию был приглашен и С. Л. Фукс⁷⁴ — «Я благодарю Вас за внимание и постараюсь приехать с докладом».⁷⁵ Перед приездом он пишет в письме Культелееву: «Мне нужно было бы, во-первых, знать совершенно точно, когда будет мой доклад; во-вторых, я очень просил бы поставить его как можно ближе к докладу С. В. Юшкова, к которому он близок по тематике».⁷⁶ На сессии 10 октября 1949 г. был заслушан и активно обсужден доклад Фукса «Некоторые вопросы истории казахского государства и права».⁷⁷

Вообще доклад Фукса был одним из наиболее ожидаемых как учеными-юристами, так и Президиумом АН Казахской ССР. Столь повышенное внимание было обусловлено политико-правовой обстановкой конца 1940-х гг., политическими и идеологическими приоритетами в научных исследованиях союзных республик. Выступление Фукса было важно и для Культелеева, как заведующего Сектором, должностного лица, ответственного за проведение исследований утвержденной ведущей проблемы, исследователя, заинтересованного в написании истории государства и права казахов, раскрытии теоретических вопросов обычного права, благодарного товарища и коллеги. Вместе с тем мы склонны считать, что поступки, результаты исследований тех, кто стоял у истоков казахстанской юриспруденции, объясняются не только политико-правовой ситуацией, но и исключительно личной заинтересованностью в развитии науки, их честным служением науке, научной добросовестностью и уважением к истории казахского народа.

В докладе С. Л. Фукс отметил успехи в исследовании истории государства и права.⁷⁸ Доклады С. В. Юшкова и С. Л. Фукса вызвали оживленную дискуссию и оказали влияние на последующую активизацию в исследованиях истории государства и права казахов.⁷⁹ Среди «необходимых мероприятий в связи с реализацией итогов Первой научной сессии сектора права АН Казахской ССР» Т. М. Культелеев предлагал опубликовать в порядке обсуждения в «Вестнике АН Казахской ССР» доклад С. Л. Фукса и в течение 1950 г. напечатать часть его докторской диссертации «Очерки обычного права казахов XVIII и первой половине XIX в.».⁸⁰

⁷⁴ А РАН. Ф. 591. Оп. 1. Д. 266. Л. 86.

⁷⁵ А НАН РК. Ф. 10. Оп. 18. Д. 8. Л. 107–107 об.

⁷⁶ Там же. Ф. 10. Оп. 18. Д. 8. Л. 107–107 об.

⁷⁷ Там же. Д. 7. Л. 21; д. 8. Л. 92–93.

⁷⁸ *Болотова Л.* В секторе права АН Казахской ССР // Советское государство и право. 1950. № 3. С. 83.

⁷⁹ Там же. С. 84. — Дискуссия была продолжена в Москве: *Федоров К., Шахназаров Г.* Совещание по координации научно-исследовательской работы секторов права Академий наук союзных республик // Советское государство и право. 1951. № 5. С. 67–80.

⁸⁰ А НАН РК. Ф. 10. Оп. 18. Д. 8. Л. 180–180 об.

В рассматриваемый период ведущей проблемой Сектора права была проблема «Развитие казахской советской государственности и права», объединявшая несколько тем. Первой из них стала тема «Очерки истории казахского государства и права (дооктябрьский период)».⁸¹ Над темой работали сотрудники Сектора, а также С. В. Юшков, бывший директором Института истории и этнологии, впоследствии находившийся в Москве, и С. Л. Фукс в Харькове.

С. Л. Фукс периодически в своих письмах докладывал о том, сколько печатных листов монографии написано. Мы также можем проследить это. 30 декабря 1946 г.: «Что касается сроков окончания моей работы в целом, то после поездок в Ленинград, где мне удалось найти необходимые архивные материалы, я вполне уверен, что к лету настоящего 1947 г. она будет вполне закончена»;⁸² 8 марта 1947 г он пишет о готовности 27 печатных листов и указывает их основные аспекты — государственный строй, судостроительство, процесс и уголовное право.⁸³

В процессе исследования некоторые плановые вопросы по Сектору, монографии обсуждались с Т. М. Культелевым. В частности, Фукс интересовался, почему «исследования, относящиеся к истории монгольской империи, не относятся к истории казахского государства»;⁸⁴ «кстати, я так и не знаю, почему Вы забраковали мою “Барымту”? Не напишите ли в двух словах, что Вам там не понравилось. (Теперь я ее переработал на основе дополнительных ленинградских материалов и она уже не похожа на тот экземпляр, который был послан Вам. Но основные положения сохраняются. Я считаю их правильными.)».⁸⁵

В истории правовой мысли Казахстана исследование С. Л. Фукса занимает особое место. Им впервые профессионально были исследованы историко-правовые и теоретические аспекты государства и права Казахстана в XVIII и первой половине XIX вв.

Окончательное название работы установилось не сразу. В марте 1947 г. работа названа «Казахское государство и обычное право в XVIII и начале XIX в.».⁸⁶ Тогда же Фукс предполагал, что «в целом это будет монография листов на 35, построенная в значительной степени на неопубликованных архивных материалах».⁸⁷

⁸¹ Там же. Ф. 10. Оп. 18. Д. 7. Л. 3. — См. также об этом периоде: *Зиманов С. З.* Правовая наука в Казахстане — детище Академии Наук СССР // Изв. АН КазССР. Сер. обществен. наук. 1974. № 2. С. 6.

⁸² А НАН РК. Ф. 10. Оп. 18. Д. 3. Л. 22–24 об.

⁸³ Там же. Л. 20–21.

⁸⁴ Там же.

⁸⁵ Там же. Л. 73–73 об.

⁸⁶ Там же. Л. 22–24 об.

⁸⁷ Там же.

Вопрос об издании книги имел значение для Фукса. В 1946 г. он писал Культелееву: «Мне бы хотелось видеть мою работу изданной в Казахстане», «если мое желание печататься в Алма-Ата совпадает с желаниями и интересами КазАН давайте заключать деловое соглашение, не откладывая этого дела. Пришлите мне, пожалуйста, текст договора. Если у Вас в Академии другие настроения, сомнения и т. д., останемся друзьями, а я постараюсь договориться с Москвой»;⁸⁸ «Она будет готова к лету и тогда мы договоримся с Вами о наших деловых по поводу этой работы взаимоотношениях. Я смогу Вам лично, если позволите, прислать для предварительного ознакомления и суждения о том, насколько она интересует сектор. В случае, если она окажется полезной для сектора, мы договоримся и я с большим удовольствием к Вам приеду, не для того, чтобы вести деловые переговоры, конечно, а чтобы обсудить в секторе основные проблемы работы, так как меня, разумеется, очень интересуют дискуссия на эту тему с Вашими специалистами».⁸⁹

Защита диссертации проходила 6 декабря 1948 г. во ВИЮН НКЮ СССР, Фукс был утвержден в степени доктора юридических наук ВАК СССР 15 октября 1949 г.

После успешной защиты докторской диссертации, Фукс все так же планировал издание монографии в Казахстане. Об этом мы читаем в его письме Культелееву от 12 октября 1949 г.: «Я все никак не могу вплотную заняться доработкой своей диссертации или переработкой ее для того, чтобы послать ее Вам, как мы об этом условились», однако намеревался прислать ее к началу 1950 г.⁹⁰ В конце 1950 г. Т. М. Культелеевым был подготовлен проект письма С. Л. Фуксу от имени Н. Т. Сауранбаева. В письме говорилось: «Профессору С. Л. Фуксу. Глубокоуважаемый Савелий Львович! Ваше письмо на имя Президента АН КазССР К. И. Сатпаева по поводу возможности опубликования Вашей работы по истории казахского обычного права передано было Президентом Бюро ООН⁹¹ для решения этого вопроса. Затем, 30 ноября с. г. С. В. Юшков представил Вашу работу в Сектор права с своим предисловием, а также Ваши возражения против отдельных положений предисловия. Решено Вашу работу обсудить в ближайшие дни на заседании Сектора права в присутствии С. В. Юшкова и решить вопрос о возможности ее опубликования в том виде, в каком она сейчас представлена в Сектор.

⁸⁸ Там же.

⁸⁹ Там же.

⁹⁰ Там же. Д. 8. Л. 127–128. — С. Л. Фукс объясняет причину занятости: «У меня на плечах большая монография по украинскому советскому праву (история), 9 аспирантов и почти каждый день заседания. Но все это надеюсь преодолеть» (Там же).

⁹¹ В данном случае — Отделение общественных наук.

О результатах обсуждения сообщим Вам немедленно. С уважением к Вам Академик — председатель Бюро ООН АН КазССР Н. Сауранбаев». 22 декабря 1950 г. Т. М. Культелеев в письме к С. Л. Фуку сообщает о проведении обсуждения работы.⁹²

С. З. Зиманов, директор Института философии и права АН Казахской ССР, 17 февраля 1961 г. обратился с письмом к вице-президенту АН Казахской ССР академику С. Б. Баишеву. В нем говорилось: «Институт философии и права, будучи заинтересован в законченной работе профессора Фукса С. Л., в последнее время вел переписку с ним о возможности подготовки ее к изданию. С. Л. Фукс дал согласие представить рукопись в институт для обсуждения, а при одобрении издания ее в издательстве АН КазССР под грифом Института философии и права АН КазССР профессор С. Л. Фукс, как он заявил сам, на гонорар не претендует, поскольку работа выполнена, в свое время, по плану АН КазССР. В этой связи просил бы Вашего согласия на включение работы профессора С. Л. Фукса “Обычное право казахов в XVIII и второй половине XIX веков” объемом 20 п. л. в план издания 1962 г. Директор института, кандидат юридических наук С. Зиманов».⁹³

О следующей попытке издания книги в Казахстане писал С. З. Зиманов при первом издании переданной ему рукописи введения и четырех глав: «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».⁹⁴ В очередной раз «допрос об издании монографии С. Л. Фукса вновь был поднят после его смерти по инициативе академика АН Украинской ССР В. М. Корецкого»,⁹⁵ т. е. после 1976 г.

23 января 1979 г. на заседании Ученого совета Института философии и права АН Казахской ССР (протокол № 2) состоялось обсуждение рукописи монографии С. Л. Фукса «Обычное право казахов в XVIII–XIX вв.».⁹⁶ В начале обсуждения М. Т. Баймаханов отметил: «С. Л. Фукса — видного ученого-юриста, мы знаем все. Он внес большой вклад в развитие юридической науки Казахстана. Рукопись обсуждаемой работы готовилась им давно, сейчас есть возможность издать эту работу. Мы включили ее в план издания. Всю подготовительную работу по сдаче рукописи в РИСО взял на себя отдел С. З. Зиманова».⁹⁷ С. З. Зиманов

⁹² А НАН РК. Ф. 10. Оп. 18. Д. 10. Л. 120, 135.

⁹³ Там же. Ф. 98. Оп. 1. Д. 43. Л. 4.

⁹⁴ Зиманов С. З. От редактора // Фукс С. Л. Обычное право казахов в XVIII — первой половине XIX века. Алма-Ата, 1981. С. 4.

⁹⁵ Там же.

⁹⁶ А НАН РК. Ф. 98. Оп. 1. Д. 616. Л. 20.

⁹⁷ Там же. Л. 21.

на заседании зачитал и введение рукописи С. Л. Фукса. Принимавший участие в обсуждении Б. В. Покровский сказал: «С. Л. Фукс — видный ученый-юрист, его работы известны не только у нас в стране, но и за рубежом. Мы все также читали их. Подготовка отделом Зиманова С. З. его работы к изданию является большим вкладом в развитие юридической науки. Я полностью поддерживаю рекомендацию этой работы к изданию».⁹⁸ На вопрос Б. В. Покровского о том, не повлияли ли «взгляды автора о базисных отношениях на его позицию обычного права», С. З. Зиманов ответил, что «эта концепция сильно отразилась в правовой части работы, но она нами снята без ущерба для общей ценности работы».⁹⁹ У. С. Джекебаев в своем выступлении сосредоточил внимание на следующем: «Я читал статьи С. Л. Фукса — это глубокая интересная работа и я поддерживаю рекомендацию ее к изданию. Хотелось бы заметить, что в настоящее время возникает большой интерес к обычному праву казахов, по которому есть очень хорошие работы проф. Культелеева, думаю, что назрела необходимость в их переиздании».¹⁰⁰ На заседании были представлены и отзывы д. ю. н., профессора, академика АН Украинской ССР В. М. Корецкого;¹⁰¹ д. ю. н., профессора, член-корреспондента АН Казахской ССР А. Е. Еренова; к. ю. н., доцента Л. В. Дюкова; к. ю. н., ст. науч. сотрудника Института философии и права Казахской ССР С. О. Даулетовой. Мы посчитали важным привести выдержки из отзывов названных видных ученых-юристов Казахстана.

Член-корреспондент АН Казахской ССР А. Е. Еренов отмечал: «При ознакомлении с работой бросается в глаза обилие использованных автором литературных и архивных источников. Им найдены и использован ряд нормативных материалов и документов в Московском и Ленинградском архивах, некоторые из которых до сих пор остаются неизвестными науке. Такое положение повышает научную ценность исследования, делает его более развернутым и полным... Изложение вопросов обычного права казахов осуществлено с классовых позиций. Автор показывает и обосновывает свои положения о служебной роли обычного права в феодальном казахском обществе, о заинтересованности феодальной знати в сохранении и увековечивании основных институтов и нормативов обычного права, о приспособлении их к интересам феодального класса в целом. Вместе с тем в работе дается объяснение тому положению, что за отдельные обычно-правовые нормы стояли рядовые крестьяне — члены аульной общины и последние оказывали

⁹⁸ А НАН РК. Ф. 98. Оп. 1. Д. 21.

⁹⁹ Там же.

¹⁰⁰ Там же. Ф. 98. Оп. 1. Д. 22.

¹⁰¹ К сожалению, в архивных материалах Института философии и права АН Казахской ССР нами не обнаружен текст отзыва В. М. Корецкого.

сопротивление господствующему в степи классу, стремившемуся изменить и модернизировать эти старые обычно-правовые нормы. Ценность исследования проф. С. Л. Фукса особенно очевидна на фоне отсутствия исследования или незначительного числа исследований, посвященных дореволюционному казахскому праву, которое играло значительную социальную и регулятивную роль в обществе. По рукописи можно было высказать ряд критических замечаний, направленных на ее улучшение. Но это невозможно, поскольку автора нет в живых. Эти замечания не касаются принципиальных положений работы и идейных позиций автора. Они являются сугубо вопросами научной интерпретации. Опубликование работы С. Фукса принесет только пользу науке. Она по своему содержанию и научной ценности достойна издания».¹⁰²

Л. В. Дюков писал: «Я приветствую и одобряю инициативу Института философии и права Академии Наук Казахской ССР, в особенности его отдела теории и истории государства и права, возглавляемого академиком АН КазССР С. Зимановым, по изданию ценной рукописи по обычному праву казахов ныне покойного видного ученого Савелия Львовича Фукса. Я его знал лично, знал я его как крупного исследователя истории государства и права дореволюционного Казахстана. Его докторская диссертация, посвященная этой проблеме, была в свое время первым крупным исследованием по этой проблематике. Его работа высоко оценивалась научной общественностью. Она не только не потеряла сегодня актуальность и научную ценность, мне кажется, нужда в таком исследовании в настоящее время ощущается более глубоко, чем 30 лет тому назад.

Данная работа должна быть отнесена к разряду обстоятельных исследований. Она выполнена на базе большого числа фактического, историко-нормативного материала. В ней немало интересных обобщений, доведенных в ряде случаев до уровня научных концепций, характеризующих обычное право казахского народа XVIII и XIX веков».¹⁰³

С. О. Даулетова в своем отзыве заметила, что «читатель, тем более специалист в первую очередь обратит внимание на то... в какой мере эта работа связана с монографией Культелеева Т. М., посвященной уголовному обычному праву казахов и опубликованной в 1955 г.; нет ли повторения или что нового в работе С. Л. Фукса по сравнению с работой Т. М. Культелеева. Ознакомление с рукописью С. Фукса показывает, что эту работу отличает свой стиль, свой подход, своя постановка и интерпретация вопросов. Эти работы не дублируют друг друга, скорее всего они дополняют друг друга. Так, что и в этом плане рукопись

¹⁰² А НАН РК. Ф. 98. Оп. 1. Д. 27–28.

¹⁰³ Там же. Д. 25.

С. Л. Фукса представляет значительный интерес и ее издание вполне оправданно».¹⁰⁴

Под редакцией академика С. З. Зиманова в 1981 г. в г. Алма-Ате впервые были изданы отдельные главы из диссертации С. Л. Фукса.¹⁰⁵

Долгое время место нахождения диссертации С. Л. Фукса оставалось неизвестным. С. З. Зиманов отмечал отсутствие диссертации в Государственной библиотеке им. В. И. Ленина.¹⁰⁶ Неизвестность диссертации во многом была связана с ее засекреченностью на протяжении полувека. К настоящему времени на диссертации Фукса стоит зачеркнутый гриф «Секретно». В нормативных актах о документах для служебного пользования говорится, что «степень секретности определяется руководителем вуза, научно-исследовательского учреждения, предприятия или учреждения по месту выполнения работы», сведения о защите диссертации с грифом «секретно» и «совершенно секретно» не предоставлялись.¹⁰⁷ Подлинная причина засекречивания диссертации С. Л. Фукса нам не известна. С данным вопросом мы обращались в Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Государственный архив РФ. К сожалению, материалы защиты диссертаций 1940–1950-х гг. в Институте законодательства и сравнительного правоведения не сохранились, необходимые для нас документы ГАРФ переданы на хранение в филиал архива в Тюменской области. Сопоставляя имевшиеся в наличии документы и материалы, учитывая политико-правовую ситуацию рассматриваемого периода, мы предполагаем, что проблемы обычного права не популяризировались широко в советской юридической науке, политическая и правовая обстановка в стране не всегда учитывала научные интересы, потребности в конкретных исследованиях как в союзных республиках, так и в центральных научных учреждениях. Если говорить конкретно о Казахстане, то за год до защиты диссертации С. Л. Фукса в 1947 г. было принято Постановление ЦК КП (б) Казахстана «О грубых политических ошибках в работе института языка и литературы Академии наук Казахской ССР»,¹⁰⁸ было проведено собрание работников науки, литературы

¹⁰⁴ Там же. Л. 29.

¹⁰⁵ Фукс С. Л. Обычное право казахов в XVIII — первой половине XIX века // Под ред. С. З. Зиманова. Алма-Ата, 1981. 224 с.

¹⁰⁶ Зиманов С. З. От редактора // Фукс С. Л. Обычное право казахов в XVIII — первой половине XIX века. Алма-Ата, 1981. С. 4.

¹⁰⁷ Из Положения о порядке защиты диссертаций с грифом «Секретно» и «Совершенно секретно» // Российский государственный архив новейшей истории (далее — РГАНИ). Ф. 5. Оп. 17. Д. 527. Л. 40, 41.

¹⁰⁸ Постановление ЦК КП (б) Казахстана «О грубых политических ошибках в работе института языка и литературы Академии наук Казахской ССР» // Казахская правда. 1947. 1 фев.

и искусства г. Алма-Аты.¹⁰⁹ В Постановлении называлась работа А. Маметовой «Ораторские речи казахских биев» и отмечалось, что в данной работе наряду с другими «имеется явный отрыв литературы от условий материальной жизни общества, отрицание или затушевывание классовой борьбы в казахском ауле, идеализация прошлого феодально-родового строя», крупные феодалы «прославляются как народные мудрецы и защитники народа».¹¹⁰ Политико-правовые исследования, впрочем, как и исторические, общественно-политические и экономические, должны были соответствовать партийной доктрине. Любое постановление ЦК компартии вызывало некоторую сдержанность в оценках, суждениях, анализе проблем, сковывало инициативу, развитие мысли. Тем не менее С. Л. Фукс, принимая во внимание постановление казахстанского ЦК, продолжает свои разработки и выходит на защиту диссертации. В 1950 г. в газете «Правда» в статье «За марксистско-ленинское освещение вопросов истории Казахстана» вновь обращалось внимание на идеологические аспекты в исследованиях общественных наук. Названные партийные документы, на наш взгляд, оказали определенное влияние на степень открытости, публичности обсуждений проблем досоветского государственно-правового развития, политико-правовой истории казахского народа. Труд С. Л. Фукса также, видимо, оказался подвергнутым политической и идеологической цензуре в соответствии с партийными установками.

Определенное место в работе занимает анализ шариата как источника права наряду с нормами обычного права, что, возможно, также не приветствовалось с идеологической точки зрения.

В начале 1950-х гг. ведущие научно-исследовательские институты — ВИЮН МЮ СССР, Институт права АН СССР, редакция журнала «Советское государство и право», отдельные кафедры Московского ЮИ — были подвергнуты критике идеологами ЦК ВКП(б). ВИЮН обвинили в «неправильной линии, заключающейся в недооценке и игнорировании в трудах института по социалистическому государству и праву цельного и законченного учения о социалистическом государстве, созданного И. В. Сталиным»;¹¹¹ Институту права вменялось, что «под видом “развития” марксистско-ленинской теории, организовал в 1950 г. политически вредную дискуссию “о государстве в обществе”... Открыто возродил каутскианско-троцкистские трактовки государства.

¹⁰⁹ *Боевые задачи работников идеологического фронта* // Там же. 14 февр.

¹¹⁰ Там же. — О защите кандидатской диссертации А. С. Маметовой см.: *О защите диссертации* // Там же. 1945. 7 июля.

¹¹¹ Российский государственный архив социально-политической истории (далее — РГАСПИ). Ф. 17. Оп. 133. Д. 287. Л. 28.

Выступил против Сталинского определения диктатуры пролетариата и заменил Сталинское определение — троцкистским»,¹¹² в 1952 г. Президиум АН СССР отмечал, что «Институт права АН СССР несет ответственность за неудовлетворительное состояние научно-исследовательской работы в области права»;¹¹³ журнал «Советское государство и право» совместно с руководством Московского ЮИ квалифицировались как «антипартийная группа» и, как зафиксировано в документе, «занимались а) протаскиванием троцкистских и антисоветских идей в “теории”; б) демонстративно игнорировали критику центральной партийной и советской печати, направленной против извращения ими марксистско-ленинской теории».¹¹⁴ Как видим, идеологическая работа по искоренению любого инакомыслия, недопущения плюрализма мнений проводилась в центре.

Другой причиной, повлиявшей на секретность работы, мог быть и статус ВИЮН. Специфика учреждения — Всесоюзного института юридических наук при Министерстве юстиции (ранее — при НКЮ СССР) была связана более с отраслевыми, специальными юридическими науками.¹¹⁵ Имелся сектор теории и истории государства и права ВИЮН, который впоследствии был вовсе закрыт.¹¹⁶ Активная деятельность названного сектора была связана с именем С. В. Юшкова, работавшего в нем до начала 1950-х гг. В отличие от него Институт права АН СССР постоянно работал над проблемами теории и истории права государства.

Таким образом, судьба диссертации С. Л. Фукса оказалась связанной отчасти с реорганизацией ВИЮН и Института права АН СССР, а более всего с политико-правовой ситуацией в СССР. В начале 1950-х гг. ЦК КПСС рассматривал вопрос об объединении названных Институты. В служебной записке от 30 сентября 1953 г., предназначенной для Секретаря ЦК КПСС М. А. Суслова,¹¹⁷ говорилось: «В настоящее время

¹¹² Там же. Л. 4.

¹¹³ Там же. Л. 113, 116.

¹¹⁴ Там же. Л. 3–4.

¹¹⁵ РГАНИ. Ф. 5. Оп. 17. Д. 428. Л. 14, 18, 20. — Вопрос об объединении ВИЮН и ИП АН СССР поднимался на протяжении 1950-х гг. несколько раз. В итоге ВИЮН (образован в 1925 г.) был реорганизован в 1963 г. во Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства (ВНИИСЗ), в 1989 г. ВНИИ советского государственного строительства и законодательства — в Институт сравнительного правоведения и проблем законодательства при Правительстве РФ, в настоящее время — это Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Таким образом, предполагавшегося объединения ВИЮН МЮ СССР и Института права АН СССР не произошло.

¹¹⁶ РГАНИ. Ф. 5. Оп. 35. Д. 24. Л. 8.

¹¹⁷ Суслов Михаил Андреевич (1902–1982), советский партийный и государственный деятель, член ЦК КПСС с 1947 г., один из основных идеологов КПСС при Л. И. Брежнев.

Институт особенно нуждается в специалистах по истории государства и права СССР, истории политических учений, по Советскому государственному праву и государственному праву стран народной демократии и другим отраслям правовой науки», «Президиум АН СССР считает необходимым в целях сосредоточения научных кадров по вопросам права объединить ИП АН СССР и ВЮИ (подразумевается ВИЮН) МЮ СССР в единый научно-исследовательский институт».¹¹⁸ 1 ноября 1953 г. Президиумом АН СССР и МЮ СССР было направлено совместное письмо-ходатайство Секретарю ЦК КПСС Н. С. Хрущеву,¹¹⁹ в котором говорилось «о слиянии Института права АН СССР и ВИЮН МЮ СССР» и о целесообразности «создать на базе этих институтов единый Институт государства и права АН СССР. Отдел науки и культуры ЦК КПСС поддерживает предложение о слиянии Института права АН СССР и ВИЮН СССР и о создании Института государства и права АН СССР».¹²⁰ Мы предполагаем, что ввиду изложенного казахстанские исследователи называли местом защиты диссертации Институт государства и права АН СССР. Докторская диссертация С. Л. Фукса найдена нами 11 октября 2004 г. в библиотеке Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, преемнике ВИЮН МЮ СССР. Сведения на титульном листе диссертации позволяют установить, что защита докторской диссертации С. Л. Фукса проходила в названном институте.

В послевоенный период С. Л. Фукс продолжал работать в Харьковском ЮИ, занимался исследованиями в области теории и истории государства и права,¹²¹ принимал активное участие в создании «Истории государства и права Украинской ССР».¹²²

С. Л. Фукс в 1945 г. награжден орденом «Знак почета» и Грамотой Президиума Верховного Совета Казахской ССР, в 1946 г. — медалью «За доблестный труд в Великой Отечественной войне 1941–1945 гг.», в 1947 г. — Грамотой Президиума Верховного Совета Украинской ССР. В 1981 г. за весомый вклад в разработку фундаментальных проблем истории государства и права Украины профессор С. Л. Фукс был удостоен (посмертно) Государственной премии Украинской ССР в области науки и техники.¹²³

¹¹⁸ РГАНИ. Ф. 5. Оп. 17. Д. 428. Л. 14, 16.

¹¹⁹ Хрущев Никита Сергеевич (1894–1971), видный советский партийный и государственный деятель. В 1953–1964 гг. первый секретарь ЦК КПСС (*Никита Сергеевич Хрущев. Материалы к биографии* / Сост. Ю. В. Аксютин. М., 1989; *Хрущев Н. С. Время. Люди. Власть. Воспоминания*: В 4 кн. М., 1999).

¹²⁰ РГАНИ. Ф. 5. Оп. 17. Д. 428. Л. 27–28.

¹²¹ А ИП и Г РАН. Ф. 1. Оп. 7. Д. 134. Л. 73.

¹²² См. библиографию С. Л. Фукса.

¹²³ Из письма В. Д. Гончаренко (зав. кафедрой истории государства и права Украины и зарубежных стран Национальной юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого) от 15 февраля 2005 г. автору статьи. Личный архив.

**Докторская диссертация С. Л. Фукса
«Очерки истории государства и права казахов в XVIII
и первой половине XIX в.»**

Докторская диссертация С. Л. Фукса состоит из семи глав; каждая глава представляет собой очерк из истории государства и права казахов, содержит предварительные замечания, выводы, список использованных источников, специальной литературы.

Замысел, тема и содержание работы были характерны для периода, когда огромное и многонациональное государство, его политико-правовая доктрина нуждались в консолидации, в патриотизме, основанном на знании прошлого, в формировании эффективной и адаптированной к новым условиям правовой системы права, концепции права как на федеральном уровне, так и в субъектах Федерации. В 1940–50-е гг. проходило активное становление историко-правовой науки советского государства, исследования государственно-правового развития проводились во многих союзных республиках: России, Украине, Узбекистане, Дагестане, Казахстане.¹²⁴

В диссертации С. Л. Фукса получили отражение и были развиты в соответствии с ее целями многие актуальные вопросы государственно-правовой науки 1940–50-х гг. К ним можно отнести теоретические вопросы: понятия источников права, их классификация; формы государства; социальная стратификация обществ феодального типа; право собственности на основные средства производства; государственный механизм и государственный аппарат; организация государственного принуждения; процессуальные нормы; понятия преступления и наказания.

С. Л. Фукс впервые с позиций юридической науки анализирует работы по истории государства и права Казахстана дореволюционной

¹²⁴ В это время были изданы: *Владимирцов Б. Я.* Общественный строй монголов. Л., 1934; *Ковалевский М. М.* Очерк происхождения семьи и собственности. М., 1939; *Материалы по истории Казахской ССР (1785–1828 гг.)*. Т. 4. М.; Л., 1940; *Кечекьян С. Ф.* О понятии источника права // Уч. зап. МГУ. Вып. 116. Труды юридического факультета. Кн. II. М., 1946; *Дурманов Н. Д.* Понятие преступления. М., 1948; *Исаев М. М.* Уголовное право Киевской Руси // Уч. труды ВИЮН. Вып. 8. М., 1946; *Ладыженский А. М.* Адагы горцев Северного Кавказа (Тезисы) // Вестник МГУ. 1947. № 12. С. 173–183; *Батраков В. С.* Особенности феодализма у кочевых народов // Материалы научной сессии АН Уз. ССР, 9–14 июля 1947 г. Ташкент, 1947; *Материалы по казахскому обычному праву*. Сб. 1 / Сост. Т. М. Культелеев, М. Г. Масевич, Г. Б. Шакаев. Алма-Ата, 1948; *Материалы по истории Казахской ССР (1741–1751 гг.)*. Т. 2. Ч. 2. Алма-Ата, 1948; *Каграманов В. П.* Преступления в области брачно-семейных отношений. М., 1950; *Зимин А. А.* К памятникам права Киевского государства. М., 1952; *Гарданов Б. А.* Материалы по обычному праву кабардинцев. Первая половина XIX в. Нальчик, 1956.

эпохи, объясняет периоды подъема и спада исследовательского интереса дореволюционных авторов. По мнению ученого, период XVIII — начала XIX в. интересен тем, что были проведены исследования с целью «выяснения механизма власти в казахском государстве». В работах чиновников пограничной администрации П. И. Рычкова, А. И. Левшина, М. И. Броневского и др. содержатся богатые сведения о государственном устройстве казахов, о рычагах принуждения, имевшихся у органов власти, о взаимоотношениях ханов, султанов и старшин. Автором замечено, что «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».¹²⁵

Глубокое изучение вопросов эволюции институтов права, в том числе обычного права, дало возможность С. Л. Фуку утверждать, что в дореволюционное время господствовал колонизаторский подход в сфере сбора материалов и сведений по казахскому обычному праву. Это объясняется тем, что «основная цель относящихся сюда литературных трудов заключалась в создании справочных руководств для чиновников царской администрации».

Ученый был убежден, что для правильного научного освещения истории казахского народа важны исследования в области казахского права, анализ норм известных отраслей обычного права казахов. Он первым отмечает важность пересмотра вопроса о соотношении обычного права и шариата у казахов, изучения норм казахского судоустройства и процесса.

Развивая мысль о значении историко-правового исследования, С. Л. Фукс указывает, «что расширение и углубление исследований в области казахского права» будут способствовать развитию исследований «социально-экономической истории казахов», «науки истории и теории государства и права».

Критическое осмысление архивных, периодических и других источников позволили ему заявить предметом исследования «исторически сложившиеся к XVIII в. политические и правовые учреждения казахов, а не деформацию их под воздействием колониальной политики российского царизма с конца XVIII в.». Подобная задача в казахской историко-правовой проблеме ставилась впервые.

¹²⁵ Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. Харьков, 1948. С. 2.

Характерная черта исследования ученого — применение сравнительного анализа, раскрывающего знатока всеобщей истории права и государства. Эффективность использования методов сравнительного анализа, сравнительного правоведения впоследствии подчеркивали и другие ученые.¹²⁶

Докторская диссертация С. Л. Фукса, явившаяся первой специальной исследовательской работой о государственно-правовом развитии казахов, была и результатом формирования советской историко-правовой науки и оказала большое влияние на юридическую науку Казахстана в целом.

Первая глава посвящена вопросам источников казахского права. Она впервые в Казахстане была издана в 2003 г. под редакцией С. З. Зиманова.¹²⁷

В этой главе диссертации получили обстоятельное освещение памятники истории казахского права, взаимосвязь казахского права с древним монгольским правом, кодификация казахского обычного права, инкорпорация норм шариата в казахский адат, документальные свидетельства о казахском обычном праве, произведенные по распоряжению царского правительства.

Отметим, что С. Л. Фукс первым в историко-правовой науке дает научный критический анализ, характеристику известных в 1940–50-е гг. источников по истории казахского права. Он пишет, что «до середины XIX в. никакой вообще специальной юридической литературы, относящейся к казахскому праву, не было. Появившаяся в 1860-х гг. юридическая литература по казахскому праву представляла собою лишь более или менее систематизированные сборники обычного права». Далее он подвергает детальному разбору сведения, представленные

¹²⁶ Дюков Л. В., Давидович А. М. К вопросу о характере власти и управления в Казахстане в XV–XVIII вв. // Уч. труды КазГУ. Т. 8. Сер. юрид. Алматы, 1967; Узбекулы С. Хан Тауке и правовой памятник «Жеті жарғы». Алматы, 1998.

¹²⁷ Фукс С. Л. История казахского права по русским источникам XVIII–XIX вв. // Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования: В 10 т. Т. 2. Алматы, 2003. С. 412–432. — Впервые в переводе на казахский язык работа была опубликована в 2004 г.: Фукс С. Л. XVIII–XIX ғасырлардағы орыс жазбаларындағы қазақ құқығының тарихы // Қазақтың ата заңдары. Древний мир права казахов. Алматы, 2004. 586–606 б. (на рус. яз.: Там же. С. 607–628). — Следует отметить, что данная статья представляет собой выдержки гл. 1 «К вопросу об источниках для истории казахского права» диссертации С. Л. Фукса, а именно § 2 «Отношение казахского права к древнему монгольскому праву», § 3 «Законы Тауке», § 4 «Роль шариата в казахском праве» (Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в.: Дис. ... д-ра юрид. наук. Харьков, 1948. С. 35–44, 45–56, 57–74).

Л. Ф. Баллюзек, Г. Загряжским, П. Е. Маковецким, Н. И. Гродековым, А. И. Добросмысловым, А. И. Левшиным, П. И. Рычковым, М. И. Броневским, А. К. Гейнсом, И. И. Крафтом и др.¹²⁸ Критикуя и указывая тенденциозные направления в трудах названных составителей, С. Л. Фукс подчеркивает, что «сведения о казахском праве в них содержащиеся представляют собою серьезную ценность», «работы могут и должны быть, при тщательной критической проверке сообщаемых ими данных, использованы не только для истории права второй половины XIX в., но, как вспомогательные данные, и для предшествующего периода».

В характеристике источников, в сведениях о них мы видим и человеческие качества С. Л. Фукса, поскольку он предоставляет внимательному исследователю достаточно информации о характере того или иного источника, помогает ему в поиске, раскрывает некоторые методы работы с источниками.

Им вынесены замечания по определению «соотношения памятников права и прочих источников для истории казахского права». При этом он утверждает, что «неизбежно придется затронуть и вопрос о соотношении казахского права с древним монгольским правом, шариатом и законодательством царизма».

С. Л. Фукс и Т. М. Культелеев полемизировали по вопросу о соотношении казахского права с древним монгольским правом. Т. М. Культелеев считал не столь важным освещение влияния древнего монгольского права на обычное право казахов. Однако С. Л. Фукс остался на своей позиции и раскрыл названную проблему в своей диссертационной работе. Вопрос о влиянии шариата на казахское обычное право исследовался в 1990-е гг. В 1998 г. была защищена докторская диссертация Н. У. Усерова (научный консультант — академик С. З. Зиманов) на тему «Исследование влияния шариата на казахское обычное право».¹²⁹

С. Л. Фукс подробно анализирует причины и степень влияния монгольского права на обычное право казахов. В данном аспекте им отчасти использована концепция Ф. Леонтовича «о монгольском происхождении казахского права». При исследовании «монгольской концепции» происхождения казахского права С. Л. Фукс анализирует правовые институты монгольского права и обычного права казахов, дает специфические черты системы права Чингиз-хана и заключает, что «порядок

¹²⁸ С. З. Зиманов, Н. У. Усеров также придерживаются мнения о необходимости аналитического обзора русских письменных источников права, о которых писал С. Л. Фукс, а также других авторов: *Зиманов С. З., Өсерұлы Н.* Қазақ әдет-ғұрып заңдарына шариаттың әсері. Алматы, 1998. 9, 11–13 бб.

¹²⁹ *Зиманов С. З., Өсерұлы Н.* Қазақ әдет-ғұрып заңдарына шариаттың әсері. 3, 4, 28–43, 44–120 бб.

отношений, возникший в деспотической варварской империи», не мог утвердиться в децентрализованном казахском государстве. Таким образом, С. Л. Фукс выражает точку зрения, согласно которой следует говорить не о влиянии, а о сходстве систем монгольского и казахского права. При этом, по мнению ученого, сходство это объясняется общностью способов производства, идентичным бытом, вызванным кочевым скотоводством.

С. Л. Фукс впервые на профессиональном научном уровне рассмотрел историко-правовой памятник «Жеті жарғы»,¹³⁰ кодификацию обычного права казахов, составленную при хане Тауке. Позже в 1977 г. данная проблема была проанализирована Н. У. Усеровым.¹³¹ В своих последующих работах Н. У. Усеров также указывает, что вопрос о законах Тауке-хана поднимался С. Л. Фуком.¹³²

Подробное изучение данного законодательного акта, периода его создания, отсутствие письменных источников по ранним законодательным актам позволили С. Л. Фуку отнести «Жеті жарғы» к источникам права XVI–XIX вв.

Проницательный взгляд и аналитический ум С. Л. Фука подверг разбору редакции записи законов Тауке-хана: Гавердовского (1803 г.), К. Шукуралиева (1804 г.), А. И. Левшина (1832 г.). Подчеркивая бесспорность заслуг А. И. Левшина в сборе и систематизации материалов о казахах, ученый отмечает и некоторые несоответствия, приведенные в его сведениях.

¹³⁰ Тексты «Жеті жарғы» см.: *Тәуке ханның «Жеті жарғы» заңдарына арналған пікірлер және олардың нұсқалары. Зерттеулер мен пайымдаулар.* — О законах Тауке хана «Жеті жарғы» и их варианты. Исследования и высказывания // Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования: В 10 т. Т. 4. Алматы, 2005. С. 173–475; «*Жеті жарғының*» бізге жеткен нұсқалары. Варианты «Жеті жарғы», дошедшие до нас // Там же. С. 476–494; *Жеті жарғы* (Қазақтардың көне ел билеу заңы) // Там же. С. 476–477; *Свод* государственных уложений (правила управления древних казахов) // Там же. С. 477–478; *Левшин А.* 1) Жеті жарғы // Там же. С. 479–482; 2) Жеті жарғы (қазақ тілінде) // Там же. С. 482–485; *Снасский Г.* Жеті жарғы // Там же. С. 485–486; *Снасский Г.* Жеті жарғы (қазақ тілінде) // Там же. С. 486–487; *Әз Тәукенің заңдары* // Там же. С. 487–488; *Төрт құбыламызды түгелдейік* // Там же. С. 488–491; *Тәуке ханның тұсында ел арасындағы дау-жанжалдың бітімі туралы* // Там же. С. 492–493; *Шукуралиев К.* 1) Известие об «Уложении» хана Тауке // Там же. С. 491–492; 2) Тәуке хан «жарғысы» хақында мағлұмат // Там же. С. 493–494. — Частичный текст «Жеті жарғы» см.: *Жеті жарғы.* Бұрынғы қазақтардың ел билеу заңы. Фольклор. Свод государственных уложений (на казахском, арабском, персидском, английском, немецком, французском, русском языках). Алматы, 1993. 20 б.

¹³¹ *Усеров Н. У.* Исследование правового памятника «Жеті жарғы»: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алматы, 1977. 25 с.

¹³² *Өсерұлы Н.* Жеті жарғы. Алматы, 1995. 4 б.

Один из немногих фрагментов диссертации С. Л. Фукса, опубликованных в казахстанской печати, посвящен влиянию шариата на казахское обычное право. Данный вопрос обсуждался между ним и Т. М. Культелеевым в их личной переписке. Позже Т. М. Культелеев в своей диссертации вновь коснулся позиции С. Л. Фукса, который стремился показать большую тяжесть репрессий, приносимых шариатом по сравнению с казахским обычным правом, гибкость казахского обычного права, что наблюдается в случаях замены наказания смертной казнью за особо тяжкие преступления выплатой соответствующей композиции. С. Л. Фукс также считал, что для установления полноты картины эволюции казахского обычного права необходимо по возможности использовать все известные опубликованные и не опубликованные источники, обнаруженные в архивах, в том числе для объективной оценки влияния шариата на казахский адат.

Т. М. Культелеев отмечал, что «роль и значение шариата в Казахстане нельзя рассматривать без учета времени, места и обстановки», «в первой половине XIX в. в Казахстане роль и значение шариата в казахском праве постепенно возрастают, в отдельных местностях некоторые нормы шариата начинают переплетаться с нормами казахского обычного права». ¹³³ Он считал, что С. Л. Фукс преувеличивает влияние шариата, что «роль шариата в казахском праве не столь велика, чтобы она могла определить характер уголовной репрессии или могла нам дать ключ к пониманию характера классовой борьбы в казахском обществе и проблемы государственности и права казахов, тем более, когда речь идет в отношении права того периода (конец XVIII и первая половина XIX вв.), когда большая часть территории Казахстана уже была присоединена к России и все так называемые “государственные преступления” стали рассматриваться на основании уголовных законов империи». ¹³⁴ Однако мысль С. Л. Фукса об определенном значении влияния шариата на казахский адат была более развернута, систематизирована и обоснована в докторской диссертации. Нам неизвестно, работал ли с полным текстом диссертации Т. М. Культелеев. Переписка двух ученых свидетельствует, что вопрос о степени влияния шариата на казахское обычное право между ними обсуждался, и аргументы коллеги учитывались при доработке тех или иных положений.

¹³³ *Культелеев Т. М.* Уголовное обычное право казахов. Алматы, 2004. С. 134, 139.

¹³⁴ Там же. С. 140.

Действительно, С. Л. Фукс обосновывает «огромную роль в казахской юстиции» шариата и тем, что он предоставлял «возможность резкого усиления уголовной репрессии, давая в руки господствующего класса такие меры репрессии, как телесные и членовредительные наказания, неизвестные адату, и чрезвычайно расширяя сферу применения смертной казни».¹³⁵

Однако можно ли с абсолютной уверенностью утверждать, что в правовых отношениях казахов XVIII и первой половины XIX в. действовала только одна система права? Например, А. Леонтьев в 1890 г. замечал: «Непосредственное влияние русских порядков на склад жизни киргиз началось очень недавно: в Малой Орде — лишь с 1868 г., в Средней — несколько раньше, именно около 1838 г.», но было поверхностно «вплоть до того же 1868 г., а в Большой Орде — проявилось и того позже». «До 1838 г. в Средней и до 1868 г. в Малой Ордах киргизы были совершенно независимы в своей внутренней жизни от влияния русского закона. В некоторых областях правовой жизни не киргизы, а русские приспосаблились к юридическим воззрениям киргиз», «бии и народные судьи киргиз вынуждены бывают заимствовать свои правовые положения из других источников, главным образом, из шариата, а отчасти и из русских законов».¹³⁶

Несмотря на изменения в подсудности суда биев согласно «Уставу о сибирских киргизах» 1822 г., по которому все судебные дела среди казахов дифференцировались на три категории: 1) уголовные; 2) исковые; 3) по жалобам на управление, в целом сохранялась система суда биев. Т. М. Культелеев пишет: «В Старшем жузе суды биев почти до 1870-х гг. продолжали решать сложнейшие уголовные дела на основании

¹³⁵ Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. Харьков, 1948. С. 58. — Рукопись диссертации С. Ф. Фукса «Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в.» в настоящее время находится в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (директор Института — д. ю. н., профессор Талия Ярулловна Хабриева, первый заместитель директора — д. ю. н., профессор Юрий Александрович Тихомиров). Запись о месте хранения диссертации, ее полном правильном названии, а также указание на вид исследования в качестве диссертации произведены сотрудниками отдела научной библиографии Института государства и права РАН, в каталогах которого нами и была обнаружена карточка следующего содержания: «Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. Т. 1–3. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. Харьков, 1948 г. 1224 с. (ВИЮН)».

¹³⁶ Леонтьев А. Обычное право киргиз. Судостроительство и судопроизводство // Юридический вестник. Т. 5. М., 1890 (цит. по: *Өзбекұлы С. Көшпелі қазақ өркениетіндегі құқық. Право кочевой цивилизации казахов. Алматы, 2002. С. 184, 185).*

обычного права», «нередко само царское правительство обращалось к суду биев за разбирательством значительных категорий уголовных дел казахов, подлежащих к подсудности общеимперских судов».¹³⁷

С. Л. Фукс отмечает, что шариат не оказывает сколько-нибудь заметного влияния до конца XVIII в. и только в «первой четверти XIX в. играет роль решающего орудия в обеспечении путем “правосудия” интересов господствующего класса казахского общества», что подтверждалось и Т. М. Культелеевым, который при этом также замечал, что «практическое преломление норм шариата в Казахстане во многом зависело и от личных взглядов тех или иных ханов и султанов».¹³⁸ Данное утверждение можно отнести и к царскому правительству.

В связи с этим С. Л. Фукс приводит свои наблюдения об изменении взглядов поручика д'Андре на адат и шариат, их взаимопроникновении в казахской степи. Во второй половине XIX в. шариат, по мнению С. Л. Фукса, утрачивает свои прежние позиции в казахском праве.

Большое значение среди источников С. Л. Фукс отводит записке «О киргизских законах» Путинцева: «Записка содержит исключительный по обстоятельности деталей материал, характеризующий казахское судопроизводство»,¹³⁹ отдельные институты казахского права, истории казахского права и государства в целом.

Характеризуя «Свод комитета 1824 г.», ученый отмечает, что этот Свод «является первым значительным памятником казахского права, в котором четко выражено как влияние шариата, так и влияние права Российской империи».¹⁴⁰

«Описание киргизских обычаев» д'Андре занимает особое место в исследовании С. Л. Фукса. Ему он посвятил отдельную статью в первом выпуске юридической серии Известий АН Казахской ССР в 1948 г. На «Черновики д'Андре» в Центральном государственном историческом архиве Казахской ССР ученому указал Т. М. Культелеев, о чем С. Л. Фукс с благодарностью пишет в своем письме. Кроме того, эта статья также обсуждалась между двумя учеными и является неким

¹³⁷ *Культелеев Т. М.* Уголовное обычное право казахов. Алматы, 2004. С. 70, 71. — Особенности применения и использования казахского обычного права в колониальный период Казахстана рассматривались позже в работах З. Ж. Кенжалиева: *Кенжалиев З. Ж.* Ресей империясы тұсында қазақ әдет-ғұрып құқығын пайдалану ерекшеліктері // *Кенжалиев З. Ж.* Көшпелі қазақ қоғамындағы дәстүрлі құқықтық мәдениет (теориялық мәселелері, тарихи тағылымы). 138–152 б.

¹³⁸ *Культелеев Т. М.* Уголовное обычное право казахов. С. 136–137.

¹³⁹ *Фукс С. Л.* Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. Харьков, 1948. С. 75.

¹⁴⁰ Там же. С. 77.

отчетным материалом старшего научного сотрудника — совместителя Сектора права С. Л. Фукса о проделанной работе.¹⁴¹ Описывая происхождение черновиков д'Андре, он подчеркивает их ценность.

Во второй главе затрагиваются вопросы теории государства, теории феодального государства кочевников и «ведущей роли кочевого скотоводства в экономике Казахстана и вытекающих отсюда особенностей возникновения и развития классового общества и государства у казахов; значения права распоряжения кочеванием и его отношении к земельной собственности».¹⁴²

Первое упоминание в документах об исследованиях ученого по теме «Казахское феодальное государство» относится к 1943 г. Первые результаты были доложены им на конференции Ташкентского ЮИ в 1944 г.¹⁴³

Следует отметить, что проблемы возникновения, развития феодального государства, феодального способа производства, права собственности на основные средства производства к моменту защиты докторской диссертации и после нее были актуальными в казахстанском Секторе права, Институте истории, Институте экономики АН Казахской ССР, в республиках Средней Азии и Институте права АН СССР. С. Л. Фукс первым среди советских ученых-юристов обстоятельно представил свою концепцию на большом академическом форуме в 1949 г. в Алматы. Заметим, что на первую научную сессию Сектора права АН Казахской ССР он приехал уже с четко выстроенной концепцией в целях ее обсуждения и развития со специалистами. Он просил Т. М. Культелеева поставить его доклад рядом с докладом С. В. Юшкова.¹⁴⁴ Однако названные проблемы не получили своего окончательного решения, ученые не пришли к единому мнению, концепция С. Л. Фукса не была воспринята как единственно верная. Этого, возможно, добивался и сам ученый. Для него было важнее поднять проблему, взбудоражить мысль, подвигнуть к поиску истины молодых ученых, себя, своих коллег. Выступление С. Л. Фукса на сессии, его точка зрения во всесоюзной дискуссии еще несколько лет обсуждались, приобретая новых сторонников и оппонентов.

¹⁴¹ А НАН РК. Ф. 10. Оп. 18. Д. 3. Л. 20-21, 22-24.

¹⁴² Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. С. 120.

¹⁴³ Тлепина Ш. В. Из истории юридической науки Казахстана // Образование. Наука. Творчество. 2004. № 4 (5). С. 126.

¹⁴⁴ Тлепина Ш. В. Научно-исследовательская деятельность Сектора права (1945-1955 гг.) // Научные труды «Әділет». 2005. № 1 (17). С. 7-31.

Подробное изучение социально-экономических вопросов привело Фукса к выводу о том, что в казахском обществе до конца XVIII в. наблюдается неразвитость частной собственности на землю и фактическая узурпация земли, «которые не могут рассматриваться как первичная основа складывавшихся у казахов феодальных отношений». Земельная собственность и узурпация земли феодалами, заключает ученый, — производные от концентрации в руках феодалов скота, а феодальный характер производственных отношений определяет тип казахского общества в XVI–XVIII вв. По этим вопросам мнения ученых разделились.

Третья глава по своему замыслу и содержанию также относится к проблемным вопросам теории государства, механизма государства и его структуры. В ней С. Л. Фукс показывает, что механизм и структура казахского государства существенно отличают его от феодальных государств оседлых народов; анализирует организацию государственной власти; пишет об отсутствии в кочевой общине государственного аппарата, отделенного от народа, аппарата государственного принуждения, упорядоченной системы налогов, нахождении в зародышевом состоянии центрального государственного аппарата, невозможности монополизации судебной власти ханами и султанами.

Отсутствие единства государства, слабость центральной власти и «эфемерный непрочный характер достигаемого временами объединения государства» С. Л. Фукс объясняет «отсутствием зависимости по “земле”», отсутствием частной собственности на землю, что «делает отношения вассалитета крайне неустойчивыми, непрочными».

Ученый считает, что рассмотрение государства следует начинать с характеристики казахской патронимии — рода. Он относит род к низшему звену государственной организации, ячейки государства, основного звена всей казахской государственности, территориально объединяющейся в группы низшего таксономического уровня — аулы. Обоснование рода как основного звена казахской государственности у С. Л. Фукса строится на том, что «государственная власть, стоящая над родами, в Казахстане обычно крайне слаба, а порою и вовсе отсутствует».

К органам родовой власти С. Л. Фукс относит родоначальников — старшин, биев, батыров. Он первым в профессиональной юридической научной литературе исследует применение принципа меритократии¹⁴⁵

¹⁴⁵ О принципе меритократии см.: *Ерофеева И. В.* 1) Хан Абулхайр: полководец, правитель, политик. Алматы, 1999. С. 43; 2) Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. Алматы, 2003. С. 14–15.

и наследственности в выборности, назначаемости, преемственности органов родовой власти; рассматривает вопрос объема власти старшин и механизма ее осуществления.

К патриархально-родовым формам классового господства отнесен институт «аксакалов». Ученый показывает его трансформацию в определенных политико-правовых изменениях государственного строя.

Такая группа, как старшины — казахские «родоначальники», рассмотрены в качестве решающей политической силы. Уделено внимание совету и съездам старшин. Содержатся ценные наблюдения и замечания о праве старшин на государственные доходы и право выбирать хана. В связи с названными моментами в истории государства и права казахов С. Л. Фукс определяет древность политического господства старшин, особенности древних форм кочевой государственности.

Мысли и наблюдения С. Л. Фукса о государственном механизме в его высших звеньях заслуживают особого упоминания. Здесь он приводит оценки казахского государства русскими авторами с точки зрения подданных абсолютистской монархии, их сравнение казахских ханств с Джунгарией и среднеазиатскими ханствами.

Ценные замечания С. Л. Фукс приводит о «главном хане», его избрании, полномочиях, безвластии ханов, их полководческом мастерстве. Он рассуждает «о внешней общности судьбы, низводящей ханов в силу превратностей военно-политической карьеры на положение нищих», о принципе меритократии в среде казахских султанов, об исключительных политических правах субэтнической сословной группы — *торе*,¹⁴⁶ о сложных судьбах казахских коронованных особ.

С. Л. Фукс упоминает в своей работе и периоды, когда «ханская власть стояла в зените своего могущества и славы», — «время хана Тауке». Большое внимание уделено отношению русских документалистов к периоду правления Тауке-хана, Абулхайр-хана.

Кроме того, С. Л. Фукс рассуждает о факторах, обстоятельствах, которые могли содействовать объединению государства под сильной властью. Комплекс мыслей, наблюдений С. Л. Фукса способствовал выведению некоего образа, представления о хане преимущественно как о полководце, арбитра-судье, при этом лишенном полноты политической власти.

Рассматривая далее социальную стратификацию казахского феодального общества, С. Л. Фукс останавливается на сущности «тюленгутизма» и ставит вопрос о связи института тюленгутов с потребностями

¹⁴⁶ *Ерофеева И. Е.* Послесловие // Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей / Под общ. ред. М. К. Козыбаева. Алматы, 1996. С. 586.

организации государственного аппарата центральной власти, государственного механизма. С. Л. Фукс отмечает, что общее правовое положение тюленгутов создавало покровительство хана, отношения патроната-клиентелы; он указывает способы приобретения султанами тюленгутов. На основе подробного изучения известных ему источников, сравнительно-правового анализа с древнеримскими и древнемонгольскими правовыми обычаями признавалось, что «тюленгуты не были силой, достаточной для того, чтобы поддерживать власть хана как владельца более или менее обширного государства»; было бы «неправильно видеть какую-либо специальную форму организации аппарата центрального государственного насилия» в институте тюленгутства.

О войске С. Л. Фукс говорит как об ополчении, когда род выставил самостоятельный отряд, имевший свое знамя с цветом, соответствующим родовому знамени; замечает, что войско являлось орудием политической власти старшин, а не хана. Заметим, в работе содержится и исследование разнообразия казахской тамги.

Рассматривая проблемы общей социально-политической конфигурации казахского феодального общества, С. Л. Фукс обращает внимание на значительную его децентрализацию, что проявлялось, в частности, в положении султанов: султаны не были ханскими наместниками, не были вассалами хана, не были его ленниками, не могли быть орудием централизации власти, не располагали основными рычагами государственного принуждения в качестве местной власти и не принадлежали к числу решающих звеньев машины государственного принуждения.

В контексте более общей проблемы выяснения политико-правового статуса казахских султанов С. Л. Фукс пишет, что султаны могли сохранить свою власть и влияние в подвластных им казахских улусах лишь до тех пор, пока успешно выполняли функции военных вождей. Усиление роли султанов в качестве феодалов-владельцев и ханских наместников, как считает автор, относилось ко второй половине XVIII в., когда закрепляется институт султанов-наместников, введенных Нуралы-ханом для преодоления слабости власти хана, происходит их противопоставление старшинам.

С. Л. Фукс пишет об отсутствии «развитой и упорядоченной налоговой системы», хотя и отмечает существование в XVIII в. повинностей населения в пользу ханов и султанов и называет их. Однако из всего многообразия различных повинностей в пользу хана С. Л. Фукс налогом считает только «зьякт» и «ушр» и довольно подробно рассматривает их происхождение и содержание, цели. Ученый пытается объяснить такое положение фискальной политики у казахов их представлениями

о национальной государственной независимости, свободе, связанными со свободой от налогообложения.

С интересом читаются и предстают не потерявшими своей оригинальности и свежести страницы о ханах и городских центрах. С. Л. Фукс убежден, что характеристика казахской государственности является не полной и исторически не конкретной без указания на черты, привнесшиеся в казахскую государственность оседлыми соседями, городскими ремесленными и торговыми центрами, влиянием оседлой государственности на кочевую.

В данном разделе он пытается проследить этапы взаимоотношений кочевого государства с городскими центрами и в этом контексте определить изменения в казахском государстве. Борьбу казахов за города по правому берегу Сырдарьи он определяет как «борьбу за выход из рамок замкнутого и застойного общества скотоводов-кочевников»,¹⁴⁷ стремление казахских ханов опереться на города как торговые и ремесленные центры, города-крепости. Интересны замечания С. Л. Фукса о положении казахских ханов в среднеазиатских городах. Он считает, что казахская знать, позволявшая хану жить в городе, не выпускала его из своего влияния. Таким образом, ученый, обстоятельно изучив значение города для развития государства, исследует влияние городских центров на развитие государства и права казахов в XVIII — начале XIX в. и придает этому большое значение.

С. Л. Фукс счел важным выделить новые моменты структуры казахского государства с конца XVIII в. К ним он относит: новые формы государственной организации и моменты в своде обычного права; возникновение массовых выступлений рядовых кочевников-скотоводов; резкое обострение социальных противоречий внутри казахского общества; зарождение антифеодального и антиколониального движения; появление новой генерации более сильных и решительных ханов, создавших государственную организацию с сильной деспотической центральной властью, новый объем компетенции хана, иное взаимоотношение со старшинами; попытки отвергнуть обычное право, заменив его шариатом в угоду укрепления ханской власти. К ханам, внесшим новое в государственно-правовое развитие казахского государства, С. Л. Фукс отнес: Аблая, Арынгазы, особенно Кенесары.

С большим интересом читатель познакомится с *четвертой главой* докторской диссертации С. Л. Фукса. Пожалуй, этот раздел был наиболее

¹⁴⁷ Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. Харьков, 1948. С. 453.

известен казахстанским ученым. Материалы этой главы, как следует из письма С. Л. Фукса, были высланы Т. М. Культелееву для опубликования. Говоря о содержании главы, С. Л. Фукс в письме от 8 марта 1947 г. пишет о том, что Т. М. Культелеев ее в свое время одобрял.¹⁴⁸

Если ранее казахстанские исследователи пользовались оттисками статьи «Барымта», сделанными главным образом в Москве, Санкт-Петербурге, Оренбурге, то теперь мы имеем возможность представить полный вариант исследования С. Л. Фукса о барымте как институте казахского обычного права.

Ученый рассматривает происхождение барымты; барымту в качестве процессуального института; феодальную войну и просто грабеж, а так же как орудие колониальной политики царизма.

Пятая глава посвящена суду и процессу в XVIII и первой половине XIX в.

Вопрос возникновения суда и судебных органов был одним из важных вопросов для советского государства, поскольку он рассматривал историю создания и функционирование органа подавления сопротивления оппозиции, врагов советского режима. Заметим, что историей возникновения деятельности судебных и других государственных юридических органов, преимущественно в советский период, занимались многие исследователи. Среди тех, кто изучал суд и судебные органы Казахстана, были знакомые С. Л. Фуксу Г. Б. Шакаев,¹⁴⁹ М. П. Шаламов,¹⁵⁰ позднее — М. С. Сапаргалиев. Исследования С. Л. Фукса выполнены в рамках государственно-правовой науки.

¹⁴⁸ А НАН РК. Ф. 10. Оп. 18. Д. 3. Л. 20–21.

¹⁴⁹ Габбас Бактыярович Шакаев, окончил Алма-Атинский ЮИ, аспирант Сектора права, специализировался по истории государства и права. Тема кандидатской диссертации «Обычное право и суд биев в Казахстане во второй половине XIX в.», научный руководитель Т. М. Культелеев. Работа была подготовлена в 1965 г. Г. Б. Шакаев работал в Секторе права, в АЮШ (АП РК. Ф. 708. Оп. 16/1. Д. 689. Л. 53–54; А НАН РК. Ф. 10. Оп. 18. Д. 7. Л. 19; А НАН РК. Ф. 2. Оп. 1-л. Д. 33. Л. 8, 11; А КазНУ. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 647. Л. 1, 3, 8, 10).

¹⁵⁰ Михаил Павлович Шаламов, к. ю. н., доцент, специалист в области уголовного права и процесса. Тема его дипломной работы в Московском ЮИ «История суда и процесса в дореволюционной России», научный руководитель М. С. Строгович. Кандидатскую диссертацию защитил по уголовному процессу и судопроизводству 23 июня 1938 г. в Московском ЮИ, научный руководитель М. С. Строгович. После защиты был направлен для работы в Алма-Атинский ЮИ. В годы войны (1941–1945 гг.) был мобилизован на фронт. После войны работал в Военной юридической академии (ЦМАМ. Ф. 3038. Оп. 1. Д. 73. Л. 7–7 об.; Ф. 3038. Оп. 2. Д. 2396. Л. 1; Ф. 3038. Оп. 1. Д. 1007. Л. 98, 99; ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 539. Л. 2; Шаламов М. П. Судебное устройство Казахстана. М., 1941).

По мнению С. Л. Фукса, «происхождение судебно-процессуальной формы помогает уяснить сущность и особенности судоустройства и судопроизводства казахов» в целом.

Обстоятельные исследования С. Л. Фукса посвящены основам судоустройства Казахстана в XVIII — первой половине XIX в. В них он представил ценные материалы и свои заключения о сущности казахского судоустройства, значении и статусе бия, обладавшего силой авторитета мудрости, красноречия, юридических познаний, бия — представителя государственной власти патриархально-феодалного общества. С. Л. Фукс отмечает, что казахское судоустройство в большинстве случаев устанавливает обязательную подсудность, определяющую подвластностью сторон.

Не менее подробно рассмотрены в диссертации и важные для понимания казахского суда и процесса черты судопроизводства по обычному праву казахов. Отсутствие единства судебного права проявляется, пишет С. Л. Фукс, и в том, что наряду с господством обвинительного процесса широкое применение имеют начала розыска. Обстоятельно раскрыта и трансформация института присяги, постепенный приоритет института свидетеля. С. Л. Фукс прослеживает, как возрастает роль свидетелей.

В диссертации приводится целый ряд имен казахских биев и некоторые из их изречений. Представлены имена — Торғай би, Доскожа би, Қосбай би, Қаракөбек би, Жанқожа би, Сұлтан би, Өмірбек би. Сравнительный анализ институтов государства и права казахов проводится с аналогичными институтами албанцев, кабардинцев, европейских народов, литовцев, дагестанцев, грузин, чехов, германцев, франков, узбеков, осетин, аваров, горцев, ойратов. Впервые был представлен научный правовой анализ убийства хана Младшего жуза Абулхайра.

Шестая и седьмая главы известны специалистам и читателям, так как были изданы в 1981 г. под редакцией С. З. Зиманова в книге «С. Л. Фукс. Обычное право казахов в XVIII — первой половине XIX века» (Алма-Ата: Наука, 1981. 223 с.) под названиями «Важнейшие объекты права собственности» (гл. 1), «Преступление и наказание в обычном праве казахов XVIII–XIX в.» (гл. 2). При обсуждении вопроса об издании указанных глав А. Е. Еренов обратил внимание на то, что «предлагаемая в печать рукопись является извлечением из обширного исследования проф. Фукса С. Л., посвященного государственности и праву Казахстана XVIII и первой половины XIX в... Работа состоит из двух глав. В первой из них освещаются имущественно-правовые отношения в казахском обществе, основанные и связанные с важнейшими объек-

тами собственности. Во второй главе основное внимание обращено вопросам трактовки и регулирования преступления и наказания в обычном праве казахов». ¹⁵¹ Л. В. Дюков отмечал: «Настоящая работа С. Л. Фукса состоит из двух глав. Первая глава посвящена важнейшим объектам права собственности. В ней затрагиваются весьма сложные, в то же время интересные вопросы, связанные с обычно-правовым регулированием отношений собственности в казахском обществе. В науке до сих пор бытует положение, по которому якобы обычное право было бессильно перед отношениями собственности и что оно менее всего вторгалось в область этих отношений. Исследование С. Фукса показывает активно-регулятивную роль обычного права как орудия закрепления господствующих патриархально-феодальных отношений в дореволюционном Казахстане». ¹⁵²

В настоящем издании шестая и седьмая главы приводятся с авторскими названиями и в оригинальном варианте.

Докторская диссертация С. Л. Фукса вносит значительный вклад в исследование государственно-правового развития Казахстана. Напомним, что диссертация защищена в 1948 г.; она была и остается первой крупной работой в советской, казахстанской историко-правовой науке. Известные нам выдержки из диссертации, опубликованные в начале 1950-х гг., оказали определенное влияние на развитие казахстанских исследований в области государства и права дореволюционного Казахстана. Мы надеемся, что теперь, когда диссертация С. Л. Фукса издается полностью, она станет одним из основных источников для историков права и государства, специалисты найдут для себя новые подходы, мысли и ценные наблюдения, замечания.

Изучение обычного права казахов было частично возобновлено в конце 1960-х, 1970-х, затем в конце 1980-х гг. В те годы под руководством С. З. Зиманова были написаны и защищены кандидатские диссертации Г. Б. Шакаева, Н. У. Усерова, Н. С. Ахметовой, З. Ж. Кенжалиева. ¹⁵³

Новым этапом в исследовании государственно-правового развития казахов стала реализация проекта-программы «Древний мир пра-

¹⁵¹ А НАН РК. Ф. 98. Оп. 1. Д. 616. Л. 27.

¹⁵² Там же. Л. 26.

¹⁵³ *Шакаев Г. Б.* Процессуальное обычное право казахов второй половины XIX начала XX веков: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алматы, 1965; *Усеров Н. У.* Исследование правового памятника «Жеті жарғы»: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алматы, 1977; *Ахметова Н. С.* Институт «кун» в обычном праве казахов и его отмена при Советской власти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алма-Ата, 1979; *Кенжалиев З. Ж.* Декреты Казахской Автономной Советской Социалистической Республики, отменившие патриархально-феодальные обычно-правовые институты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Алма-Ата, 1986.

ва казахов. Материалы, документы и исследования» под руководством академика С. З. Зиманова. К настоящему времени изданы уже 8 томов, в которых содержатся источниковедческие и библиографические материалы из истории исследований, записей обычного права казахов.¹⁵⁴

Работа С. Л. Фукса может быть интересной и для широкого круга читателей.

Использованные и приведенные здесь архивные документы — свидетельство высокой оценки труда С. Л. Фукса учеными-юристами Казахстана и руководством АН Казахской ССР, понимания ими востребованности и значения исследования выдающегося ученого для юридической науки, благородной деятельности ученых, стремившихся издать работу советского украинского ученого, глубоко и внимательно изучившего историю государства и права казахского народа.

Мы выражаем глубокую благодарность за помощь, оказанную в поиске докторской диссертации С. Л. Фукса, сотрудникам Института права и государства РАН Н. В. Колотовой, К. Н. Пчелинцевой, Н. И. Забежинской, Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации Ю. А. Тихомирову, Р. А. Алексеевой, ректору Национальной юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого (г. Харьков) В. Я. Таццю, заведующему кафедрой истории государства и права Украины и зарубежных стран В. Д. Гончаренко.

Доктор юрид. наук
Ш. В. Тлепина

¹⁵⁴ Қазақтың ата заңдары: Құжаттар, деректер және зерттеулер = Древний мир права казахов. Материалы, документы и исследования. 10 томдық / Бағдарлама жетекшісі: Зиманов С. З. Қазақша, орысша, түрікше, ағылшынша. Т. 1. Алматы: Жеті жарғы, 2004 («Интеллектуал-Парасат» заң компаниясы). 552 бет; Т. 2. Алматы: Жеті жарғы, 2004. 672 бет; Т. 3. Алматы: Жеті жарғы, 2004. 616 бет; Т. 4. Алматы: Жеті жарғы, 2005. 552 бет; Т. 5. Алматы: Жеті жарғы, 2005. 544 бет; Т. 6. Алматы: Жеті жарғы, 2005. 568 бет; Т. 7. Алматы: Жеті жарғы, 2006. 604 бет; Т. 8. Алматы: Жеті жарғы, 2006. 424 бет.

С. Л. ФУКС

**ОЧЕРКИ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА
И ПРАВА КАЗАХОВ
В XVIII И ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЕ XIX В.**

ПРЕДИСЛОВИЕ¹

Государственный строй и право казахов — наименее исследованные вопросы истории Казахстана. Хотя в исторических исследованиях вопросам политической истории Казахстана уделялось даже больше внимания, нежели прочим сторонам [истории] казахов, однако структура, механизм казахского государства, организация государственного принуждения и его основные рычаги никогда не были предметом специального изучения². В дореволюционной литературе интерес к этим вопросам остыл с тех пор, как Казахстан стал провинцией Российской империи, управляемой русской администрацией.

В XVIII и начале XIX в. царская администрация, перед которой стояла задача управления Казахстаном при посредстве ханов, султанов и старшин, а затем задача проведения административной реформы, еще пыталась сделать кое-что для выяснения механизма власти в казахском государстве. К этому побуждали ее задачи практической политики. В результате в это время появился ряд работ, принадлежащих преимущественно перу высших чиновников пограничной администрации

¹ Предисловие начинается в диссертации на с. 1. Титульный лист и четыре страницы содержания не имеют нумерации.

² См. также более поздние работы: *Зиманов С. З.* 1) Общественный строй казахов первой половины XIX века. Алма-Ата, 1958; 2) Политический строй Казахстана конца XVIII и первой половины XIX века. Алма-Ата, 1960; *Жакитова А. Ж., Дюков Л. В., Таукелев А. Н.* История государства и права Казахской ССР. Вып. I (с древнейших времен до присоединения Казахстана к России): Учеб. пособие. Алма-Ата: КазГУ им. С. М. Кирова, 1976; История государства и права Казахской ССР. Ч. I / Под общ. ред. С. С. Сартаева. Алма-Ата: «Мектеп», 1982; *Өзбекұлы С.* Көшпелі қазақ өркениетіндегі құқық. Право кочевой цивилизации. Алматы: Мектеп, 2002; и др.

(Рычков³, Левшин⁴, Броневский⁵), которые осветили ряд вопросов современного 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

³ Рычков Петр Иванович (1712–1777) — первый член-корреспондент Российской АН, экономист, географ и историк Оренбургского края. Он был государственным служащим: работал переводчиком, бухгалтером, секретарем, «товарищем» оренбургского губернатора, главным правителем Оренбургских соляных дел, главным командиром Екатеринбургских заводских правлений. Автор трудов «История оренбургская» и «Топография, или описание Оренбургской губернии», опубликованных Г. Ф. Миллером в научно-популярном журнале «Ежемесячные сочинения в пользу и увеселению служащие» в 1759 и в 1762 гг. (см.: *Ерофеева И. В., Пищулина К. А., Биржанова К. А.* и др. Комментарии // Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей / Под общ. ред. М. К. Козыбаева. Алматы: Санат, 1996 (далее — *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей). С. 437; *Шакурова Ф. А.* От издателей // *Рычков П. И.* Топография Оренбургской губернии / Науч. ред. Р. Г. Кузеев. Уфа: Китап, 1999 (далее — Рычков П. И. Топография Оренбургской губернии). С. 5; Николай Петрович Рычков (1746–1784) — русский офицер, участник экспедиции 1768–1774 гг. По указанию П. С. Палласа в 1771 г. присоединился к отряду русских войск, преследовавшему калмыков, ушедших с низовьев Волги. В составе отряда дошел до Улутаских гор, собирая географические и историко-этнографические материалы (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 435).

⁴ Левшин Алексей Ираклиевич (1797–1879) — русский ученый, литератор и государственный деятель первой половины — середины XIX в. Состоял членом Государственного Совета, имел чин действительного тайного советника, был кавалером многих орденов и обладателем ценных наград от российских императоров. Его фундаментальное исследование «Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей» занимает одно из важных мест при написании научных работ по разным проблемам истории казахского общества, в том числе политико-правовой истории казахов (см.: *Ерофеева И.* Послесловие. А. И. Левшин и его труд «Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей» // Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 533, 570, 594; *Ахметова Н. С.* А. И. Левшин — исследователь обычного права казахов // Изв. АН КазССР. Серия общест. наук. 1981. № 4. С. 62).

⁵ Броневский Семен Богданович (1786–1858) — русский офицер, начальник отдельного Сибирского корпуса (1823–1826), омский областной начальник (1827–1835), генерал-губернатор и командующий войсками в Сибири. Автор «Записок генерал-майора Броневского о киргиз-кайсаках Средней Орды» (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 446).

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.

Вопросы истории обычного права казахов в большей степени и дальше привлекали 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 вопросов, как вопрос о способе производства казахского общества на основных этапах его развития, об экономической истории его, о его социальной структуре и классовой борьбе. Большое внимание уделено было истории национально-освободительного движения казахского народа, борьбе его за свою независимость. Вопросы же истории государственного строя и права казахов не сделались по этим причинам предметом специального исследования, хотя они неизбежно затрагивались при всякой попытке дать общую картину истории казахского народа или осветить ее отдельные периоды. Таким образом, когда в 1943 г. могла быть сделана уже первая попытка систематического марксистского освещения истории казахского народа в книге «История Казахской ССР с древнейших времен до наших дней»⁶, в истории казахского государства и права не были исследованы даже отдельные проблемы.

Неудача, постигшая попытку дать в упомянутой книге подлинно научную, правдивую историю казахского народа, была обнаружена нашей партийной теоретической печатью, и при этом были глубоко вскрыты теоретические корни этой неудачи (см. журнал «Большевик» № 6 за 1945 г. и постановление ЦК КП(б)К от 14 августа 1945 г. в журнале «Большевик Казахстана» № 6 за 1945 г.). Суровая и обоснованная критика, которой подверглась эта книга, указывала на основные методологические ошибки авторов «Истории Казахской ССР», которые не мешали

⁶ История Казахской ССР (с древнейших времен до наших дней). Алма-Ата: КазФАН СССР, 1943. — Книга создана группой научных сотрудников Института истории АН СССР во главе с академиком Б. Д. Грековым, член-корр. А. М. Панкратовой и местными историками (см.: История Казахстана с древнейших времен до наших дней. Т. 2. Алматы: Атамұра, 1997 (далее — История Казахстана. Т. 2). С. 38).

им дать⁷ правильное, подлинно марксистское освещение истории казахского народа. Важнейшая из них заключается в том, что вопреки основным положениям марксизма-ленинизма стержнем всего исследования сделано было формирование традиций национально-освободительной борьбы казахского народа, а история развития экономических и общественно-политических отношений в Казахстане осталась неразработанной. Эта важнейшая методологическая ошибка, подвергнутая [критике] в рецензии, повлекла за собою и многочисленные искажения в вопросах истории казахского государства. Было указано, что в «Истории Казахской ССР» осталась невыясненной исторической закономерностью образования казахского государства, что в ней неправильно определены прочность и исторические перспективы его развития, переоценивается сила его в XV–XVIII вв. и создается ложное представление о его внутренней прочности и могуществе, которые будто бы были сокрушены лишь в результате агрессии со стороны более сильных соседей. При этом справедливо было подчеркнуто, что «неправильное решение авторами книги вопроса об образовании казахского государства ведет к недооценке значения Октябрьской социалистической революции в истории казахского народа» («Большевик». 1945. № 6). Можно отметить, что грубые ошибки в истории казахского государства, кроме указанной основной и бесспорной методологической ошибки, имеют еще одну специфическую причину. Авторы «Истории Казахской ССР» не учли огромное значение для исторического исследования указаний тов. Сталина об опасности недооценки роли и значения механизма государства, недопустимости «непозволительно-беспечного отношения к вопросам теории государства» (Сталин И. В. Вопросы ленинизма. Изд. II. С. 60). Действительно, даже самая элементарная постановка вопроса о механизме казахского государства XV–XVIII столетий и характеристика рычагов и методов государственного принуждения, свойственных этому

⁷ Два следующих слова у автора имеют явно ритуально-идеологический оттенок. Такое же значение идеологических штампов своего времени имеют и используемые чуть ниже выражения «создается ложное представление», «справедливо было подчеркнуто», «бесспорные методологические ошибки», «ошибочный вывод», «бесспорный исторический факт», «советское социалистическое государство в результате Октябрьской социалистической революции при братской помощи великого русского народа», «разоблачает националистическую легенду о биях», «марксистско-ленинская разработка проблем казахского права подрывает почву, на которой вырастает засоряющая историческую науку идеализация патриархально-феодалного прошлого» и некоторые другие. Эти выражения как знаки, отражающие эпоху, сохранены. Диссертация печатается без искусственного изменения ее текста как научное произведение, созданное в определенную эпоху, тем более что в дальнейшем тексте диссертации подобные цензурно-идеологические «основы» встречаются редко.

государству, совершенно исключили бы сделанный в книге ошибочный вывод о его мнимой мощи и силе. Далее, изучение закономерностей развития казахского государства обнаружило бы источники распада и гибели казахского государства, заложенные в экономике и классовых отношениях казахского общества, которые сделали невозможным укрепление и развитие этого государства и вызвали неизбежное подчинение его более сильному соседу. Чем глубже мы исследуем историю казахского государства, тем ярче представляется перед нами тот бесспорный исторический факт, что на всем протяжении многовековой истории казахского народа его национально-государственные чаяния, его стремление к созданию своего прочного и сильного государства не только не были, но не могли быть осуществлены до тех пор, пока такое государство не было создано, как советское социалистическое государство в результате Октябрьской социалистической революции при братской помощи великого русского народа.

Не меньшее значение для правильного научного освещения истории казахского народа имеют исследования в области казахского права. В цитированной уже рецензии журнала «Большевик» и в постановлении ЦК КП(б)К от 14 августа 1945 г. отмечено было, что «История Казахской ССР» идеализирует патриархально-феодальные отношения казахов и недостаточно показывает угнетение масс со стороны местных эксплуататоров. Такие же националистические извращения, идеализация патриархально-феодального прошлого, прославление биев-феодалов как народных мудрецов и защитников народа отмечены постановлением ЦК КП(б)К от 21 января 1947 г. в работе Института языка и литературы Академии наук Казахстана («Казахстанская правда». 1. II. 1947 г.⁸). Анализ норм казахского права не оставляет никакой почвы для приукрашивания патриархально-феодальных отношений. Он показывает, что в Казахстане процветало рабство в самой неприкрытой его форме, что «свободная» женщина-казашка была «бесправна как рабыня, как скот или земельная собственность», что даже пережитки родовой коллективной собственности, как институт обязательного гостеприимства, сохранялись лишь как способ эксплуатации рядовых скотоводов знатью, не говоря уже о «сауне», «журтшылыке», «обязательном подарке» и т. д. Изучая эти институты, мы видим, что пережитки коллективной собственности не только не смягчают отношения эксплуатации, но решительно способствуют ее углублению. Анализ норм уголовного права казахов разоблачает националистическую легенду

⁸ О грубых политических ошибках в работе института языка и литературы Академии наук Казахской ССР // Казахстанская правда. 1947. 1 февр.

о мнимом «либерализме» этих норм, будто бы дающих возможность откупиться от всякого наказания и не знающих позорящих телесных наказаний. «Возможность откупиться» раскрывается как привилегия знати. Пересмотр вопроса о соотношении обычного права и шариата у казахов обнаруживает, что казахская знать, осуществляя репрессии против трудящихся, дополняла адат всеми бичами и скорпионами, заложенными в шариатских нормах. Изучение норм казахского судоустройства и процесса разоблачает националистическую легенду о биях, авторитет которых был основан будто бы на мудрости, знании адата и ораторском искусстве, и показывает, что «авторитет» этот в действительности покоился на богатстве и на кулаках «добрых людей», всегда готовых поддержать бия как защитника интересов знати и богатства. Таким образом, марксистско-ленинская разработка проблем казахского права подрывает почву, на которой вырастает засоряющая историческую науку идеализация патриархально-феодалного прошлого.

Значение исследований в области истории государства и права казахов этим далеко не ограничивается. 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»⁹ для характеристики казахского общества конца XVII — начала XVIII столетия, и этот прием научно вполне оправдан. Ясно, что расширение и углубление исследований в области казахского права должно пополнить скудные в общем материалы для социально-экономической истории казахов.

Большое значение имеют исследования в области истории казахского государства и права для науки истории и теории государства и права. Источники истории казахского государства и права сохраняют многочисленные пережитки родоплеменной организации, строя военной демократии. Они дают поэтому ценный материал не только для изучения феодального государства и права кочевников, но и для характеристики предшествовавших ему государственных учреждений и правовых институтов. Резко выраженный консервативный характер казахского

⁹ «Законы Тауке», «Законы хана Тауке», «Уложение хана Тауке», «Жеті-Жарғы» — памятник права казахов ханского периода, созданный под руководством хана Тауке (см.: Султанов Т. И. Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. Алматы: Дайк-Пресс, 2001 (далее — Султанов Т. И. Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана). С. 225–229; Сәкен Өзбекұлы. Право кочевой цивилизации казахов. С. 124–128).

государства и права в ряде случаев дает возможность проследить возникновение и развитие самой государственно-правовой формы как таковой. В настоящей работе вопросы истории государства и права казахов исследуются главным образом в плане решения проблем истории и отчасти теории права.

При характеристике основ казахского государства и права предметом исследования будут исторически сложившиеся к XVIII в. политические и правовые учреждения казахов, а не деформация их под воздействием колониальной политики российского царизма с конца XVIII в.¹⁰ Последняя должна быть предметом специального исследования, имеющего задачей изучение государственно-правовых форм колониального господства царской России в Средней Азии.

Рассмотрение проблем казахского государства и права производится преимущественно на материалах XVIII и начала XIX в., т. е. эпохи упадка и заката казахского государства, так как, к сожалению, материалы XV–XVII столетий, освещающие интересующую нас проблему, чрезвычайно скудны <...>¹¹.

[Автор] будет считать свою задачу выполненной и в том случае, если работа послужит толчком к дальнейшей разработке вопросов истории государства и права казахов.

¹⁰ Имея в виду время написания С. Л. Фуксом настоящей работы (завершена и представлена к защите в 1948 г.), интересно привести общую оценку И. Ерофеевой господствующей парадигмы исторических исследований советских ученых этого периода, касающихся русско-казахских отношений и роли в них различных исторических деятелей: «В эпоху 20–40-х гг. [XX в.], когда новая власть заметно нуждалась в политической поддержке национальных элит страны, основной акцент в работах партийных идеологов и публицистов делался на разоблачении “реакционной сути” внутренней и внешней политики царизма и “классовой солидарности эксплуататоров всех народов и стран в деле угнетения трудящихся разных национальностей”. Исходя из данной методологической установки, политическая деятельность Абулхаира по отношению к России стала интерпретироваться в исторических исследованиях как эгоистический сговор казахской эксплуататорской верхушки с царским правительством в интересах удовлетворения личного властолюбия и корыстолюбия, а сам хан наделялся в основном отрицательными нравственными качествами и изображался слабым и невлиятельным правителем» (см.: *Ерофеева И.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. Алматы: Санат, 1999. С. 12). Разделяя в определенной мере эту общую оценку, вместе с тем справедливости ради отметим, что, если сравнить характеристики С. Л. Фука и И. Ерофеевой, касающуюся деятельности, роли и власти Абулхаир-хана, обусловленные во многом сложившейся обычно-правовой системой, господствовавшей в то время в Казахстане, зачастую можно обнаружить совпадение или схожесть их анализа и оценок в некоторых важных моментах.

¹¹ Далее в диссертации идут слова: «Полагаем, однако, что анализ классовой сущности и механизма казахского государства по этим материалам и в этих хронологических рамках», после которых в сохранившемся экземпляре работы отсутствует с. 9 (единственная отсутствующая страница).

В настоящей работе неоднократно подвергаются критике положения книги «Истории Казахской ССР с древнейших времен до наших дней». Автор принимал участие в написании указанной книги, осветив в ней некоторые вопросы истории казахского права. Данная в предлагаемой работе критика является в то же время и самокритикой¹².

Моя работа была уже вполне закончена, когда я получил возможность ознакомиться с вновь вышедшей из печати монографией М. П. Вяткина «Батыр Срым»¹³. Первая часть этого интересного и содержательного труда посвящена проблеме общественного и политического строя казахов в XVIII в. Эта же проблема рассматривается во второй и третьей главе моей работы. Я не вижу, однако, необходимости в пересмотре выдвинутых мною положений, равно не вижу и оснований для отказа от довольно многочисленных критических замечаний, направленных мною против позиций М. П. Вяткина¹⁴ в его предыдущих

¹² На этом предисловие по замыслу автора должно было быть закончено, но в связи с выходом работы М. П. Вяткина Фукс вынужден был сделать дополнение, которое начинается через полстраницы на с. 11 диссертации.

¹³ Вяткин М. П. Батыр Срым. М.; Л.: АН СССР, 1947 (см. также переиздание: Вяткин М. Батыр Срым. Алматы: Санат, 1998).

Срым Датов — батыр, бий, шешен, лидер национально-освободительного движения казахов в 1783–1797 гг., возникшего в результате обострения земельного вопроса, запрещения царским правительством перехода скотоводов на «внутреннюю сторону», за Урал, ущемления прав родовых старшин, открытого грабежа и насилия над народом со стороны хана, султанов, Уральского казачьего войска и царской администрации (см.: История Казахстана с древнейших времен до наших дней. Т. 3. Алматы: Атамұра, 2000 (далее — История Казахстана. Т. 3). С. 220–234; Материалы по истории Казахской ССР (1785–1828). Т. IV. М.; Л.: АН СССР, 1940 (далее — МИКССР (1785–1828). С. 14–26). — См. также: Таукелев А. Н. Политические идеи движения казахов во главе со Срымом Датовым // Казахский государственный университет: Учен. труды. Т. 9. Сер. юрид. Алма-Ата, 1970. С. 67–77).

¹⁴ Вяткин Михаил Порфирьевич (1895, Оренбург–1967, Ленинград) — выпускник историко-филологического факультета Томского университета (1921), доктор исторических наук (1944), профессор, заслуженный деятель РСФСР, чл.-корр. АН Киргизской ССР (1954). С 1935 г. — старший научный сотрудник, с 1945 г. — заведующий кафедрой Ленинградского педагогического института им. М. Н. Покровского, с 1957 г. до конца жизни возглавлял Ленинградское отделение Института истории АН СССР. С 1935 г. занимался изучением истории СССР, Казахстана и Кыргызстана, автор более 70 работ; в 1948 г. удостоен Государственной премии СССР. В 1941 г. был эвакуирован в Алма-Ату. В 1944 г. защитил докторскую диссертацию «Батыр Срым». Внес вклад в развитие источниковедения Казахстана. В 1930-е гг. опубликовал «Путевые записки лекаря Зибберштейна», «Журнал оренбургского муфтия». Под его руководством и при активном участии были подготовлены и изданы два тома «Материалов по истории Казахской ССР», написал «Очерки по истории Казахской ССР (с древнейших времен до 1870 г.)» (см. подробнее о нем: Библиография обществоведов Казахстана. С. 125; Каражанов К. С. Предисловие //

работах. М. П. Вяткин, как и ранее, переоценивает значение права распоряжения кочеванием и фактической узурпации пастбищ во все времена казахской истории. Он считает, что узурпация земель знатью имела место уже в XIII в., и видит в ней основу классового положения султанов, которые эксплуатировали население в «формах, близких к продуктовой ренте» (с. 85, 87, 98). В «земельной зависимости» автор видит основу повинностей общин в пользу знати и первооснову личной зависимости рядовых скотоводов (с. 148). Таким образом, *основы* феодализма у казахов-кочевников не отличаются автором от таковых в оседлых земледельческих обществах. Отсюда и переоценка уровня феодального развития политической надстройки. М. П. Вяткин предполагает наличие в казахском обществе «сложных отношений вассалитета», говорит о поземельной зависимости вассалов, считает, что при определении «владельцев» в тот или иной род решающую роль играл феодальный принцип пожалования (с. 147–149).

Он, как и ранее, полагает, что ханы и султаны могли противопоставить своим вассалам в качестве реальной опоры своей власти дружины тюленгутов (с. 150 и сл.). М. П. Вяткин в основном сохранил и аргументацию, изложенную в предыдущих своих трудах по этим вопросам. Поэтому я считаю возможным сохранить свои критические замечания без изменений и дополнений.

Вяткин М. Батыр Срым. Алматы, 1998. С. 3–5; *Батырбеков Г. О.* Неопубликованные документы Вяткина // Отечественная история (Алматы). 2004. № 1. С. 74–79.

ГЛАВА I К ВОПРОСУ ОБ ИСТОЧНИКАХ ДЛЯ ИСТОРИИ КАЗАХСКОГО ПРАВА¹

1. Значение русских памятников истории казахского права. Литература²

Предлагаемые очерки по истории казахского государства и права в XVIII и первой половине XIX в. написаны по русским источникам и имеющимся в переводе довольно многочисленным казахским источникам. Исследование не может претендовать на полноту уже потому, что автор пользовался только теми источниками на казахском языке, которые были ему доступны в переводе. Все же попытку исследовать важнейшие проблемы истории государства и права казахов указанного периода, опираясь только на русские и переводные источники, нужно считать оправданной. Русские источники для истории права этого периода играют чрезвычайно значительную и, можно сказать смело, решающую роль. Их роль вытекает в данном случае из слабого развития письменности у казахов. Если накануне Октябрьской социалистической революции количество грамотных в Казахстане не превышало 2 % [1], то в изучаемую нами эпоху, в XVIII и начале XIX в., грамотные люди были просто редкостью. Даже ханские дети и те не обучались грамоте. Сын Нуралы-хана³ Бердалы стал обучаться «татарской письменности», только попав в Оренбург в качестве аманата-заложника [2]. Приложение

¹ В диссертации начинается на с. 13 (отдельный лист).

² В диссертации начинается на с. 14.

³ Нуралы (?–1790) — хан Младшего жуза (1748–1786), старший сын Абулхаир-хана. В конце 1740 г. провозглашен ханом Хивы в крепости Кят, с 1749 (1748) г. — хан Младшего жуза. Стремился использовать российское подданство для усиления личного экономического и политического влияния в Казахстане. При нем наряду с ростом социального и колониального гнета в Младшем жузе усилилась борьба за власть между разными группировками казахской знати. Политика Нуралы, опиравшегося на поддержку оренбургской администрации, вызывала недовольство широких социальных слоев и явилась одной из причин освободительной борьбы казахского народа под предводительством Срыма Датова (1783–1797). Возникали и другие движения, прежде всего под руководством султана Батыра и его сыновей. В 1786 г. императрица Екатерина II отстранила Нуралы от ханской власти, он был поселен в Уфе, где умер и похоронен (см.: Рычков П. И. Топография Оренбургской губернии. С. 290; Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд

печати, как правило, заменяет подпись ханам и султанам. По донесению царских дипломатических агентов Лапика⁴ и Мансура Асанова⁵ от 30 августа 1743 г., хан Абулмамбет⁶ в течение 12 дней не мог найти писаря, чтобы прочесть полученные им на татарском языке письма [3]. Следовательно, даже хан не всегда был обеспечен знающими грамоту чиновниками. Абулмамбет не был исключением. В конце XVIII в. Георги⁷ сообщал, что грамотны в Казахстане только пленные татары «и потому люди сии бывают счастливы, отчасти как священнослужители,

и степей. С. 496; МИКССР (1785–1828). Т. IV. С. 480; *Артыкбаев Ж. О.* Материалы к истории правящего дома казахов. Алматы: Ғылым, 2001. С. 148–149).

⁴ Иван Лапик — русский агент (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 172).

⁵ Мансур Асанов — переводчик (см.: *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. Алматы: Санат, 1999 (далее — Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик). С. 303).

⁶ Абулмамбет (Абуль-Магмет, Абулмамет) (?–1771) — хан Среднего жуза (1739–1771), сын хана Болат. Был провозглашен ханом после победы над джунгарами. С конца XVI в. и до начала XVIII в. в Казахстане постепенно складывалась традиция наследования верховной власти, согласно которой титул общекзахского хана стал преимущественно привилегией одной ветви потомков Джучи, происходивших по линии султана Джадика, сына основателя казахского ханства Джаныбека (ок. 1469/70 — ок. 1473/74) и брата влиятельного казахского хана Касыма (1512–1518): Тугум (30, конец 50, нач. 60-х гг. XVI в.), Шигаи (1580–1582), Таваккул (после 1583–1598), Ишим (Есим) (1598 — ок. 1613/14; ок. 1627 / нач. 1628), Джахангир (после 1644–1651/52), Тауке (после 1651/52–1715), Болат (1718 — ок. 1723). В XVIII в. эту правящую ветвь династии чингизидов в регионе представляли ханы и султаны Среднего жуза (Семеке, Барак, Батыр, Абулмамбет, Аблай, Вали и др.). В силу указанной традиции члены династии казахских султанов, происходившей от султана Уснака (Усек, Усяк, Осек), другого сына хана Джаныбека, по представлениям казахов того времени, не обладали легитимными правами на ханский престол и поэтому играли менее заметную политическую роль в казахских жузах. Хан Абулхаир принадлежал именно к данной ветви чингизидов и в связи с этим не считался в кругах казахской знати законным претендентом на верховную власть. Абулмамбет принял российское подданство в 1740 г. Абулмамбет приходился троюродным дядей Аблаю и способствовал избранию последнего султаном в сильном и многочисленном роде аргынов-атыгай (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 483; Материалы по истории казахских ханств XV–XVIII веков (Извлечения из персидских и тюркских сочинений) / Сост.: С. К. Ибрагимов, Н. Н. Мингулов, К. А. Пищулина, В. П. Юдин). Алма-Ата: Наука, 1969 (далее — МИКХ XV–XVIII вв., 1969). С. 42; *Рычков П. И.* Топография Оренбургской губернии. С. 291; *Ерофеева И. В.* Комментарии // Андреев И. Г. Описание Средней Орды киргиз-кайсаков. Алматы: Ғылым, 1998 (далее — *Андреев И. Г.* Описание Средней Орды киргиз-кайсаков). С. 237, 239; История Казахстана. Т. 3. С. 247–248; *Артыкбаев Ж. О.* Материалы к истории правящего дома казахов. С. 141–143).

⁷ Иоганн Готлиб Георги (1729–1802) — немецкий ученый. По приглашению Петербургской АН в 1770 г. приехал в Россию и получил назначение в экспедицию И. П. Фалька, с которым совершил путешествие из Оренбурга через Башкирию и Урал по территории юго-западной Сибири и северным районам казахских степей. Подготовил и издал фундаментальный труд «Описание всех в Российском государстве обитающих народов» (СПб., 1776–1777. В 3 ч.). В честь И. Г. Георги

а отчасти как писцы и советники знатных киргизцев». «В 1774 году, — продолжает Георги, — был у хана Нур-Галия (Нуралы) один только тайный секретарь, да и тот полоненный казанский простой татарин, который едва умел вразумительно и четко писать, но разумел татарский и российский язык; школ у казахов нет и потому редко, кто на своем языке писать умеет» [4]. При таком низком уровне грамотности даже в рядах господствующего класса нетрудно допустить, что для истории права и государства русские письменные источники имеют большее значение, нежели казахские. История казахов не знает летописания, не знает и фиксируемых на письме законодательных актов. Со времен Тауке-хана⁸, который, по словам Гавердовского⁹, свои законы «повелел затверживать... детям с самого младенчества, дабы через то могли сохранить их потомству, передавая изустно, обычное право казахов всегда

назван цветок георгин (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 457).

⁸ Полное имя Тауке, согласно легенде, Таваккул-Мухаммад-батыр-хан. Тауке-хан (Тявка), сын Джахангир-хана, внук Есим-хана (1680–1715). Казахский хан конца XVII — начала XVIII в. Столицей Казахского ханства при Тауке был г. Туркестан. После Тауке-хана во всех трех жузах появились свои ханы. о хане Тауке Левшин писал: «Это Ликург, это дракон орд казачьих» (см.: МИКХ XV–XVIII вв. С. 388, 406; История Казахстана. Т. 2. С. 424–425; *Султанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 225–229; *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 165; История Казахстана. Т. 3. С. 98–99; Сәкен Өзбекұлы. Право кочевой цивилизации казахов. С. 83–89).

⁹ Гавердовский Яков Петрович (1780–1812) — русский офицер, исследователь. В июле 1803 г. в чине поручика возглавил торгово-политическое посольство правительства России, отправленное из Оренбурга в Бухару. Посольство постигла неудача, в урочище Ходжаберген (около 900 км к югу от тогдашней южной границы Российской империи) караван, с которым оно следовало, подверглось нападению и разграблению со стороны местных кочевников, по некоторым данным, казахов из рода шымыр племени дулат (Старший жуз). Члены посольства, в том числе и поручик Я. П. Гавердовский, врач Савва Большой (1760/1769–1827), переводчик Мендиар Бекчурин (1740–1821), были взяты в плен. Через некоторое время поручик благополучно вернулся в Россию. Свои впечатления о казахах и собранные в Казахской степи сведения он изложил в неопубликованном до настоящего времени сочинении «Обозрение Киргиз-кайсацкой степи или описание страны и народа киргиз-кайсацкого» (1803), а также в ряде других работ. Участник Отечественной войны 1812 г. С мая 1812 г. — полковник свиты Его императорского величества по квартирмейстерской части. Погиб 26 августа 1812 г. в Бородинском сражении (см. подробнее о посольстве Гавердовского: Записки Саввы Большого о приключениях его в плену у киргиз-кайсаков в 1803 и 1804 годах // *Сын Отечества*. 1822. Ч. 76 (Вып. 2), 77 (Вып. 12), 78 (Вып. 14), 80 (Вып. 35); «Разграбление киргизами русского каравана, шедшего в Бухарию в 1803 г. (Отрывок из дневных записок г-на Гавердовского)» // *Сиб. вестник*. 1823. Ч. II; *Масанов Э. А.* Очерк истории этнографического изучения казахского народа в СССР. Алма-Ата, 1966. С. 86; *Халфин Н. А.* Россия и ханства Средней Азии (первая половина XIX века). М., 1974. С. 67–68, 71–78).

переходило из поколения в поколение в устной передаче». До второй половины XIX в., когда царизм ввел в реформированном им «народном суде» бийские книги [5], судебная практика также не фиксировалась в каких-либо документах, устная передача в области обычного права сохранялась не только вследствие неграмотности населения, но и потому, что неписаным обычным правом легче было пользоваться как орудием подавления, изменяя его применительно к потребностям господствующего класса.

В то же время царское правительство, заинтересованное в том, чтобы колониальная администрация имела представление о казахском праве, еще в XVIII в. предпринимало шаги к тому, чтобы вооружить своих чиновников соответствующими сведениями [6]. Отсюда многочисленные «частные кодификации», предпринимаемые как по прямому заданию центрального правительства (свод комитета 1924 г.¹⁰, «Описание» д'Андрэ¹¹), так и по инициативе местной администрации и отдельных чиновных и нечиновных писателей (Гавердовский, Путинцев¹²,

¹⁰ Собрание киргизских законов и положение на оные Омского Временного Комитета (1824). Опубликовано как «Материалы по казахскому обычному праву и положения на них Омского временного комитета 1824 г.» в издании: *Материалы по казахскому обычному праву*. Сб. I. Алма-Ата: Изд-во АН КазССР, 1948. — См. также второе издание: *Материалы по казахскому обычному праву*: Сб. науч.-поп. изд. / Сост.: Т. М. Культелеев, М. Г. Масевич, Г. Б. Шакаев. Алматы: Жалын, 1998.

¹¹ *Материалы по казахскому обычному праву*, собранные чиновником особых поручений д'Андрэ в 1846 г. (см.: *Материалы по казахскому обычному праву*: Сб. науч.-поп. изд. / Сост.: Т. М. Культелеев, М. Г. Масевич, Г. Б. Шакаев. Алматы: Жалын, 1998 (далее — *Материалы по казахскому обычному праву*). С. 156–213; Центральный государственный архив Республики Казахстан (далее — ЦГА РК). Ф. И-4. Оп. 1. Д. 2382. Л. 60).

Д'Андре Лев Иванович (1819–1849) — из беспоместных дворян, по окончании гимназии служил в канцелярии Петербургского генерал-губернатора, с 1840 г. — в канцелярии Оренбургского губернатора, сначала столоначальником, затем чиновником особых поручений при Оренбургской пограничной комиссии. В основном занимался изучением этнографии народов Оренбуржья, был знаком с Т. Г. Шевченко. В связи с правительственным заданием 13 июля 1846 г. выехал из крепости Илецкая Защита в степь для сбора материалов по казахскому обычному праву. Посещал кочевья казахов западной и средней части Младшего жуза. Поскольку д'Андре не знал казахского языка, к нему был прикомандирован переводчик — «чиновник для производства следствия в Орде» Григорьев. Д'Андре вернулся в Оренбург 21 сентября и 3 ноября представил комиссии систематизированный отчет «Описание киргизских обычаев» (см.: *Материалы по казахскому обычному праву*. С. 156–157; *Ерофеева И. В.* Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 49).

¹² Путинцев Андрей Терентьевич. Переводчик Бухтарминский таможи. В 1811 г. посетил Синьцзян с целью изучения китайского рынка. Возможно, автор записки «О киргизских законах» (1809), о которой писал С. Л. Фукс (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 444. — См. также: *Канаки К. В.* «Киргизские законы» титулярного советника Путинцева

Левшин, Броневский, позже Баллюзек¹³, Загряжский¹⁴, Гродеков¹⁵ и др.). Результатом этого явились довольно многочисленные записи казахского права на русском языке, подробно рассматриваемые ниже, тогда как в литературе вопроса нам вовсе не приходилось встречать каких-либо указаний на наличие подобных историко-юридических памятников на казахском языке.

Что касается прочих источников для истории права, и в первую очередь имеющей важнейшее значение для историков Казахстана переписки царской администрации с казахскими ханами, султанами, биями, старшинами и батырами, то в большинстве случаев хранящиеся в архивах документы, исходящие от казахских феодалов, сопровождаются

(к характеристике компетенции Омской Пограничной администрации) // Культура и интеллигенция России в эпоху модернизации (XVIII–XX вв.) / Гл. ред. Н. А. Томилов; Отв. ред. В. П. Корзун, В. Г. Рыженко. Т. I. Омск, 1995).

¹³ Баллюзек Лев Федорович (1822–1899) — генерал-лейтенант, военный губернатор Тургайской области в 1865–1877 гг. Во время службы в Казахстане поручил служившим в бывшем Управлении оренбургскими киргизами чиновникам царского правительства, казахским султанам, биям и аксакалам собрать в районе бывшей области оренбургских киргизов (Малого жуза и части Среднего) материалы по обычному праву казахов, после чего обработал и подготовил их к печати. Большая часть была собрана султаном Сейдалиным (см.: Материалы по казахскому обычному праву. С. 214).

¹⁴ Загряжский Григорий Семенович (1838–?) — чиновник русской колониальной администрации, один из основателей Туркестанского отдела Общества любителей естествознания, антропологии и этнографии. Учился в Полоцком кадетском корпусе, затем в Дворянском полку (позднее — Константиновское военное училище). С 1867 г. в чине капитана (позже майора) состоял на военной службе в Верном, затем в Ташкенте, был начальником уезда в Токмакском, Иссык-Кульском и Перовском уездах Сыр-Дарьинской области (в 60–70 гг. XIX в.). По роду службы имел отношение к судам биев, волостным и чрезвычайным съездам биев. Автор статей по этнографии и обычному праву казахов и киргизов (см.: *Галиев В. З.* Загряжский // *Казах Совет Энциклопедиясы* / Бас ред. М. К. Қаратаев. Т. 4. Алматы, 1974. 562-б.; *История Казахстана*. Т. 3. С. 26, 561, 692; *Степной закон. Обычное право казахов, киргизов и туркмен* / Сост. А. А. Никишенков; Под ред. Ю. И. Семенова. М.: Старый сад, 2000. С. 272).

¹⁵ Гродеков Николай Иванович (1843–1913) — русский офицер, генерал от инфантерии, военный писатель. Окончил Константиновское военное училище и Николаевскую академию Генерального штаба, служил в главном штабе на Кавказе и в Туркестане. Участвовал в пяти военных кампаниях, за штурм крепости Геок-Тепе награжден орденом Св. Георгия 4-й степени. Военный губернатор Сыр-Дарьинской области Туркестанского генерал-губернаторства (1883), помощник Приамурского генерал-губернатора (1893), генерал-губернатор и командующий войсками Приамурского военного округа (1898), член Государственного совета (1902), постоянный член Совета государственной обороны (1905), командующий войсками на Дальнем Востоке (1906), командующий войсками Туркестанского военного округа (1906–1908). Автор трудов в области военной мемуаристики, географии, истории и юриспруденции (см.: *Новый Энциклопедический Словарь*. Издатели: Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон. Т. 15. СПб., [Б. г.] С. 73; *Степной закон. Обычное право казахов, киргизов и туркмен* / Сост. А. А. Никишенков; Под ред. Ю. И. Семенова. М.: Старый сад, 2000. С. 270).

переводом (не всегда, правда, удовлетворительным), сделанным для нужд царской администрации. Весьма значительное количество этих документов заново или впервые переведено на русский язык трудами Института истории Академии наук СССР в связи с предпринятым им многотомным изданием «Материалов по истории Казахской ССР»¹⁶. Благодаря этому многие важнейшие казахские источники могли быть использованы в настоящей работе.

Сказанное о сравнительном обилии русских источников для истории казахского государства и права и о решающем для историка-юриста значении русских письменных источников не исключает, однако, необходимости еще раз подчеркнуть, что исследования на основе русских источников являются только первыми, хотя и весьма важными, шагами в области изучения истории государства и права казахов. Нужно надеяться, что быстрое развитие исторической и юридической науки в Казахстане ускорит следующие шаги в этой области, т. е. исследования по истории государства и права казахов, основанные на широком привлечении также и казахских источников, и не только письменных, но и богатого фольклора.

Было бы тем более неправильно отказываться от исследования истории государства и права казахов на основе преимущественно русских источников, что огромный и ценный материал¹⁷, в них содержащийся, до сих пор почти вовсе не привлек к себе внимания марксистско-ленинской истории права и, во всяком случае, не был предметом сколько-нибудь обстоятельного специального исследования. Одна-две журнальные статьи по вопросу о бийских судах, краткий очерк судоустройства в дореволюционном Казахстане в работе М. Шаламова [7], посвященной в основном истории советского судоустройства в Казахской ССР, и, наконец, неизбежно краткий раздел по истории государства и права казахов в учебнике «История государства и права СССР» С. В. Юшкова [8] — вот и все, что имеется в советской историко-правовой литературе по интересующему нас вопросу. Работы эти ни по объему, ни по характеру своему, разумеется, не могут заменить специального исследования, ибо авторы их и не ставили перед собой такой задачи. Здесь не мог

¹⁶ В 1941 г. была издана обобщающая работа М. П. Вяткина «Очерки по истории Казахской ССР» (Т. I. С древнейших времен по 1870 г. М., 1941). Материалы по истории Казахской ССР издавались под руководством М. П. Вяткина, консультантом был А. П. Чулошников. Примечания к документам составлялись М. П. Вяткиным и М. И. Стеблин-Каменской (Материалы по истории Казахской ССР (1785–1828 гг.). Т. IV. М.; Л., 1940).

¹⁷ Слово «материал» в оригинале — рукописная вставка сверху машинописной строки.

быть даже поставлен вопрос о критическом пересмотре бывших в научном обороте источников и о привлечении источников неопубликованных, неизвестных дореволюционной литературе, хотя такие источники (например, Гавердовский, Путинцев, д'Андрэ и др.) являются сплошь и рядом решающими для того, чтобы дать исторически верную картину развития казахского права. Приходится, к сожалению, констатировать, что разработка проблем истории казахского права явно отстает от масштабов и уровня общеисторических исследований по Казахстану. Советская историческая наука в целом, вооруженная марксистским диалектическим методом и конкретными, относящимися к истории Казахстана руководящими указаниями классиков марксизма-ленинизма, сделала, несмотря на некоторые серьезные ошибки, неизмеримый шаг вперед, по сравнению с буржуазной историей, впервые поставив историю Казахстана на подлинно научную почву¹⁸. Советские историки по-новому решили основные проблемы этой истории и создали прочный фундамент для дальнейшего развития данного участка исторических исследований, привлекая огромное количество вовсе неизвестных в дореволюционной литературе источников. Что же касается истории казахского права, то при отсутствии специальных исследований авторы отдельных экскурсов в эту область не выходят за пределы материалов, опубликованных в XIX в. Гродековым. Не будет, следовательно, преувеличением констатировать крайнюю запущенность интересующей нас области истории и права. При таком положении нельзя, думается, считать необоснованной попытку автора сделать все для него посильное в области истории казахского права, пользуясь лишь доступными ему русскими и переводными казахскими источниками.

При сравнительной бедности историко-юридических источников источники по общей истории казахов большей частью являются основными и часто единственными также для историка казахского права и тем более государства. Характеристика общеисторических источников не входит, однако, в нашу задачу. Она дана, хотя и кратко, но с большим знанием вопроса в «Очерках по истории Казахской ССР» М. П. Вяткина и в «Истории Казахской ССР с древнейших времен до наших дней». Там же дан и краткий критический обзор важнейшей литературы по общей истории Казахстана. Мы ограничимся кратким обзором юридической литературы лишь с точки зрения возможности использования ее как источника и попутно с этой же целью коснемся некоторых общеисторических трудов, после чего перейдем к подробному рассмотрению

¹⁸ Данное предложение также один из сравнительно немногих примеров в книге идеологических штампов эпохи.

основных памятников истории казахского права, что составит главное содержание настоящего очерка.

До середины XIX в. никакой вообще специальной юридической литературы, относящейся к казахскому праву, не было. Появившаяся в 60-х годах юридическая литература по казахскому праву представляла собою лишь более или менее систематизированные сборники обычного права. Ярче всего это выражено в работах, опубликованных Баллюзеком и Загряжским. Баллюзек просто опубликовал материалы по обычному праву, собранные по его распоряжению как губернатора и систематизированные султаном Сейдалиным¹⁹ [9]. Работа Загряжского представляет собою сведенный в параграфы свод обычного права казахов [10]. Несколько дальше пошли Маковецкий²⁰ и Гродеков. Маковецкий издал «Материалы для изучения юридических обычаев киргизов»²¹ [11] главным образом по данным, собранным уездными начальниками

¹⁹ Султан Сейдалин, штаб-ротмистр, собрал большую часть материалов по обычному праву казахов для сборника Л. Ф. Баллюзека. В предисловии Л. Ф. Баллюзек отмечает: «Передавая ныне печати собранные по моему приказанию служившими в бывшем Управлении оренбургскими киргизами должностными лицами киргизские обычаи: обязанностью считаю выразить здесь мою искреннюю признательность всем участвовавшим при собирании этих сведений, в особенности штаб-ротмистру султану Сейдалину, более всех трудившемуся в этом деле» (см.: *Материалы по казахскому обычному праву*. С. 214–215).

²⁰ Маковецкий Петр Емельянович — мировой судья г. Семипалатинска, секретарь и почетный член Семипалатинского областного статистического комитета. Был знаком с Абаем, который являлся действительным членом статистического комитета, и поддерживал с ним дружеские отношения. Редактор-составитель сборника «Материалы для изучения юридических обычаев киргизов» (Вып. I. Материальное право. Омск, 1886) (см.: *Материалы по казахскому обычному праву*. С. 320–321; *Созақбаев С. Маковецкий // Абай. Энциклопедия*. Алматы: Атамұра, 1995. 395–396 бб.).

²¹ По некоторым данным, помимо П. Е. Маковецкого, в сборе материалов и составлении этого издания участвовали ссыльные А. Л. Блек, С. С. Гросс и А. В. Леонтьев.

Блек (Блок) Александр Львович (1861–1925) — народник-революционер, социалист-марксист, учился на юридическом факультете Петербургского университета, один из организаторов тайных студенческих кружков, связанных с организацией «Черный передел», участник Московского кружка «Общества издателей и переводчиков», арестован и привлечен к следствию по делу подпольной организации военных в Гельсингфорсе. За антиправительственную политическую деятельность в 1883 г. сослан под гласный надзор полиции на 5 лет в Западную Сибирь, позднее переведен в г. Семипалатинск, где работал письмоводителем в областном статистическом комитете. Занимался общественно-просветительской деятельностью, при его участии в г. Семипалатинске были созданы музей и публичная библиотека, а также общество попечения о народном образовании. Был близко знаком с Абаем. В 1889 г., по отбытии ссылки, вернулся в европейскую Россию (см.: *Галиев В. З. Ссыльные революционеры в Казахстане (вторая половина XIX века)*. Алма-Ата: «Казахстан», 1978. С. 131–134; *Әуезова Л. М. Блек // Абай. Энциклопедия*. Алматы: Атамұра, 1995. 160–161 бб.; *Галиев В. З. Общественная деятельность политических*

Семипалатинской области по программе, указанной генерал-губернатором Западной Сибири. Но он пытается иногда выяснить древние корни современного ему обычного права, отделить новый обычай от древнего, определить влияние на казахское право шариата, царского законодательства и отчасти новых экономических и политических условий. При этом Маковецкий не ограничился собранными администрацией материалами, а дополнил их путем непосредственного изучения решений биев и опроса их. Таким образом, «Материалы» Маковецкого содержат в себе некоторые элементы исторического исследования. В этом отношении труд Маковецкого стоит гораздо выше, чем «Киргизы и каракиргизы Сыр-Дарьинской области» Гродекова [12]. Работа Гродекова содержит, правда, гораздо более обширный материал. Материал этот

ссылных в Северо-Восточном Казахстане (1890–1904). Алматы, 2004. С. 73–74, 93, 143–145 и др.).

Гросс Северин Северинович (1852–?) — польский революционер, дворянин, выпускник юридического факультета Петербургского университета (1877). Служил в Петербургском окружном суде, Департаменте железных дорог Министерства путей сообщения. В 1880 г. вышел в отставку в чине коллежского секретаря. С 1881 г. участвует в деятельности польских революционных организаций, борющихся за независимость Польши от России, в 1882 г. арестован и сослан на 5 лет под гласный надзор полиции в Западную Сибирь. Ссылку отбывал вначале в гор. Ишиме Тобольской губернии, в 1883 г. в связи со слабым здоровьем переведен в Семипалатинск. Здесь работал в областном статистическом комитете, а также письмоводителем семипалатинского мирового судьи П. Е. Маковецкого. По словам В. Бурцева, кроме польского и русского, Гросс владел маньчжурским, китайским, французским и немецким языками. Он активно участвовал в общественно-просветительской деятельности политических ссылных, был одним из организаторов антропологического музея и публичной библиотеки в Семипалатинске. Был близко знаком с Абаем. В 1885 г., отбывая ссылку, Гросс встретился с известным американским журналистом Джорджем Кеннаном (1845–1923), автором знаменитой книги «Siberia and exile system» (рус. изд.: «Сибирь и ссылка»). СПб., 1906). Отбыв ссылку и вернувшись в Польшу с подорванным здоровьем, Гросс вскоре психически заболел и скончался в одном из пансионатов для умалишенных (см. подробнее: *Галиев В. З.* Ссылные революционеры в Казахстане (вторая половина XIX века). Алма-Ата: «Казахстан», 1978. С. 131–133; *Әуезова Л. М.* Гросс // Абай. Энциклопедия. Алматы: Атамұра, 1995. 184–185 бб.; *Касымбаев Ж.* Старший султан Кунанбай Оскенбаев и его окружение. 2-е изд. Алматы: Кітап, 2004. С. 101, 127–135, 145, 146).

Леонтьев Александр Викторович — дворянин, выпускник 5-й классической гимназии Санкт-Петербурга (1881), закончил 3 курса юридического факультета Петербургского университета, отставной поручик лейб-гвардии Семеновского полка, был награжден орденами «Святой Анны» 4-й степени, «Святого Станислава» 3-й степени. В сентябре 1884 г. «за сношение с лицами, содержащимися в Петропавловской крепости», сослан на 3 года в Степной край, а позднее в г. Семипалатинск. Также участвовал в деятельности областного статистического комитета, работал помощником судьи П. Е. Маковецкого. Один из близких друзей Абая из числа политических ссылных (см. подробнее: *Касымбаев Ж.* Старший султан Кунанбай Оскенбаев и его окружение. С. 101, 110, 117–126, 144).

был по поручению Гродекова, бывшего в это время губернатором Сыр-Дарьинской области, собран Вышнегорским²² по программе, составленной В. П. Наливкиным²³. Вышнегорский в течение 7 месяцев собирал сведения об обычном праве путем опроса биев и сведущих людей на местах. Опубликованная Гродековым на основе этих материалов книга за немногими исключениями не содержит в себе ничего, кроме перечня обычно-правовых норм, иногда с указанием, что та или иная норма представляет собою древний адат, уже не применяемый.

Такой характер важнейших работ по казахскому праву лишает их, разумеется, значения научной литературы вопроса. Он объясняется тем, что работы эти даже не ставили перед собой каких-либо задач в области науки права или истории. Работу, опубликованную Баллюзек, А. Добросмыслов²⁴ определил как выполнение через 25 лет требования

²² Александр Николаевич Вышнегорский (?–1914), окончил историко-филологический факультет СПб. университета. Изучил узбекский, казах., перс. яз. Преподаватель туземн. яз. в Туркестанск. учительской семинарии, впоследствии чиновник при канцелярии туркестанск. ген.-губернатора. Занимался изучением языков и этнографии узбеков, казахов, персов. На основании собранных им материалов составлен капитальный труд по обычному праву «киргизов и кара-киргизов», изданный Н. И. Гродековым (Киргизы и кара-киргизы Сыр-Дарьинской области. Т. I. Юридический быт. Ташкент, 1889) (см.: Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов (Дооктябрьский период). М.: Наука, 1989 (далее — Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов). С. 69).

²³ Наливкин Владимир Петрович (15.VII.1852–20.I.1918) — русский офицер, исследователь, в 1873 г. после окончания артиллерийск. уч-ща служил в Туркестане, участвовал в Хивинском и Кокандском походах. Некоторое время был помощником начальника Наманганского уезда. Несколько лет жил с семьей в кишлаке Нанай Наманганск. уезда Ферганск. обл. Основательно изучил узб., тадж. и араб. яз. Вместе с супругой (М. В. Сарторий) изучал историю и этнографию народов Центральной Азии. Был первым учителем «русско-туземной» школы, открытой 19.XII.1884. Избирался депутатом II Гос. думы (см.: Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 170–171; Степной закон. Обычное право казахов, киргизов и туркмен / Сост. А. А. Никишенков; Под ред. Ю. И. Семенова. М.: Старый сад, 2000. С. 269).

²⁴ Добросмыслов Александр Иванович (1854–1915) — ветеринар, историк и этнограф; член Оренбургского отдела Императорского Русского Географического Общества и Оренбургской ученой архивной комиссии. Выпускник духовной семинарии и зооветеринарного института. В 1888–1901 гг. работал ветеринаром в Тургайской области. Автор книг «Скотоводство в Тургайской области» (Оренбург, 1895), «Ветеринарный надзор в Тургайской области» (Оренбург, 1897), «Торговля в Тургайской области» (Оренбург, 1898), «Сборник указов и других документов, касающихся управления и устройства Оренбургского края» (в 2 т., Оренбург, 1900), «Тургайская область. Исторический очерк» (Оренбург, 1900–1902), «Суд у киргиз Тургайской области в XVIII и XIX веках» (Казань, 1904), «Города Сыр-Дарьинской области: Казалинск, Перовск, Аулие-Ата и Чимкент» (Ташкент, 1912) и др. (см.: Добросмыслов // Казак Совет Энциклопедиясы / Бас ред. М. Қ. Қаратаев. Т. 3. Алматы, 1973. 611-б.).

«Положения» 1844 г., § 64 которого предписывал составление свода казахского обычного права [13]. Гродеков сам указывает, что своей книгой он пытался заполнить пробел в сведениях по обычному праву казахов, обнаруженный им при вступлении в управление Сыр-Дарьинской областью. Хотя в предисловии он ссылается на чрезвычайную важность изучения обычного права «как для правильного устройства управления и суда в среде кочевого населения наших среднеазиатских областей, так и для науки» [14], но способ изложения им материалов показывает, что о науке он заботился гораздо меньше, чем о нуждах колониального управления. Таково же и направление работы Загряжского, который дал ей характер частной кодификации, даже и по форме заключив собранный материал в параграфы составленного им своеобразного кодекса.

Такое же утилитарное направление, забота о нуждах управления характеризуют и литературу первой половины XIX в. Даже А. Левшин, оставивший нам серьезный научный труд, не потерявший еще и сегодня свое значение, в предисловии к своей трехтомной работе писал: «я желал сочинение мое, сколько возможность позволяла, удовлетворительным для людей, идущих в истории мало-известного народа предметов для нравственных наблюдений, равно как и для чиновников, кои подобно мне, по обязанности службы, будут находиться в сношениях с народом киргиз-казачьим» [15]. Левшин все же, в отличие от Гродекова, задачи научные поставил на первом месте. Утилитарный характер трудов по обычному праву и по истории Казахстана в XVIII и в XIX вв., несомненно, зависел также от довольно своеобразного состава авторов, в рядах которых имело место подлинное засилие губернаторов и высокопоставленных чиновников. (Рычков, Левшин, Броневский, Баллюзек, Генс²⁵, Гродеков, Крафт²⁶ и др.). Можно при этом заметить, пожалуй,

²⁵ Генс Григорий Федорович (1786–1845) — русский государственный деятель. Служил в Оренбурге с 1807 по 1844 г. В 1825–1844 г. занимал должность председателя Оренбургской пограничной комиссии. На этом посту активно содействовал расширению и улучшению русско-казахских отношений, а также ввел в практику пограничной администрации разностороннее изучение Оренбургского края. В течение многих лет занимался сбором географической и историко-этнографической информации о Казахстане и Среднеазиатском междуречье. Будучи военным инженером по образованию, составил геолого-географическое описание малоизвестного тогда пространства между реками Тобол и Тургай (см.: Личное дело Г. Ф. Генса // ЦГА РК. Ф. 4. Оп. 1. Д. 1547, 1579, 2298; *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 436; Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов / Сост. В. З. Галиев, Б. Т. Жанаев. Алматы: Ғылым, 1996 (далее — Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов). С. 482).

²⁶ Крафт Иван Иванович (1861–1914) — исследователь, историк, член Оренбургской ученой архивной комиссии (1895), старший советник Тургайского областного

что труды представителей высшей царской администрации до середины XIX в. стоят в научном отношении гораздо выше, нежели труды их последователей во второй половине XIX в. Для этого достаточно сравнить Рычкова и Левшина, с одной стороны, Баллюзека и Гродекова — с другой. И дело здесь не только в том, что измельчал, духовно оскудел состав высшей администрации. Это, пожалуй, тоже имело место. Во второй половине XIX в. после превращения Казахстана во внутреннюю колонию царизма царизму не нужны были здесь уже наряду с карателями тонкие политики и дипломаты, нужны были только полицейские-каратели. Изменение характера литературных работ по Казахстану определяется главным образом изменением задач, политики царизма в связи с ликвидацией остатков самостоятельной казахской государственности. До тех пор, пока сохранялась марионеточная ханская власть и использовались элементы своеобразной казахской государственности, царская администрация интересовалась историей казахов, механизмом власти, адатом, потому что это помогало разобраться в общественных и политических отношениях казахов и найти наиболее легкие пути для их окончательного порабощения. Фальсификация казахской истории была бы здесь неуместной, она дезориентировала бы царскую администрацию. Так появились солидные, документально обоснованные труды видных деятелей и пограничной администрации Рычкова и Левшина. Со второй половины XIX в. подлинная история ликвидированной казахской государственности казалась царской администрации уже не нужной. Ее заменяет сомнительная философия казахской государственности Красовского²⁷, который весь смысл существования казахского государства видел в мнимой неприспособленности казахов к войне и стремлении народа отдохнуть под сенью мирного правления наименее воинственных из ханов и султанов [16]. М. Терентьев²⁸ объявляет теперь казахских

правления и редактор газеты «Тургайские областные ведомости». Автор книг по истории и этнографии казахов, в том числе: «Сборник узаконений о киргизах степных областей (Оренбург, 1898), «Судебная часть в Туркестанском крае и степных областях» (Оренбург, 1898), «Из киргизской старины» (Оренбург, 1900) и др.

²⁷ М. Красовский — участник статистического комитета по Сибирскому ведомству (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 25).

²⁸ Терентьев Михаил Африканович (1837 — ок. 1905) — русский офицер, генерал-лейтенант, историк, лингвист. Участвовал в военных походах по завоеванию Средней Азии. В 1869 г. по заданию Туркестанского ген.-губернатора Кауфмана приступил к работе «История завоевания Средней Азии», которая была напечатана в 1906 г. В 1875–1876 гг. издал грамматику и хрестоматию турецкого, персидского, «киргизского» (казахского), и узбекского языков. Казахская часть грамматики, как отмечает С. Аманжолов, была основана на материале южного диалекта (см.: Библиографический словарь отечественных тюркологов. С. 227).

ханов «глупыми дикарями» [17]. В. Витевский²⁹ [18] сочиняет апологию одного из жесточайших душителей казахского народа — Неплюева³⁰ и кровавой политики царизма в Казахстане в целом и т. д. Эти колонизаторские, шовинистические тенденции в литературе чрезвычайно сильны. Но это отнюдь не означает, конечно, что по этому пути пошла русская историческая наука в целом. Достаточно указать на капитальные труды Н. Аристова³¹, В. Радлова³², В. Вельяминова-Зернова³³,

²⁹ Витевский Владимир Николаевич (1845–1906) — историк, выпускник Казанского университета (1870), кандидат историко-филологических наук, преподавал в Уральской войсковой гимназии, Казанской русско-инородческой учительской семинарии. Автор многочисленных статей и исследований в области истории и этнографии Оренбуржья, в том числе монографии «И. И. Неплюев и Оренбургский край в прежнем его составе до 1758 года» (Казань, 1889–1897). Почетный член Оренбургской Ученой Архивной комиссии (1898) (см. о нем: *Рождествен А. Владимир Николаевич Витевский // Труды Оренбургской Ученой Архивной комиссии*. Вып. 19. Оренбург, 1906. С. 71–80; Исследователи Оренбургского края. Указатель литературы / Сост. Г. П. Березина. Оренбург, 1980).

³⁰ Неплюев Иван Иванович (1683–1773) — сенатор, русский государственный деятель. В 1742 г. начальник Оренбургск. экспедиции, первый губернатор Оренбургской губернии. В 1742–1758 гг. наместник Оренбургского края. Автор записок «Жизнь Ивана Ивановича Неплюева» (03, 1823–1826; отд. изд. — СПб., 1893) (о нем см.: *Витевский В. Н. И. И. Неплюев и Оренбургский край в прежнем его составе до 1758 г.* Казань, 1889–1897. Вып. 1–5) (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 498; *Рычков П. И.* Топография Оренбургской губернии. С. 288; *Губернаторы Оренбургского края*. С. 46–60; *Ерофеева И. В. И. И.* Неплюев и становление базовых принципов колониальной стратегии Российской империи в казахских жузах // *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. С. 259–268).

³¹ Аристов Николай Александрович (1847–?). В 1868–1881 гг. занимал различные административные должности в Семиреченском областном правлении. В 1881–1889 гг. помощник военного губернатора Семиреченской области. Сотрудничал с жур. «Живая старина» (см.: Библиографический словарь отечественных тюркологов. С. 24–25).

³² Радлов Василий Васильевич (Фридрих Вильгельм) (5.I.1837–12.V.1918). Род. в Берлине в семье комиссара гор. полиции. Ученый недолгое время занимался на факультете философии (гербартианство), позже окончательно остановился на языкознании. В Берлине изучал евр., араб., перс., тур., маньч., кит., монг., татарск. яз. После получения ст. д-ра философии в Йене 20.V.1858 отправился в СПб. 18.V.1859 после сдачи экзамена на русск. яз. в СПб ун-те на звание учителя гимн. выехал по месту назначения в г. Барнаул. Жизнь Радлова в России исследователи делят на три периода: алтайский (1859–1871), казанский (1871–1884), СПб-петроградский (1884–1918). Казахстанским исследователям особенно известен в связи с дешифровкой орхоно-енисейских памятников, открытых в 1889 г. русскими учеными (см.: Библиографический словарь отечественных тюркологов. С. 194–198).

³³ Вельяминов-Зернов Владимир Владимирович (31.X.1830–17.I.1904). Служил в Азиатском деп. МИД; в 1851 г. был командирован к оренбургск. и самарск. ген.-губернатору, который отправил его к правителю Средней Орды для ознакомления с яз. и обычаями казахов. Был адъюнктом по литературе и истории азиат. народов;

В. Бартольда³⁴, А. Добросмыслова и многие другие для того, чтобы констатировать, что трудами лучших русских историков, особенно ориенталистов, был внесен огромнейший вклад в изучение истории Казахстана, подготовивший возможность постановки и развития этой науки на подлинно научных основах марксизма-ленинизма в наше время.

Особо должны быть отмечены труды первого казахского ученого-просветителя Чокана Валиханова³⁵. Сочетая глубокие познания родной истории с широким научным кругозором и выдающимся исследовательским талантом, Чокан Валиханов в немногих, часто черновых, набросках оставил литературное наследие исключительной ценности для историков и в частности для историков-юристов. Мимо его «Аблая», «Киргизской родословной», «Записки о судебной реформе у киргиз сибирского ведомства» [19] никогда не сможет пройти ни один добросовестный историк Казахстана, ни один историк казахского государства и права.

Интересующая нас специальная юридическая и историко-правовая литература по своему научному уровню значительно ниже общеисторических работ того же периода. Мы уже отметили, что считавшиеся в дореволюционной литературе наиболее солидными труды Гродекова, Загряжского, Баллюзека представляли собою лишенную всякого

экстраорд. акад. по части мусульман. яз. и лит.; д-ром тур.-татарск. словесности. Почетный член АН России (см.: Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 60).

³⁴ Бартольд Василий Владимирович (3.XI.1869–19.VIII.1930). Окончил факультет восточных языков СПб. ун-та (араб.-перс.-тур.-татарск. разряд) с отличием. Слушал лекции и занимался у европейских востоковедов в Финляндии, Германии, Швейцарии, Италии, Австро-Венгрии. С 1913 г. действительный член АН. Много энергии отдавал организации востоковедческих исследований, как теоретических, так и полевых. Он был крупным историком, археологом, филологом-тюркологом (см.: Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 37–38).

³⁵ Валиханов Чокан (Мухамед-Ханафия) Чингисович (ноябрь 1835 — апрель 1865) — выдающийся казахский ученый-востоковед, мыслитель и общественный деятель, оставивший заметный след в истории политических и правовых учений. После окончания Сибирск. кадетск. корпус (Омск) в 1853 г. поступил в распоряжение ген.-губернатора Зап. Сибири. В 1854 г. назначен адъютантом ген.-губернатора Г. Х. Гасфорга, управлявшего Зап. Сибирью и сев.-вост. р-нами Казахстана. Совершал экспедиции в Джунгарию, на оз. Иссык-Куль, Кульджу, под видом мусульманского купца проник через Тянь-Шань в Кашгар. Жил, работал, слушал лекции в СПб (см.: *Адильгереев Х. Ч. Ч. Валиханов* (Биобиблиографический очерк). Алма-Ата: Казгослитгиздат, 1958; Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 56–57; *Чокан Валиханов. Записка о судебной реформе / Вступит. статья* (С. 5–34) и примеч. С. Ф. Ударцева. 2-е изд., доп. и испр. Алматы: Жеті жарғы, 2004 (далее — *Чокан Валиханов. Записка о судебной реформе...*); *Стрелкова И. Валиханов*. Вып. 6 (635). М.: Молодая гвардия. 1983. — См. также: *Стрелкова И. Валиханов*. 3-е изд., испр. и доп. Вып. 1071 (871). М.: Молодая гвардия, 2004).

критического анализа публикацию сведений о казахском праве, собранных к тому же не самими авторами. Отмечены также скромные попытки исторически осмыслить материал у Маковецкого. В 70-х годах заслуживает внимания весьма содержательная большая статья И. Ибрагимова³⁶ «Заметки о киргизском суде» [20], которая выгодно отличается от работ русских авторов тем, что М. Ибрагимов, хорошо зная язык и быт казахов, смог нарисовать убедительную и яркую картину практики казахского суда. Статья М. Ибрагимова, как и все работы этого периода, ценна преимущественно для истории суда в Казахстане во второй половине XIX в., но данное в ней точное, с большим знанием дела, описание деталей процесса усиливает ее значение для понимания процессуальных институтов предшествующего периода. После большой работы Гродекова до конца XIX в. литература по казахскому праву за исключением работ И. И. Крафта представлена только журнальными статьями. Работы И. И. Крафта имеют несомненно значительную ценность для истории права. Его «Сборник узаконений о киргизах степных областей» [21] содержит в себе обильный материал, взятый не только из официальных изданий, но и из архивов. Как сводка материалов, относящихся к политике царизма в Казахстане, «Сборник» Крафта пока не имеет себе равных, несмотря на очевидную его неполноту. Другая работа того же Крафта «Судебная часть в Туркестанском крае и степных областях» [22] является единственным по обстоятельности изложения трудом, освещающим деятельность царизма в области организации судов в Казахстане с точки зрения, конечно, руководящего деятеля царской администрации. Прочие работы того же Крафта имеют для истории права уже меньшее значение.

Из больших журнальных статей конца XIX в. наибольшего внимания заслуживают статьи Леонтьева [23] и Изразцова [24]. Статья Леонтьева посвящена вопросам судоустройства и процесса в Казахстане. Наиболее интересен в ней материал, относящийся к концу XIX в. Но Леонтьев делает также содержательную попытку критически пересмотреть высказанные до него в литературе взгляды на историю казахского суда и процесса и в некоторых случаях приходит к интересным и правильным выводам. Так, например, он отвергает довольно распространенную концепцию бийского суда в прошлом как добровольного третейского разбирательства. Статья Изразцова выгодно отличается от прочей журнальной литературы по казахскому праву тем, что в ней

³⁶ И. Г. Ибрагимов — переводчик, проявил инициативу, начав исследование и сбор материалов по обычному праву казахов (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 692).

сообщаются многие ранее не описанные в литературе постановления обычного права. В то время как подавляющее большинство авторов в это время посвящают свои статьи вопросам судебного устройства, которое находилось в центре внимания царской администрации, Изразцов дает главным образом снабженный новыми материалами очерк семейного, наследственного и уголовного права. Заслуживают внимания также статьи Сабатаева³⁷, Крахалева³⁸, Дингельштедта³⁹, Готовицкого, Максимова⁴⁰ [25]. Кроме журнальных статей, следует отметить также довольно многочисленные в конце XIX в. заметки о деятельности казахских бийских судов в газетах, особенно в «Киргизской степной газете» в «Тургайской газете», и не только в местной прессе, но также и столичной [26].

В 1904 г. литература по истории казахского права пополнилась интересным трудом А. Добросмыслова «Суд у киргиз Тургайской области в XVIII и XIX в.». Хотя работа Добросмыслова, как и работы Крафта, посвящена главным образом истории судебных учреждений, созданных в Казахстане царизмом, но, в отличие от Крафта, Добросмыслов уделяет довольно много внимания характеристике собственно казахских судов. Вообще интересы научного исторического исследования не подчинены у Добросмыслова в такой мере задачам текущей судебной политики царизма, как это имеет место у Крафта, и для истории собственно казахской юстиции работа Добросмыслова имеет большее значение, нежели более богатые фактическим, но часто справочным, материалом

³⁷ Сабатаев Сатылган (1874–1921) — востоковед, ученый-агроном, общественный деятель, активный участник движения «Алаш». Закончил Верненскую мужскую гимназию (1895), Лазаревский институт восточных языков (Москва, 1899), Московский сельскохозяйственный институт (1915). Участвовал в качестве депутата от Семиречья в первом общекзахском съезде (5–13 декабря 1917 г., г. Оренбург), где был избран кандидатом в члены правительства — Народного совета «Алаш-Орда». Один из первых переводчиков на русский язык произведений казахских поэтов и писателей, в том числе Абая и Миржақыпа. Автор нескольких статей по этнографии и обычному праву казахов (см. подробнее: *Байғалиев Б. Сабатаев // Абай. Энциклопедия. Алматы: Атамұра, 1995. 499-б; Әбдешев М. Сатылған Сабатаев — Абай және Міржақып өлеңдерін алғашқы аударушысы // Туған өлке — Родной край. Алматы, 2003. № 1-2. 88–97 бб.*)

³⁸ А. И. Крахалев — известный ученый Западно-Сибирского отдела РГО, собрал богатый материал по обычному праву (см.: *История Казахстана. Т. 3. С. 26, 695.*)

³⁹ Н. А. Дингельштедт — швейцарский ученый, состоявший на русской службе (см.: *История Казахстана. Т. 3. С. 50.*)

⁴⁰ Максимов Виктор Александрович (11.VIII.1836–24.V.1900) — русский ученый. Занимал различные дипломатические должности. Обучаясь в 1-й Казанск. гимн., изучал араб. и перс. яз. и вост. каллиграфию, поступил в Казанск. ун-т (разряд араб.-перс. словесности, в 1885 г. перевелся в СПб ун-т на ФВЯ (см.: *Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 151–152.*)

работы Крафта. После Крафта и Добросмыслова в дореволюционной литературе истории права не было уже каких-либо самостоятельных трудов, имеющих серьезное научное значение.

Нужно упомянуть, правда, вышедшую в 1905 г. работу Л. А. Словохотова [27] и появившуюся в 1911 г. книгу А. И. Мякутина⁴¹ [28]. Эти работы представляют собою новый, но мало полезный как для юридической, так и для исторической науки вид литературы по казахскому праву. Л. Словохотов, осудив своих литературных предшественников за официозный характер их работ, за «полную услужливость мысли» и взаимные повторения, объяснил все эти недостатки тем, что «ученые юристы не заглядывали в скучную, бесплодную, унылую и неизменную степь киргизского кочевья» [29]. К этим соображениям присоединился, процитировав Словохотова, Мякутин, выразивший сожаление, что обычное право до сих пор изучалось только в плане этнографическом [30]. Казалось, что после этого авторы, в качестве ученых-юристов, заглянут, наконец, если не в «скучную», «бесплодную», «унылую» и т. д. степь, то хотя бы в архивы, хранящие многочисленные полезные для изучения казахского права источники. Однако авторы «заглянули» только в осужденные ими труды своих предшественников и только для того, чтобы попытаться уложить уже представленный в литературе материал в прокрустово ложе институтов буржуазного права. К чему это привело, можно показать на примерах из работы Мякутина, который включает в раздел о договоре товарищества «товарищества для военных набегов» и «товарищества для производства барымты», которые, по его мнению, отличаются от гражданско-правового договора товарищества лишь тем, что не имеют целью извлечение прибыли. Для того чтобы объяснить право каждого отнять лошадь у заведомого вора, отправляющегося на свой промысел, автору понадобилось доказывать, что это не «jus retentions» и не «самовольное осуществление права залога», ибо здесь нет еще исковой претензии. Мякутин в одном месте с ученым видом рассуждает о том, имеются ли в казахском праве «право участия общего» и «право участия частного», в другом месте находит в казахском праве тонкое различие гражданско-правовой и уголовно-правовой вины [31].

Краткая характеристика дореволюционной литературы казахского права, приведенная выше, позволяет определить наше к ней отношение как к возможному источнику для истории казахского права в XVIII и первой половине XIX в. Как уже отмечено, специальная литература

⁴¹ А. И. Мякутин собирал материал по истории обычного права казахов (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 26).

казахского права появилась только в середине XIX в. Она не ставила перед собою, во всяком случае в первое время, ни задач изучения истории права, ни задач научного исследования вообще. Основные работы по казахскому праву в 70–80-х гг. представляли собою систематизированные применительно к буржуазному праву сборники обычного права казахов (Гродеков, Баллюзек, Загряжский, Маковецкий, Ибрагимов и др.). Несмотря на тенденциозность подобных сборников (например, устранение из казахского права шариатских норм), несмотря на ошибочные методы и программы, по которым собирались материалы для них, сведения о казахском праве, в них содержащиеся, представляют собою серьезную ценность, и перечисленные работы могут и должны быть, при тщательной критической проверке сообщаемых ими данных, использованы не только для истории права второй половины XIX в., но как *вспомогательные данные*⁴², и для предшествующего периода, право которого освещается в настоящей работе. Крайне консервативный характер казахского, как и всякого, впрочем, обычного права⁴³, дает для этого достаточное основание. Сказанное относится и к позднейшей литературе казахского права (Добросмыслов, Крафт, Леонтьев, Изразцов, Сабатаев и др.), поскольку она содержит новые данные о казахском праве и его истории, хотя объем интересующего нас материала здесь гораздо меньше, а момент исследования значительно усилен.

В такой же степени, как и юридическая литература, источником для истории права служит историческая литература, в особенности относящаяся к XVIII и первой половине XIX в. Литературные труды П. Рычкова и А. Левшина, записки участников академических экспедиций Георги, Палласа⁴⁴, Фалька⁴⁵ содержат ценные записи по вопросу

⁴² Два выделенных курсивом слова в оригинале написаны заглавными буквами.

⁴³ Изучение проблемы обычного права с точки зрения современной теории права позволяет говорить о применимости в характеристике обычного права вообще и разных его видов, в частности, не только консервативности как обязательной чертой его черты, но и динамичности некоторых видов обычного права (см. подробнее об этом: *Алимжан К. А.* Вопросы теории обычного права. Алматы, 2003. С. 48–58 и др.).

⁴⁴ Паллас Петр Симон (1741–1811) — выдающийся ученый-географ, биолог, этнограф, действительный член Петербургской Академии наук. В 1768–1774 гг. возглавил экспедицию Академии наук, обследовавшую северо-западный, центральный и восточный регионы Казахстана. Результаты его научных исследований обобщены в трехтомнике «Путешествие по разным провинциям Российского государства» (СПб., 1773–1788. Т. 1–3) (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 435).

⁴⁵ Фальк Иоганн Петр (1727–1774) — шведский ученый-натуралист, приглашенный в 1768 г. в Россию Академией наук по рекомендации К. Линнея. Во главе одного из отрядов экспедиции Академии наук в 1768–1774 гг. обследовал северо-восточные регионы Казахстана и территорию Юго-Западной Сибири. По его инициативе участник экспедиции врач Х. Барданес совершил в 1771 г. самостоятельную поездку в казахскую

о государственном устройстве и праве казахов. Эти записи являются часто результатом непосредственного наблюдения или расспросов либо использования неизвестных нам источников и потому для историка-юриста, как и для всякого историка, играют во многих случаях роль первоисточника.

От литературы, имеющей значение исторического источника, обратимся к источникам в собственном смысле слова. Прежде всего, следует отметить выдающееся значение довольно многочисленных описаний Казахстана, которые, во многих случаях вплотную примыкая к литературе, находятся на грани литературных и актовых памятников. Сюда относятся такие важнейшие источники, как «Журнал Тевкелева» [32], его описание казахских родов [33], ведомственные и полуофициальные записки и экстракты⁴⁶, пытающиеся на основании донесений того же Тевкелева⁴⁷ и других дипломатов, а также литературы дать картину общественной и политической жизни Казахстана. Таковы, например, хранящиеся в архиве Воронцовых в Ленинградском отделении Института Истории АН СССР записки «О киргизкайсаках», «Известие о Киргизкасаках» (содержащее ссылку на сочинения П. Рычкова), «Известие

степь, в ходе которой обследовал территории Центрального и Юго-Восточного Казахстана. Собранный И. Фальком и Х. Барданесом обширный географический и этнографический материал о восточных регионах России и казахской степи после смерти ученого был издан И. Г. Георги в России на немецком языке (см.: *Folk I. P. Beytrage zur topographischen Kenntniss des Russischen Reichs. Band 1–3, St.-Petersburg, 1785–1787*). Частично труд был переведен на русский язык и издан в XIX в. (см.: ПСУП. Т. VI; СПб., 1824; Т. VII. СПб., 1825) (см.: *Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 436–437*).

⁴⁶ Извлечения.

⁴⁷ Тевкелев Алексей Иванович (татарское имя Мамет, Муртаза, Мамет-мурза, Кутлумухамет, Кутлу-Мухаммед) (1674–1766) — переводчик восточных языков в императорской Коллегии иностранных дел, участник персидского похода Петра I (1722), член Оренбургской экспедиции (конец 30-х — 50-е гг. XVIII в.). Был послан в Младший жуз в апреле 1731 г. для приведения к присяге на подданство хана Абулхаира с подвластным ему народом. Удачные результаты этой дипломатической миссии положили начало карьере А. И. Тевкелева на русской административно-политической службе. В 40–50-х гг. он неоднократно направлялся в Оренбург для выполнения различных миссий. С февраля 1751 г. до 1759 г. являлся помощником губернатора Оренбургской губернии, вышел в отставку в звании генерал-майора в 1760 г. (см. о нем: *Ханыков Я. В. Сведения о роде Тевкелевых и о службе генерал-майора Алексея Ивановича Тевкелева // Временник императорского Московского общества истории и древностей российских. М., 1852. Кн. XIII*) (см.: *Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 482–483; Рычков П. И. Топография Оренбургской губернии. С. 289; МИКССР (1785–1828). Т. IV. С. 485; Ерофеева И. В. Дипломатическая миссия А. И. Тевкелева в казахскую степь (1731–1733 гг.) // Ерофеева И. В. Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. С. 193–210; Губернаторы Оренбургского края. С. 61; Ерофеева И. В. Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 41).*

о киргиз-кайсацком народе, сочиненное в коллегии иностранных дел», «Нижайшее представление о состоянии киргиз кайсацких орд и о способах приведения их к спокойному пребыванию и ко исполнению подданических должностей» от 17 декабря 1747 г., автором которого является П. Рычков, ряд «акстрактов о киргисцах», каждая из которых содержит ответы на некоторые вопросы, «Продолжение исторического экстракта о киргиз кайсацком народе» за подписью Рейнсдарт и того же Рычкова, далее описания Казахстана в хранящихся там же сборниках «Торговля Азиатская» [34]. Известное «Обозрение Киргиз-Кайсацкой степи» Г. Гавердовского [35] отличается от литературного произведения разве только тем, что оно никогда не было напечатано и опубликовано. «Записки купца Гока»⁴⁸ [36], как и «Журнал оренбургского муфтия»⁴⁹ [37], напротив, ничем почти не отличаются, разве только своим объемом, от такого памятника чисто актового характера, как «сказки»⁵⁰, показания правительственных агентов, огромное значение которых, как источника для истории Казахстана убедительно показано М. П. Вяткиным [38]. «Описания» и «обозрения» имеют для истории права и государства даже несколько большее значение, нежели «сказки», так как показания агентов, авторов «сказок», обычно служили целям разведывания конкретных интересующих администрацию обстоятельств, а не выяснения картины общественной жизни казахов в целом. Авторам «сказок» не приходило в голову, да им никто и не поручал выяснять

⁴⁸ Гок (Джок) Роман (Реональд) — английский купец. В 30–40-х гг. XIX в. неоднократно посещал казахские степи с торговыми целями. Оренбургская комиссия вменила ему в обязанность «подробно описывать горы, реки и речки, озера и озёрки... внимательно осмотреть землю у Аральского моря (годна ли она к хлебопашеству) и все места, где предполагается основать пристань». Сведения, собранные Р. Гок, записывались в Оренбургской комиссии (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 499; *Есмагамбетов К. Л.* 1) Что писали о нас на Западе. Алма-Ата: Казак университети, 1992 (далее — *Есмагамбетов К. Л.* Что писали о нас на Западе). С. 33–34; 2) Действительность и фальсификация (Англо-американская историография о Казахстане). Алма-Ата: Казахстан, 1976 (далее — *Есмагамбетов К. Л.* Действительность и фальсификация). С. 35).

⁴⁹ «Журнал Оренбургского муфтия» был издан М. П. Вяткиным в 1939 г. (см.: *Вяткин М. П.* Журнал Оренбургского муфтия // Исторический архив. Т. 2. М.; Л., 1939. С. 124–220) Автор «Журнала...» Мухамеджан Хусаинов (Мугаммед-Джан Гусейн). Оренбургский муфтий происходил из татарской торговой семьи деревни Султанай в Башкирии. В 1785 г. был назначен ахуну при Оренбургской пограничной комиссии, в том же году — первым ахуну и в 1789 г. — муфтием. Неоднократно посещал казахские степи с различными дипломатическими поручениями правительства России (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 508; МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 482, 483).

⁵⁰ Слово «сказки» — машинописная вставка сверху строки.

особенности политической структуры или права в Казахстане. Тевкелев, Рычков, Гавердовский ставили перед собою такую же задачу и хотя не всегда удовлетворительно справлялись с ней, но огромную ценность оставленных ими данных по истории казахского государства и права невозможно оспаривать.

В то же время в «сказках» иногда можно найти ценнейшие картины правовой жизни, позволяющие делать безошибочные выводы о характере права именно потому, что они показывают право в действии, в конкретном его осуществлении. Например, после сообщения Айдара Сафарова о том, что хана Аблая⁵¹ заставили платить кун за убийство, совершенное его «холопами» [39], нельзя сомневаться в том, что и в Казахстане рабы по своему правовому положению не были субъектами права и что ответственность за их преступления возлагалась на рабовладельцев. Между тем одно лишь частое употребление в источниках термина «раб» еще не дает возможности уверенно судить ни об уголовной ответственности рабов, ни даже вообще о правовом положении этой категории зависимого населения. В таком же смысле огромные возможности для выяснения характера правовой и политической надстройки содержат многочисленные письма, ходатайства и жалобы казахских ханов, султанов, батыров и старшин. Значительное количество источников этого рода позволяет извлечь отсюда ценные данные по истории права, хотя чаще всего таковые лишь вкраплены в них, как драгоценный металл в породу. При таком единственно, впрочем, возможном подходе к источникам ценные историко-правовые данные могут быть извлечены и из огромных фондов переписки местной царской администрации с центральными правительственными учреждениями, хотя основная ценность последних как источника заключается в освещении колониальной политики царизма в Казахстане.

Отсюда ясно, что все источники для общей истории Казахстана в большей или меньшей степени необходимы, так же как и фундамент, для истории казахского государства и права. Это можно было бы, правда, сказать об историко-правовых исследованиях в любой области. Этого

⁵¹ Аблай, Абилмансур (1711–1781) — казахский хан Среднего жуза (1771–1780), один из наиболее крупных государственных деятелей в Центральной Азии Нового времени. Сын султана Вали и внук известного воителя султана Аблая, происходившего от потомков Джадика. Источники характеризуют Аблая как дальновидного политика, деятельность которого была направлена на создание сильного и независимого Казахского государства (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 489; *История Казахстана*. Т. 3. С. 253–254; *Ерофеева И. В.* Символы казахской государственности. Позднее средневековье и Новое время. Алматы: Аркаим, 2001. С. 123–128; *Шоқан Уәлиханов.* Абылай // Абылай хан. Алматы: Айқап, 1992. 12–17 бб.; *Мәшһүр-Жүсіп Көпейұлы.* Абылай хан // Бұл да сонда. 18–31 бб.).

требует марксистский метод исследования, не позволяющий отрывать норму юридического памятника от практики ее применения в данном обществе. Но необходимо подчеркнуть, что для истории государства и права Казахстана, при отсутствии непосредственных памятников законодательства и судебной практики, при полном почти отсутствии вообще юридических документов, роль памятников общей истории неизмеримо повышается. Имея перед собою всегда лишь частную, неполную и большею частью неточную запись норм обычного права, историк права обязан всюду, где это возможно, тщательно проверить, насколько содержащиеся в памятниках права нормы могут рассматриваться как нормы права, реально осуществляемого на практике.

Возможность такой проверки дается только широким привлечением источников общей истории Казахстана. От масштабов их привлечения, разработки, а также опубликования зависит успешное решение этой насущной для истории права задачи. К сожалению⁵², несмотря на то, что советская историческая наука имеет в области разработки и публикации источников для истории Казахстана значительные достижения, историки права имеют возможность опереться в историко-правовом исследовании лишь на сравнительно небольшую часть тех источников, которые хранятся в огромных архивных фондах.

После этих замечаний, цель которых ограничивается необходимостью определить соотношение памятников права и прочих источников для истории казахского права, переходим к рассмотрению основных известных нам памятников казахского права. При этом неизбежно придется затронуть и вопрос о соотношении казахского права с древним монгольским правом, шариатом и законодательством царизма.

2. *Отношение казахского права к древнему монгольскому праву*⁵³

Древнейшим казахским историко-юридическим памятником является «Жеты-Жаргы»⁵⁴, запись обычного права, приписываемая хану

⁵² «К сожалению» — рукописная вставка сверху строки.

⁵³ Начинается в диссертации на с. 35.

⁵⁴ «Жеті жарғы» («Жеты жаргы») — Законы (Уложение) Тауке-хана, в казахской устной исторической традиции известны как «Әз Тәуке ханның Жеті жарғысы». В отечественной исторической и юридической литературе под «Жеты жаргы» принято понимать законодательный памятник конца XVII — начала XVIII в., созданный на основе норм казахского обычного права, а также предыдущих законов казахских ханов Касыма и Есима. К настоящему времени содержание памятника известно в основном из трех письменных источников на русском языке: сочинений Я. П. Гавердовского «Обозрение Киргиз-кайсацкой степи или описание страны и народа киргиз-кайсацкого» (1803), А. И. Левшина «Описание киргиз-казахских,

Тауке (1680–1718⁵⁵ гг.) и дошедшая до нас в записях, сделанных в начале XIX в. русскими авторами со слов биев и старшин. Для предшествующего периода нам неизвестны какие-либо историко-юридические памятники. Существует, правда, казахское предание о серьезной законодательной деятельности ханов Касыма (конец XV — начало XVI в.)⁵⁶ и Есыма (1698–1828 гг.)⁵⁷. Однако содержание этой законодательной деятельности остается совершенно неизвестным. Предание говорит о том, что в «Жеты-Жаргы» кодифицированы «чистая дорога хана Касыма» и «древняя дорога хана Есыма». В конце XIX в. даже многие бии уже не связывали с этими выражениями представления о законодательной деятельности Касыма и Есыма и видели в них обозначение чисто топографическое [40].

Отсутствие каких-либо памятников обычного права казахов до конца XVII в. создавало почву для не всегда обоснованных предположений

или киргиз-кайсацких, орд и степей» (1832) и Г. И. Спасского «Киргиз-кайсаки Большой, Средней и Малой орды» (Сиб. вестник. 1820. Ч. IX (Кн. 1, 2, 3), X (Кн. 4, 5, 6)) (см. подробнее: *Зиманов С., Усеров Н.* «Жеті-Жарғы» туралы бірер сөз // Известия АН КазССР. Сер. общест. наук. 1975. № 4. С. 65–70; *Усеров Н.* Исследование правового памятника «Жеты-Жаргы»: АДКЮН. Алма-Ата, 1977; *Зиманов С., Усеров Н.* «Жеті жарғы» жайлы // Проблемы казахского обычного права. Алма-Ата: Наука, 1989. С. 122–141; *Созақбаев С.* Тәуке хан. Жеті жарғы. Алматы: Санат, 1994; *Өсерұлы Н.* Жеті жарғы. Алматы: Жеті жарғы, 1995; *Узбекулы С.* Хан Тауке и правовой памятник «Жеті жарғы». Алматы: Өркениет, 1998; *Омари Ж.* Қаз дауысты Қазыбек би. Жеті жарғы. Астана: Фолиант, 2000; *Сұлтанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. Алматы: Дайк-Пресс, 2001. С. 230–247; *Артықбаев Ж. О.* «Жеті жарғы» — мемлекет және құқық ескерткіші: (зерттелуі, деректер, тарихы, мәтіні). Алматы: Заң әдебиеті, 2003.

⁵⁵ В исторической литературе последних лет принято считать, что Тауке-хан умер в 1715 г. (см., напр.: *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. Алматы: Санат, 1999. С. 44; *Сұлтанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 226).

⁵⁶ Касым-хан (ок. 1445–1518 или 1523–1524) — сын одного из основателей казахского ханства Жаныбек-хана. Народное предание казахов связывает с именем Касыма создание узаконений, известных как «Қасым ханның қасқа жолы» («Чистая дорога хана Касыма»), которые, видимо, никогда не были записаны и до нас не дошли (см.: История Казахстана. Т. 2. С. 363–366; *Сұлтанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 166–172; МИКХ XV–XVIII вв., 1969). С. 20, 21, 30, 32, 58–66; *Мухаммед Хайдар Дулати.* Тарих-и Рашиди (Рашидова история) / Пер. с персидск. яз., 2-е изд. дополнен. Алматы: Санат, 1999 (далее — Мухаммед Хайдар Дулати. Тарих-и Рашиди). С. 323–325, 330, 571).

⁵⁷ Есым хан (Иш-Мухаммад, Ишим) — казахский хан с 1598 по 1628 г. Народное предание связывает с его именем создание Уложения, известного как «Есім ханның ескі жолы» («Древняя дорога хана Есыма») (см.: *Сұлтанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 211–212, 219, 220–221; *Андреев И. Г.* Описание Средней Орды киргиз-кайсаков. С. 236–237; *Галиев В. З.* Хан Джангир и Орбулакская битва. Алматы: Ғылым, 1998. С. 5 (далее — *Галиев В. З.* Хан Джангир и Орбулакская битва)).

по вопросу о характере и происхождении этого права. Ф. Леонтович⁵⁸ высказал мысль о монгольском происхождении казахского права. Он увидел истоки его в ясе Чингис-хана⁵⁹. «Нет сомнения, — писал Ф. Леонтович, — что в эпоху монгольского данничества у киргизов действовали древние монгольские уставы; в особенности к ним могли привиться порядки, развитые “великой ясой” Чингиса. Эти же самые порядки, вошедшие в привычку народа, могли затем удерживать и позже в эпоху самостоятельных киргизских ханств, когда появляются у киргизов свои племенные законы». По мнению Ф. Леонтовича, сильное влияние монгольского права на казахское до XVI в. подтверждается «заметным сходством киргизских законов (т. е., как видно из последующего, «Законов Тауке». — С. Ф.) с древним монгольским правом». Ф. Леонтович утверждал, что такие институты, как барымта, позволяют сближать постановления Тауке с «великой ясой»⁶⁰ Чингиса и во всяком случае

⁵⁸ Леонтович Федор Иванович (1833–1911) — русский ученый-правовед, историк права, выпускник юридического факультета Киевского университета, доктор юридических наук, профессор Новороссийского и Варшавского университетов, ректор Новороссийского университета (1869–1877). Автор многочисленных работ по истории государства и права России и европейских стран, в том числе «Историческое исследование о правах литовско-русских евреев» (1863), «Крестьяне юго-западной России по литовско-русскому праву XV–XVI вв.» (1863), «Русская Правда и Литовский Статут» (1864), «Древнее хорвато-долматское законодательство» (1868), «Калмыцкое право» (1880), «Адаты кавказских горцев» (1883) и др. Список трудов см. в: Записки Общества истории, филологии и права при Варшавском университете. 1908. Вып. IV (см. подробнее: Энциклопедический Словарь. Издатели: Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон. Т. XVIIIА, полутом 34. СПб., 1896. С. 561; Новый Энциклопедический Словарь. Издание АО «Издательское дело бывшее Брокгауз — Ефрон». Т. 24. Петроград, [1915]. С. 359–360).

⁵⁹ Чингис (Чингиз, Хингис)-хан (Темучжин сын Есугай-баатура, Тэмучин) (1155(1162)–1227). В 1194 г. на курултае ханов и нойонов объединенной Монголии Темучжин был избран ханом. За военные доблести и выдающийся ум монгольские роды и племена дважды, около 1189 г. и 1206 г., провозглашали Темучина ханом и присвоили ему титул Чингиз-хан, вытеснивший его имя. В результате грабительских походов в Северный Китай, Восточный Туркестан, Казахстан, Среднюю Азию, Иран, Закавказье, Восточную Европу создал в начале XIII в. огромную Монгольскую империю (прав. 1206–1227 гг.) (см.: Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 464; Султанов Т. И. Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 14–16; Кычанов Е. Жизнь Темучжина, думавшего покорить мир. Алма-Ата: Жалын, 1992 (далее — Кычанов Е. Жизнь Темучжина, думавшего покорить мир)).

⁶⁰ «Великая Яса» или «Великий Джасак», «Великая книга ясы» (яса-наме-йи бузург), «Яса» (ясак, дзасак, йосун — «постановление», «закон») — монгольский свод законов и установлений, санкционированных Чингиз-ханом. Полагают, что Яса была принята на общемонгольском курултае в 1206 г., пересмотрена в 1218 г. и утверждена в окончательной редакции в 1225 г. По Джувейни, Яса была написана на свитках (тумар), которые хранились у наиболее авторитетных царевичей —

указывают на то, что у киргизов до настоящего времени *сохранились во всей чистоте* правовые обычаи и порядки, при каких они жили в монгольской зависимости [41].

Короткий смысл цитированных соображений Ф. Леонтовича заключается, следовательно, в том, что монгольское право и, в частности, «великая яса» Чингиса так прочно привились к племенам, из которых образовалась казахская народность за время монгольского господства и до образования казахского государства, что и последующем, в XVI в. и «до позднейшего времени», казахи сохранили монгольское право «во всей чистоте».

Несостоятельность позиции Леонтовича обусловлена прежде всего примитивной буржуазной методологией середины XIX в., заставляющей его искать корни той или иной правовой системы в заимствовании ее у другого народа, во влияниях чужеземного права, «вошедших в привычку народа». Необоснованность его соображений ярко выражена в том, что единственный конкретный исторический аргумент, им приведенный, ссылки на наличие будто бы барымты, как у казахов, так и в ясе Чингиса, есть плод странной для такого серьезного исследователя, как Леонтович, грубой ошибки: известные нам фрагменты ясы Чингиса вовсе не знают института, аналогичного барымте [42]. Не стоило бы поэтому, может быть, останавливаться на этой попытке поставить знак равенства между ясой Чингиса и обычным правом казахов, если бы не необходимость подчеркнуть принципиальное различие ясы Чингиса и казахского обычного права. В то время, как яса Чингиса исходит из наличия сильной централизованной, деспотической государственной власти, обычное право казахов есть плод крайней слабости

знатоков Ясы. Свитки приносили на самые значительные государственные собрания. Яса не сохранилась в подлиннике и известна лишь в отрывках и сокращенных изложениях у Джувайни, Рашид ад-Дина, Вассафа, Ибн Батутты, Григория Абу-лФараджы, Макризи и т. д. Из сохранившихся фрагментов ясно, что основной задачей было создание новой системы права, которая отвечала бы запросам и потребностям феодализирующегося монгольского общества (см.: *Султанов Т. И.* Поднятые на белой кошке. Потомки Чингиз-хана. С. 29–33).

Среди историков принято считать, что наиболее полное изложение текста Ясы содержится в сочинении персидского историка Ала ад-Дина Ата Малика Джувайни (1225–1283) «Тарих-и джахангушай». Другие авторы, как правило, использовали сведения Джувайни (см. подробнее: *Абусейтова М. Х., Баранова Ю. Г.* Письменные источники по истории и культуре Казахстана и Центральной Азии в XIII–XVIII вв.: (библиографические обзоры). Алматы: Дайк-Пресс, 2001. С. 18–27; *Ата-Мелик Джувейни.* Чингисхан. История завоевателя мира (пер. с англ.). М.: Изд. дом «Магистр-Пресс», 2004. С. 18–25; *Хара-Даван Э.* Чингис-хан как полководец и его наследие. Культурно-исторический очерк Монгольской империи XII–XIV веков. Алма-Ата: КРАМДС-Ахмед Яссауи, 1992. С. 177–187).

государственной власти, что ярче всего проявляется, пожалуй, в легализации барымты — самопомощи, самоуправства. Барымта есть следствие бессилия государственной власти своими силами привлечь к суду обвиняемого—ответчика и заставить его выполнить решение суда. Барымты не только нет в известных нам фрагментах ясы Чингиса, но она противоречит всему содержанию и политическому смыслу Чингисова законодательства.

Законодательство Чингиса отразило политику варварской империи, политику централизации государства. Он стремился к преодолению партикуляризма обычного права подвластных ему многочисленных племен и народов. Над местным правом своих подданных он хотел поставить общее право империи, видя в таком орудие ее укрепления, гарантию ее прочности. В приписываемых ему изречениях Чингис, заглядывая в будущее, говорит, что если его преемники «будут грубо обращаться с ясаком, то дело государства будет потрясено и прервано». В другом изречении — завещании — он запрещает своим детям изменять ясак. Он предписывал ссылать в отдельные места и даже заключать в оковы тех царевичей и членов его «золотого рода», которые нарушат ясак [43].

Вопреки распространенному представлению о крайней примитивности Чингис-хановой юстиции «Сокровенное сказание»⁶¹ рисует картину серьезных и хорошо организованных мероприятий по внедрению и упрочению нового общего для всей империи права. Таков верховный Государственный суд «Гурдерейн-дзаргу» с Шиги-Хутуху во главе, получившим наказ искоренять преступления «во всех пределах государства». Решения этого суда, санкционируемые самим Чингисом, записываются в «синюю роспись» — «Коко-Дефтер-Бичик» и становятся законом, не подлежащим изменению [44]. о судебной деятельности Шиги-Хутуху Рашид-Эддин⁶² говорит, что «с того времени до ныне в стране монгольской и в тех пределах полагаются в процессах на постановления его обычая и пути» [45]. П. Мелиоранский⁶³ отметил

⁶¹ «Сокровенное сказание», летопись истории монгольского государства Чингиз-хана, написанная анонимным автором (см.: Козин С. А. Сокровенное сказание. Монгольская хроника 1240 г. Т. 1. М.; Л., 1941).

⁶² Фазлаллах Рашид ад-дин — автор «Джами ат-таварих» («Сборник летописей»). Представляет собой наиболее значительный источник по истории монгольских и тюркских племен и народов XII–XIII вв. (см.: Рашид ад-дин. Сборник летописей. Т. II / Пер. с персидск. Ю. П. Верховского; Примеч. Ю. П. Верховского, Б. И. Панкратова. М.; Л., 1960).

⁶³ Мелиоранский Платон Михайлович (18.XI.1868–16.V.1906). Окончил факультет восточных языков (ФВЯ) СПб университета (по разряду араб.-перс.-турецко-татарск. языков). Еще гимназистом познакомился с В. В. Радловым. После 3-го курса был направлен СПб университетом в Оренбургскую губ. и Тургайскую обл.

наличие в империи Чингиса также и процессуального кодекса «Кудатку-Билик»⁶⁴, заимствованного у уйгуров. Этот процессуальный кодекс, как видно из одного персидского документа, предусматривает обязательное учреждение в городах и областях империи судей монгольского права «яргучи», как проводников общего права. Сообщая о том, что институт яргучи «принадлежит к числу нововведений Чингис-хана и султанов монгольских», тот же персидский документ подчеркивает, что тем самым «следование (началом) правосудия и справедливости довели до высочайшей степени» [46]. Все это говорит о серьезных попытках установить в империи единство судебной практики на основе некоторых общих законов.

Материально-правовые нормы ясы, поскольку о них можно судить на основании дошедших до нас ее фрагментов, свидетельствуют о том, что перед нами не кодификация обычного права монгольских племен, а нормы, направленные к укреплению созданного Чингисом нового государственного строя, империи. Большинство известных нам постановлений ясы не имеет ничего общего с обычным правом хотя бы потому, что регулирует отношения, находящиеся за пределами обычного права. Таковы постановления об освобождении мусульманского духовенства от налогов, о веротерпимости, о смотрах войску, о наказании за банкротство, о назначении сотников и тысячников, о безусловном подчинении посланцам хана, о создании почты, о наказании воинов за небрежность, о различном наказании за убийство мусульманина и китайца. Но и те фрагменты ясы, которые могут быть связаны с обычно-правовыми представлениями монголов, содержат нормы, направленные к укреплению воинской дисциплины. Иначе невозможно объяснить, почему

для изучения киргизского (казахского) языка и фольклора. В 1899 г. защитил магистерскую диссертацию на тему: «Памятник в честь Кюль-Тегина». Был доктором турецко-татарской словесности, профессор, ученый секретарь ФВЯ СПб университета (см.: Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 16–162).

⁶⁴ «Кутадгу билик» («Благодатное знание») — памятник древнетюркской письменности (1069–1070), поэма Юсуфа Баласагуни, преподнесенная им в дар правителю Кашгара Табгач Богра-Кара-хакану. В сочинении рассматриваются идеальное государство, мудрый и справедливый правитель, который обязан заботиться о благе народа, вести жесткий контроль над своими приближенными, сановниками и чиновниками, безжалостно наказывать их за злоупотребления. Идеи поэмы созвучны с идеями трактата аль-Фараби «О взглядах жителей добродетельного города» (см.: Юсуф Баласагунский. Благодатное знание / Пер. С. Н. Иванова. М., 1983; Баласағұн Ж. Құтты білік. Алматы, 1986; История Казахстана. Т. 2. С. 236; Құрышжанұлы Ә. Баласағұни // Қазақ тілі. Энциклопедия. Алматы: IDK-ТИРО, 1998. 59–60 бб.; Дербісәлин Ә. Баласағұни // Қазақ әдебиеті. Энциклопедия. Алматы: Білік, 1999. 154–6; Әбдіғалиев Б. Б., Жамалов Қ. Ж., Сатершинов Б. М. Саяси ой тарихы. Алматы: Үш қиян, 2003. 81–82 бб.).

проступки, в бытовом их значении вовсе не столь тяжкие, караются смертью. Смерти предается тот, кто вступает в драку между двумя спорящими на стороне одного из них, тот, кто мочится в воду или на пепел, кто в битве не поднимет лук, вьюк или иное снаряжение находящегося впереди его всадника и не вернет ему это имущество; смертной казни подлежит и тот, кто подавится пищей. Березин⁶⁵ наивно пытался объяснить эти постановления тем, что Чингис «из привязанности к своей народности» «в угоду народному обычаю» поставил нарушение народных предрассудков в один ряд с действительными преступлениями, охраняя с «нелепой жестокостью» народные суеверия как религиозную святыню [47]. Но каковы бы ни были обычно-правовые традиции и религиозные представления монголов, весьма возможно использованные Чингисом в этих постановлениях, смертная казнь за подобные поступки может быть объяснена лишь тем, что вмешательство третьего лица в драку двух воинов дает толчок к всеобщей свалке вооруженных сородичей и угрожает боеспособности всего отряда; тот, кто мочится в воду или на пепел, лишает войско воды после длительного перехода в безводной степи либо жара для того, чтобы испечь конину. Давится пищей, очевидно, тот, кто спешит выхватить из отрядного котла для себя побольше и может вызвать драку за трапезой. Не лишнее вспомнить по этому поводу сообщение китайского историка Ма-дуан-линя, что у татар сильнейшие хватают во время обеда самые большие и жирные куски [48]⁶⁶. В этом же плане следует рассматривать запрещение лезть руками в воду и мыть в этой драгоценной в степи жидкости одежду. Следовательно, вторая рассмотренная нами группа постановлений ясы представляет собою кодекс военно-походной жизни, и введение здесь смертной казни, как единственной почти санкции за все упомянутые преступления, оказалось возможным лишь в условиях военной деспотии, какой была империя Чингиса. Оно было, пожалуй, и необходимым условием для создания и поддержания новой воинской дисциплины в рядах собранных Чингисом огромных полчищ, равных которым не знала, конечно, вся прошлая история монголов.

Принимая во внимание указанный характер постановлений ясы Чингиса и направления его законодательной деятельности в целом, нельзя

⁶⁵ Березин Илья Николаевич (19.VII.1818–22.III.1869) — иранист, тюрколог, уделял внимание арабскому языку и его диалектам, монгольскому, маньчжурскому и другим языкам. Выпускник отделения восточной словесности Казанского университета. Был профессором Казанского университета, ФВЯ СПб университета. Тема докторской диссертации — «Очерк внутреннего устройства улуса Джучиева» (см.: Библиографический словарь отечественных тюркологов. С. 44–47; *Чокан Валиханов. Записка о судебной реформе...* С. 106).

⁶⁶ Сноска № 48 в тексте у Фукса вписана рукой автора в круглых скобках.

также согласиться с мнением Леонтовича, что яса Чингиса представляет собою древние племенные обычаи монголов, инкорпорированные Чингисом в общеплеменной устава [49], и следует в связи с этим решительно отвергнуть его попытку рассматривать ясу Чингиса как источник казахского обычного права. Для ясы Чингиса, утверждавшей новый порядок отношений, возникший в деспотической варварской империи, не могло быть места в децентрализованном слабом казахском государстве, механизм которого существенно отличен от механизма империи Чингиса.

М. П. Вяткин подчеркнул «действенность ясы Чингисхана в начале XVI в.», основываясь на свидетельствах Рузбехана⁶⁷ [50]. Действительно, Рузбехан, писавший в начале XVI в., сообщает, что каждый казахский султан-чингизид пользуется, «согласно ясы теми землями, которыми пользовались его предки от Джучи⁶⁸ и до Шейбани-хана⁶⁹ [51]. Это, несомненно, очень веское свидетельство. Речь идет здесь, очевидно, о том принципе единонаследия в каждом отдельном улусе, который установил Чингис [52]. Вполне возможно, что султаны-чингизиды, стоявшие во главе казахских улусов, сохранили в своих внутренних взаимоотношениях этот порядок преемства власти, установление которого приписывается Чингис-хану, но который, естественно, устанавливается всюду, когда дофеодальная империя сменяется феодальной раздробленностью (ср. постановление Любечского съезда: «кождо да держить отчину

⁶⁷ Рузбехан Исфакхани (862 г. х./1457–58 г. н. э.) — персидский историк, богослов, литератор. Его книга «Михман-наме-йи Бухара» («Книга бухарского гостя») — важнейший первоисточник по истории Средней Азии и Казахстана периода правления Шайбани-хана (см.: История Казахстана. Т. 2. С. 17–18; *Фазлаллах ибн Рузбихан Исфакхани*. Михман-наме-йи Бухара (Записки бухарского гостя). М., 1976).

⁶⁸ Джучи (Чжочи, Цуци) (ум. 1227) — старший сын Чингисхана. Степная часть Казахстана входила в состав улуса Джучи (см.: История Казахстана. Т. 2. С. 74–75, 78–80; *Андреев И. Г.* Описание Средней Орды киргиз-кайсаков. С. 235; *Кычанов Е.* Жизнь Темучжина, думавшего покорить мир. С. 31).

⁶⁹ Шейбани-хан (Шебак хан, Мухаммед Шайбани-хан, Шахбахт-хан) (1451–1510) — сын Шах-Булаг-султана, внук Абулхаир-хана, основатель государства шайбанидов в Средней Азии в начале XVI в. (см.: *Андреев И. Г.* Описание Средней Орды киргиз-кайсаков. С. 236; *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 479–480). В своем примечании под номером 51 С. Л. Фукс называет книгу «Прошлое Казахстана в источниках и материалах» (Алма-Ата; М., 1935). Составителями книги «Прошлое Казахстана в источниках и материалах» (Т. 1) были С. Д. Асфендияров и П. А. Кунте. В 1936 г. вышел второй том. В 1938 г. названные книги были запрещены. С. Д. Асфендияров был репрессирован, реабилитирован посмертно в 1956 г. Новое издание было осуществлено в 1993 г. (см.: *Асфендияров С.* История Казахстана. Алматы: Казак университеті, 1993. С. 11–12). В настоящее время именем С. Д. Асфендиярова назван Казахский национальный медицинский университет (КазНМУ) в г. Алматы.

свою»). Но вряд ли было бы правильно делать отсюда обобщающий вывод, что яса Чингиса сохраняла в это время в целом свое значение действующего в Казахстане права и определяла содержание обычного права казахов. Чингизиды во главе объединений казахских родов — это только пережиток, сохраняемый и удобный потому, что чингизиды стоят обособленно, вне казахских родов, не принадлежат ни к одному из них и как бы гарантируют беспристрастие власти в столкновении интересов отдельных родов⁷⁰ (Точно так же цахурские лезгины избирали правителей из *беков* горного селения Хиц, не принадлежавших к цахурским общинам и не имевших права участия в пользовании общинной землей, так как при попытке выдвинуть правителей из своей общинной знати возникали, по преданию, беспорядки из-за стремления каждой общины выдвинуть своего представителя.) [53]. Поскольку действительная или мнимая принадлежность султанов к числу потомков Чингиса создает для них привилегию власти, они, естественно, должны стремиться сохранять в своем замкнутом кругу традиции «золотого рода» Чингиса и его ясу. Но так как султаны-чингизиды в Казахстане в XVI в., как это будет показано ниже, были не столько феодальными владельцами, сколько военными вождями, то значение ясы в кругу чингизидов вовсе не свидетельствует о том, что нормы ясы регулировали их отношения с «подвластными» казахскими родами и тем более отношения внутри и между родами.

Для оценки возможного влияния ясы Чингиса на казахское право нужно, конечно, иметь в виду также свидетельства монгольских летописцев и историков конца XIII и начала XIV в. о том, что уже в их время яса Чингиса стала приходить в забвение [54].

Отвергая значение чингисовой ясы как источника казахского права, мы не станем, конечно, отрицать, что известное влияние на обычное право казахов имело обычное право монгольских племен, хотя бы потому, что некоторые из них, как, например, найманы и керей, сыграли важную роль в образовании казахской народности. Но необходимо при этом иметь в виду, что яса Чингиса вовсе не может быть отождествляема с обычным правом народов, подавляемых империей, и даже с обычным правом монгольских племен. Если даже Чингису удалось кодифицировать это обычное право, то его «великая яса» не является такой кодификацией. К. Голстунский⁷¹ на основании свидетельства монгольских

⁷⁰ О статусе и роли чингизидов в казахском обществе см.: *Султанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана; *Ерофеева И. В.* Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 12–18.

⁷¹ Голстунский Константин Федорович (1831–1899) — русский востоковед (монголовед), выпускник историко-филологического факультета Казанского университета (1853), профессор Петербургского университета (1860). Автор книг

источников пришел к выводу, что при Чингисе составлены были два рода законов: одни из них заключали в себе собрание народных обычаев, другие относились к управлению государством и укреплению политического строя [55]. Известные нам фрагменты ясы, несомненно, относятся ко второму роду законов. Что касается многочисленных племен и народов, входивших в состав империи, то они, конечно, и при монгольском владычестве сохраняли свое обычное право, независимо от того, было ли оно кодифицировано или нет. Березин, как и Леонтович, ошибочно отождествлял⁷² ясу Чингиса с монгольским обычным правом, полагая, что основанием ясы «послужил народный ясак, которого Чингис-хан никогда не решился бы обойти» и что поэтому яса как источник права вытеснила «народный обычай» [56]. Но сам Леонтович указывал на то, что «внутренний быт каждого из таких племен нормировался своей особой системой местного обычного права, — общие уставы и не вторгались в эту неприкосновенную сферу», что «великая яса не отменяла яс *малых, местных*, по которым продолжали жить отдельные монгольские (и тем более не монгольские. — С. Ф.) племена, вошедшие в состав великого ханства Чингиса» [57]. Тем менее обоснована его попытка рассматривать ясу Чингиса как источник обычного права казахов. Можно лишь по указанным уже соображениям предположить связь казахского обычного права с обычным правом монгольских племен. Разрозненные данные о последнем содержатся в таких источниках, как «Сокровенное сказание», летопись Рашид-Эддина, описаниях быта монголов у Плано Карпини⁷³, Рубрука⁷⁴ и Марко Поло⁷⁵. При этом,

«Русско-калмыцкий словарь» (1860), «Монголо-ойратские законы 1640 г., дополнительные указы Галдан-хун-тайджия и законы, составленные для волжских калмыков при калмыцком хане Дондук-Даши» (1880), «Монгольско-русский словарь» (в 3 т., 1893–1895); и др.

⁷² Сохраняется написание оригинала.

⁷³ Джованни дель Плано Карпини (Джиованни дель Пьяно Карпине, План-Карпин) (1182–1248 (1252)) — францисканский монах, отправленный папой Иннокентием IV во главе посольства к монгольскому хану 16 апреля 1245 г., обратно выехали 13 ноября 1246 г. Им был написан подробный отчет о путешествии. Фрагменты рукописи отчета были найдены в научной библиотеке Иркутского гос. ун-та.

⁷⁴ Вильгельм (Гийом, Виллем) де Рубрук (Рубруквис, Рубрук) (1215/1220–1293) — голландский монах-минорит. Описание путешествия в Монголию в 1253–1255 гг. имеет важное значение для изучения истории монголов (см.: *Шастина Н.* Путешествия на Восток Плано Карпини и Гильома Рубрука. Вступительная статья // Путешествия в восточные страны Плано Карпини и Гильома де Рубрука. Алматы: Гылым, 1993 (далее — Путешествия в восточные страны Плано Карпини и Гильома де Рубрука). С. 7–9, 13–17).

⁷⁵ Марко Поло (1254–1323) — знаменитый итальянский путешественник. Долгое время провел в Монголии и Китае. В 1271–1295 гг. путешествовал по южным областям Средней Азии, Памиру, Восточному Туркестану, затем по глубинным

обнаруживая сходство в постановлениях монгольского и казахского обычного права, не следует, конечно, относить это сходство исключительно за счет пресловутого заимствования или влияния монгольского права на казахское. В подавляющем большинстве случаев такое сходство есть результат наличия у казахов того же способа производства и одинакового быта, порождаемого условиями кочевого скотоводства в степях Азии.

3. «Законы Тауке»⁷⁶

Вернемся к уже упомянутому, древнейшему из известных историко-юридическому памятнику казахов — «Жеты-Жаргы», который в русской литературе фигурирует обычно под именем «законов Тауке». В дальнейшем мы пользуемся этим названием как обозначением совершенно условным, ибо даже сама казахская традиция, не говоря уже об исторической критике памятника, не дает повода видеть в этом памятнике что-либо иное, кроме записи обычного права, действовавшего до Тауке с некоторыми, может быть, изменениями, продиктованными политикой Тауке.

Гавердовский излагает предание о создании «законов Тауке» следующим образом: Тауке «ограничил самовластие родоначальников поставлением кратких законов, прибавив к оным некоторые места из предания народного, и повелел затверживать их детям с самого младенчества, дабы чрез то могли сохранить их потомству, передавая изустно». Но излагая это предание, Гавердовский тут же делает критическое замечание, свидетельствующее о том, что, несмотря на туманные представления о древнейшей истории казахов (что объясняется характером источников ему доступных), он обладал хорошим историческим чутьем. «Может быть, — отмечает Гавердовский, — по пристрастию или незнанию киргизцы несправедливо приписывают сему их владельцу изобретение общественных законов. Вероятно оные уже существовали прежде, судя по времени, или усиливались или опять ослабевали, так как в свое время Тявка (Тауке. — С. Ф.) только поддержал угасающую между народом силу оных» [58]. Левшин пользовался рукописью Гавердовского. Но по вопросу о древности «законов Тауке», как и по многим другим вопросам, с ними связанным, он приводит сообщение,

районам Внутренней Азии. Его книга «О разнообразии мира» (М., 1955; Алма-Ата, 1990) — ценный источник по истории и географии Азии монгольской эпохи (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 459–460).

⁷⁶ В диссертации начинается на с. 45.

имеющее самостоятельный характер: «Киргизы Большой и Средней орд утверждают, что народные законы их гораздо древнее хана Тявки» [59]. По преданию, известному еще некоторым биям во второй половине XIX в., «законы Тауке» были приняты на одном из ежегодных степных съездов биев и старшин. Эти Би, по преданию, соединили старые обычаи ханов Касыма и Есыма («чистая дорога хана Касыма» и «древняя дорога хана Есыма») в новые обычаи, называемые «Жеты-Жаргы». По словам Гродекова, некий бий Султан, также знавший это предание, категорически утверждал, что составители «Жеты-Жаргы» не изменяли древних обычаев [60].

Все это позволяет утверждать, что казахские предания не приписывали хану Тауке отмену ранее действовавшего обычного права и замену его новым. Подавляющее большинство постановлений «законов Тауке», действительно, по своему характеру гораздо древнее конца XVII в. Подобные постановления содержатся в нормах обычного права тюркских и монгольских кочевых племен Азии, порою тысячелетней давности. В соответствующих разделах настоящей работы приводятся факты, иллюстрирующие это положение. Вместе с тем нельзя видеть в «законах Тауке» только простую инкорпорацию ранее действовавших норм обычного права. Составление сборников обычного права в древности никогда не преследовало чисто техническую цель облегчить задачу применения обычного права. Оно всегда диктовалось какими-либо политическими потребностями господствующего класса. Законодательная деятельность хана Тауке, этого «Ликурга, Дракона орд Казахских», как именует его Левшин, в этом смысле не была, конечно, исключением. М. П. Вяткин совершенно правильно подметил, что «законы Тауке» — «это не простая кодификация» [61] (точнее — инкорпорация), что они отражают стремление усилить охрану феодальных отношений. Сомнительно, правда, была ли перестройка адата, «переработка его», о которой говорит М. П. Вяткин, значительной и серьезной. За отсутствием сколько-нибудь обстоятельных данных о предшествующем обычном праве невозможно установить, было ли в «законах Тауке» что-либо безусловно новое. Ниже приводятся некоторые соображения в пользу взгляда, что Тауке, в отличие от «сильных» ханов XVIII и начала XIX в., например Аблая и Арынгазы⁷⁷, укреплял казахскую

⁷⁷ Арынгазы (Арунгазы) — хан Младшего жуза (1816–1821), сын султана Абулгазы, внук хивинского хана Каипа, правнук султана Батыра. В апреле 1816 г. избран казахской знатью ханом Младшего жуза. Арынгазы пытался создать сильное казахское ханство путем объединения знати Младшего и Среднего жузов. В 1821 г. вызван царским правительством в Петербург, но по дороге был задержан и сослан

государственность не путем отказа от старых государственно-правовых норм, не путем изменения их и введения новых, а преимущественно путем укрепления старых норм [62]. Быть может, догадка Гавердовского, что Тауке не изобрел «общественных законов», а «только поддержал угасающую между народом силу оных», заслуживает внимания и в том смысле, что создание «Жеты-Жаргы» преследовало задачу восстановить и укрепить пошатнувшиеся в конце XVII и начале XVIII в. древние основы степной государственности. Свод Тауке в основном не отходит от этих древних основ. В этом убеждают нас те меры, которыми Тауке пытался усилить и укрепить казахскую государственность. Мероприятия его по укреплению государства заключались не в создании у себя гвардии, полиции, а в попытках укрепления военно-демократического начала, т. е. начала принципиально противоположного. По преданию, в редакции Левшина, Тауке постановил, «чтобы ни один киргиз не являлся в собрание народное иначе, как с оружием. Безоружный не имел голоса, и младшие могли не уступать ему места» [63]. Оперу государства Тауке хотел видеть в вооруженном народе, «народе-войске», состоящем из свободных собственников, которые должны были дать и средства для укрепления государственной казны. («Чтобы всякий, могущий носить оружие) кроме султанов (платил хану и правителям народным в подать двадцатую часть своего имущества ежегодно».) Так как к тому же у нас нет никаких данных, которые свидетельствовали бы о *качественных* изменениях патриархально-феодальных общественных отношений в конце XVII — начале XVIII в., то нет оснований предполагать и создание во времена Тауке нового адата. В таком случае делается понятным настойчивое подчеркивание казахским преданием, что в основе «законов Тауке» лежат «чистая дорога хана Касыма» и «древняя дорога хана Есыма».

При отсутствии историко-юридических памятников для времени до хана Тауке и после него для XVIII в. «законы Тауке» имеют важнейшее значение для всей истории казахского права XVI–XVIII вв. Возможность использования этого памятника для характеристики обычного права предшествующих и последующего столетий обусловлено крайней консервативностью обычного права казахов, соответствующей застойному характеру экономики Казахстана в рассматриваемое время. Та же причина делает «законы Тауке» важным источником и для исследований казахского права в XIX в. Если С. В. Юшков справедливо полагает, что архаические черты обычного права XIX в. позволяют

в Калугу, где и умер в 1833 г. (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 511–512).

использовать материалы обычного права XIX в. для изучения казахского права XVI–XVIII в. [64], то не менее обосновано и привлечение «законов Тауке» к изучению обычного права XIX в., хотя, как ниже будет показано, в конце XVIII в. в казахском обычном праве должны были иметь место серьезные качественные изменения. Отсюда важность «законов Тауке» для истории казахского государства и права в XVIII и в первой половине XIX в., т. е. для темы предлагаемых очерков. Отсюда и необходимость остановиться на вопросе о достоверности имеющих у нас сведений о «законах Тауке».

«Законы Тауке» не были записаны их составителями. Нет поэтому оснований говорить, что Тауке «издал сборник казахского права» [65], нельзя говорить о «своде», который был «*записью* обычного права» [66]. Гавердовский, как мы видели, писал, что законы Тауке заучивались казахами в детстве и передавались только устно. Маковецкий сообщает предание, прямо говорящее о том, что «законы Тауке» не были записаны, но были облечены в форму кратких изречений и пословиц [67]. Эта особенность творчества казахских юристов сохранилась еще в XIX в. Ее отметил Абай Кунанбаев⁷⁸: «Как старый бий, пословиц не леплю...» или «Вспомни, что стихами изъяснялся бий, — в песне мудрость нам сохранена» [68]. Облеченные в форму пословиц, поговорок, что гаран-

⁷⁸ Абай (Ибрагим) Кунанбаев (1845–1904) — казахский просветитель, поэт, писатель, гуманист, демократ. В исследованиях истории правовой мысли Казахстана первые работы о политических и правовых взглядах Абая принадлежат Т. М. Культелееву и А. Н. Таукелеву. Т. М. Культелеев в одном из первых вариантов докторской диссертации планировал посвятить особый раздел уголовно-правовым взглядам Абая Кунанбаева. Впервые диссертационное исследование общественно-политическим взглядам Абая посвятил А. Н. Таукелев (см.: Личное дело докторанта Культелеева Т. М. Архив Института права и государства Российской Академии наук. Л. 13; *Культелеев Т. Вопросы казахского обычного права в романе Мухтара Ауэзова «Абай»* // Вестник АН КазССР. 1950, сентябрь. № 9(66). С. 99–110; *Таукелев А. Н.* 1) Общественно-политические взгляды казахского просветителя Абая Кунанбаева: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1954; 2) Политические взгляды казахского просветителя Абая Кунанбаева // Уч. записки КазГУ. Т. 29. Алма-Ата, 1960. С. 91–107. — См. также: *Өзбекұлы Сәкен.* Абай және адам құқы. Алматы: Жеті жарғы, 1995; Абай. Энциклопедия // Бас ред. Нұрғалиев Р. Н. Алматы: Атамұра, 1995. 51, 210, 543 бб.; *Зиманов С. З.* Абай — последний из великих казахских биев и его судебные решения // *Қазақтың ата заңдары — Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования.* Т. 3. Алматы: Жеті жарғы, 2004 (далее — *Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования.*) С. 43–51; *Әуезов М. О.* Абай және жер дауы. Абай және жесір дауы. Абай және мал дауы. Абайдың төбе билігі // *Древний мир права казахов.* Т. 3. 69–76, 76–85, 85–91, 92–102 бб.).

2006 год в России был объявлен годом Абая (а в Казахстане — годом Пушкина) (см. также: *Гении культуры: Пушкин и Абай: Сб. статей.* Ростов н/Д; Астана; Армавир, 2007).

тировало неизменность формулы и облегчало ее запоминание, нормы законов Тауке, по сообщению Маковецкого, в значительной части сохранились до конца XIX в. Эта особенность формы устной традиции в области права должна быть отмечена, ибо она, несомненно, повышает достоверность тех сообщений о содержании «законов Тауке», которые были записаны на русском языке только в начале XIX в. Трудно допустить, чтобы правовые нормы сохранялись неизменными в устной передаче на протяжении столетия, но облеченные в форму пословиц и поговорок они, несомненно, могли удержаться в памяти биев даже и тогда, когда содержание их было уже опрокинуто новой юридической практикой.

К тому времени, когда «законы Тауке» были записаны, они уже потеряли в основном значение действующего права. Левшин говорит о «законах Тауке», что они «дныне живут в памяти благоразумнейших киргизов, но, к сожалению, не исполняются». В его время те же «благоразумнейшие» казахи, поминая хана Тауке, вздыхали: «Было время ... когда и наш народ жил в покое, было время, когда и у нас существовал порядок, были законы и правосудие» [69]. В записи Шукуралиева Шангина⁷⁹ «законы Тауке» также характеризуются как «прежде у киргизов существовавшие» [70].

Рассмотрим три редакции записи «законов Тауке». Самая ранняя дана попавшим в плен к казахам в 1803 г. Гавердовским в неопубликованной еще рукописи «Обозрение Киргиз-Кайсацкой степи», датированной 1806 г. [71]. Вторая редакция была опубликована Спасским⁸⁰

⁷⁹ Шангин Иван Петрович (1783–1830) — горный инженер, служащий Колывано-Воскресенских горно-металлургических заводов. В 1816 г. возглавил специальную экспедицию по обследованию природных богатств Северного Казахстана. Собранные в ходе экспедиции сведения по географии, минералогии и этнографии края он изложил в работе «Дневные записки путешествия по киргизской степи», частично опубликованной в журнале «Сибирский вестник» (СПб., 1820. Ч. IX–XI). Рукописные и печатные материалы И. П. Шангина явились одним из основных источников Левшина при написании физико-географического очерка Казахстана в первой части «Описания киргиз-казачьих орд» (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 435–436; *Ерофеева И. В.* Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 54; *Курныкина Г. И.* И. П. Шангин и научное изучение восточных окраин России // Россия и международные отношения в Центральной Азии (региональный аспект). Барнаул, 2001. С. 161–173. — См. полный текст вышеуказанной работы: *Шангин И. П.* Дневные записки в Канцелярию Колывано-Воскресенского горного начальства о путешествии по Киргиз-Кайсацкой степи / Подг. к публ., вступит. ст., примечания, библиогр. Г. И. Курныкиной. Барнаул: Аз Бука, 2003).

⁸⁰ Спасский Григорий Иванович (сент. 1783–29.IV.1864). В труде «Древности Сибири» писал о загадочных надписях, обнаруженных в разных местах Сибири и позднее ставших известными под назв. тюркских руническ. памятников. Ему же принадлежит одна из первых попыток истолкования этих памятников.

в IX томе «Сибирского Вестника» за 18_0 г.⁸¹ Она представляет собою «известие старшины Япаского рода⁸² Кубека Шукуралиева, представленное им на татарском языке 1804 года апреля 8 дня». Наконец, третья запись принадлежит Левшину и содержится в его известной работе «Описание киргиз-казачьих орд и степей», опубликованной в 1832 г. В дальнейшем изложении они называются кратко записью Гавердовского, Шукуралиева или Левшина. Записи и Гавердовского, и Шукуралиева совершенно самостоятельны. Этого нельзя сказать о записи Левшина. В литературе отмечалось, что Левшин широко использовал рукопись Гавердовского в своем «Описании» [72]. Это относится также к записи законов Тауке. Но для определения ценности записи Левшина указание на заимствование у Гавердовского совершенно недостаточно. Никто из пользовавшихся текстом «законов Тауке» по Левшину до сих пор не заметил, что наряду с рукописью Гавердовского Левшин широко использовал также сборник казахского обычного права, составленный в 1824 г. в «комитете по киргизским законам» с участием сибирской администрации и казахских старшин. Сборник этот впоследствии, в 1876 г., был издан Самоквасовым⁸³ и с тех пор хорошо известен в литературе [73]. Между тем опубликованной Левшиным записи «законов Тауке» положительно повезло, и с 1880-х годов и по настоящее время она постоянно фигурирует в качестве того основного текста, по которому излагается содержание «законов Тауке». Ф. Леонтович, знавший о записи Шукуралиева, предпочел изложить законы⁸⁴ Тауке по Левшину

В СПб издавал журналы «Сибирский вестник» (1818–1824), «Азиатский вестник» (1825–1827) — первый науч.-попул. журнал по востоковедению (см.: Библиографический словарь отечественных тюркологов. С. 220–221).

⁸¹ Третья цифра в оригинале не пропечаталась. На следующих страницах диссертации нередко плохо пропечатывается или полностью исчезает в цифра «2» при обозначении 1826 г.

⁸² Род Жаппас, входивший в племя Байулы (Младший жуз). Отделения рода населяли уезды Тургайской области, а также встречались в Букеевской орде, Сыр-Дарьинской и Уральской областях (см. подробнее: *Аргынбаев Х., Мұқанов М., Востров В.* Қазақ шежіресі хақында. Алматы: Атамұра, 2000. 390-б.).

⁸³ Самоквасов Дмитрий Яковлевич (1843–1911) — русский историк-правовед, выпускник юридического факультета Санкт-Петербургского университета (1868), профессор Варшавского (1873) и Московского (1900) университетов, доктор права (за учебник «История русского права. Университетский курс» (Варшава, 1888)), управляющий Московским архивом Министерства юстиции (1892). Исследователь обычного права, составитель и публикатор «Сборника обычного права сибирских инородцев» (Варшава, 1876). Автор многочисленных опубликованных трудов и документальных сборников в области истории права, а также общей истории, этнографии и археологии (см. подробнее: *Щавелев С. П. Д. Я.* Самоквасов — историк русского государства и права (к 150-летию со дня рождения) // Государство и право (Москва). 1993. № 2. С. 114–120).

⁸⁴ Предыдущие четыре слова — рукописная вставка сверху строки.

и тем, так сказать, проложил ей дорогу в русскую историко-юридическую литературу. С тех пор все авторы, так или иначе касавшиеся «законов Тауке», руководствовались записью Левшина при изложении этих «законов». М. П. Вяткин впервые дополнил изложение «законов Тауке» материалами Гавердовского, но в основном и он изложил «законы Тауке» по записи Левшина [74]. Не избежала этого и «История Казахской ССР с древнейших времен», в чем повинен автор настоящей работы [75]. Текст Левшина единственно рекомендуется для ознакомления с «законами Тауке» в новом издании учебника истории государства и права СССР С. В. Юшкова [76]. Между тем ясно, что, не будучи в основном оригинальной, запись Левшина совершенно не заслуживает оказываемого ей предпочтения. С другой стороны, вовсе отбросить ее как источник при рассмотрении законов Тауке также не следует, не исследовав ее действительного отношения к текстам Гавердовского и сборника комитета 1824 г.

По охваченному в ней кругу правовых норм запись Левшина⁸⁵ гораздо шире записи Гавердовского. Укажем, например, на отсутствующие у Гавердовского постановления о 7-кратном куне за убийство султана или ходжи, на детальное определение размеров композиции за увечье, на ответственность за мужеубийство, за детоубийство, вопрос о самоубийце, об ответственности за увечье, причиненное беременной женщине, на детализацию ответственности за прелюбодеяние и изнасилование, ответственность за увоз жены, за обиду, причиненную женщине, за кровосмешение, богохульство, вероотступничество, оскорбление родителей, вопросы наследственного права и многие другие. Те нормы «законов Тауке» в записи Левшина, которые имеются также у Гавердовского, у Левшина отличаются по стилю и содержат некоторые дополнения. Например, при изложении правил барымты Левшин добавляет, что для барымты требуется согласие старшины аула барымтующего. Может быть, наличие в записи Левшина противоположений, вполне совпадающих по содержанию с записью Гавердовского, покажется на первый взгляд недостаточным, чтобы считать сходные статьи заимствованными. Возможно предположение, что нормы «законов Тауке» в однообразной и устойчивой форме хранились в памяти тех, кто мог сообщать их содержание как Гавердовскому, так и Левшину. Это, однако, не так. Текст Левшина в ряде статей явно следует за текстом Гавердовского, подвергая его литературной обработке. Одна статья почти буквально воспроизводит текст Гавердовского. Вот она: «Судьям и посредникам, за решение дела, положено 10-ю часть всего иска» (Левшин)

⁸⁵ Слова «запись Левшина» — вставка рукой С. Л. Фукса сверху строки.

или «Судьям и посредникам за решение дела назначил он в собственность десятую часть от всего иску» (Гавердовский). Здесь сомневаться в заимствовании, конечно, не приходится.

Нет также никаких оснований сомневаться в том, что большинство из тех статей записи Левшина, которые не заимствованы у Гавердовского, заимствованы им из сборника комитета 1824 г. Ряд статей «законов Тауке» приведен в редакции, *буквально* воспроизводящей, полностью или частично, указанный сборник «комитета по киргизским законам». Известно, что сборник этот в 20-х гг. хранился во II-м отделении «собственной е. и. в. канцелярии» [77]. Материалы эти в копиях были, возможно, и в распоряжении Оренбургской администрации, так что в Петербурге или в Оренбурге Левшин легко мог с ними ознакомиться. В результате известная норма о наказании сына, осмелившегося злословить по адресу отца, у Левшина буквально воспроизводит большую часть ст. 104 сборника Самоквасова, норма о возврате с приплодом чужого скота текстуально, с незначительными изменениями, соответствует ст. 180 того же сборника, не говоря уже о некоторых текстуально менее ярко выраженных, но несомненных заимствованиях. Это вообще относится к большинству тех статей записи Левшина, для которых оригиналом не могла служить рукопись Гавердовского. Итак, следовательно, основными источниками для сообщения о законах Тауке для Левшина были Гавердовский и сборник комитета 1824 г.

Установив это, мы все же не считаем возможным отказаться от записи Левшина как от еще одного, пусть худшего, источника для изучения «законов Тауке». Нельзя считать запись Левшина только простой компиляцией из Гавердовского и сборника комитета 1824 г. Левшин, несомненно, пользовался и другими источниками, нам неизвестными, которые дали ему возможность восполнить, а в ряде случаев изменить текст записей Гавердовского и комитета 1824 г. Так, например, кун определен у Левшина в 1000 баранов за убийство мужчины и в 500 баранов за убийство женщины. Между тем, по Гавердовскому, он составляет от 200 до 1000 лошадей и «пристойное количество прочего имущества», а по сборнику комитета 1824 г. кун состоит из 100 лошадей, двух слуг, двух панцырей и двух верблюдов, «траурного верблюда» и девушки. Ни у Гавердовского, ни в сборнике комитета 1824 г. нет приводимой Левшиным школы наказаний за отсечение пальцев. В статье об ответственности мужеубийцы у Левшина содержится неизвестное указанным источникам дополнение, гласящее, что для замены смертной казни куном жена должна получить прощение у родственников мужа. Можно указать и ряд других постановлений в записи Левшина, которые не могли иметь своим источником ни Гавердовского, ни сборник комитета

1824 г. и которые, как показывает сравнение их с нормами обычного права XIX в., отнюдь не выдуманы самим Левшиным.

Наличие у Левшина некоторых неизвестных нам источников — серьезный аргумент, не позволяющий вовсе отвергнуть его запись. В пользу возможности и целесообразности ее использования говорит и способ пользования Левшиным своими источниками. Используя почти полностью запись Гавердовского, Левшин из 208 статей сборника комитета 1824 г. принял для своей записи едва полтора десятка статей. Отбор статей произведен им так, что ни одна из них (за исключением, может быть, статьи о завещании) не может быть отвергнута как явный анахронизм, как продукт изменений адата в начале XIX в. Учтем также безусловную компетентность Левшина в вопросах истории Казахстана, его отмеченную М. П. Вяткиным «исключительную добросовестность» как историка, «исключительную точность в передаче им содержания источников», хорошее знание быта казахов [78] и наличные у него широкие возможности проверки сообщаемых им данных путем опроса сведущих лиц. Самым уязвимым местом записи Левшина является, конечно, факт заимствования им постановлений Тауке из сборника комитета 1824 г., т. е. сборника, который отнюдь не был записью «законов Тауке», а должен был отразить состояние обычного права в начале XIX в. Но даже и это не дискредитирует окончательно запись Левшина, ибо известно, что «законы Тауке» были в основном сводом обычного права и, за исключением норм, относящихся к государственному устройству, органически вошли в обычное право последующего периода. Следовательно, вопрос заключается и здесь главным образом в том, в какой мере Левшину удалось извлечь из сборника комитета 1824 г. именно те архаические нормы, которые относятся к законам Тауке. Как уже указано, Левшин с этой задачей критического отбора в основном, по-видимому, справился. Вот почему, несмотря на сводный характер записи «законов Тауке» у Левшина, было бы ошибкой вовсе исключить эту запись как материал и для изучения законов Тауке, и для изучения обычного права начала XIX в. Но, разумеется, характер этого источника требует чрезвычайной осторожности при пользовании им и особо тщательной критической проверки в каждом отдельном случае сообщаемых им данных. Пользуясь записью Левшина как худшим источником, для выяснения содержания «законов Тауке», следует при расхождении, как правило, предпочесть его записи записи Гавердовского и Шукуралиева.

4. Роль шариата в казахском праве⁸⁶

«Законы Тауке» представляют собою единственную известную нам попытку создания свода обычного органа права казахского государства. После Тауке господствующий класс казахского общества не видел уже в кодификации древнего адата достаточно эффективное средство для укрепления своего господства. Это вовсе не означает, что адат потерял значение действующего права, что от него отказались. Напротив, патриархально-феодалная эксплуатация по-прежнему была немыслима без адата, освящавшего ее и сообщавшего ей принудительную силу. Но одного адата оказывалось уже недостаточно к концу XVIII в. — в период, когда феодальные отношения углубились, классовая борьба обострилась, когда древние основы казахского общества и государства потрясались хозяйственным кризисом и массовым антифеодалным движением, когда всегда слабая казахская государственность стала вовсе разлагаться, а на плечи трудящихся пало бремя двойного гнета: с одной стороны, грабительской эксплуатации ханов, султанов, биев, батыров и старшин, с другой — колониального гнета царизма. Адат санкционировал крайнюю слабость ханской власти в такой мере, что, по словам Н. Рычкова, «киргизцы ханов своих слушают только тогда, когда хотят, а паче когда видят в том собственную свою пользу» [79]. Смертная казнь по адату допускалась лишь по «приговору народа», преступления могли быть выкуплены уплатою композиции. Такая система права не могла уже служить достаточным орудием подавления, когда патриархальные отношения потеряли былую прочность и невыносимый гнет поднимал массы трудящихся на борьбу против своих эксплуататоров. Естественно, что в поисках новых, более суровых правовых норм казахская знать обратилась к шариату⁸⁷, который с первой половины XIX в. играет огромную роль в казахской юстиции.

⁸⁶ Начинается в диссертации на с. 57.

⁸⁷ аш-Шарй'а (шариат) («прямой, правильный путь»; закон, предписания, авторитетно установленные в качестве обязательных), — шари'ат, комплекс закрепленных прежде всего Кораном и сунной предписаний, которые определяют убеждения, формируют нравственные ценности и религиозную совесть мусульман, а также выступают источниками конкретных норм, регулирующих их поведение. Часто в мусульманской идеологии термины аш-Шарй'а (шариат) и ал-фикх (право и юриспруденция) употребляются как синонимы. Термин «шариат» означает также некое собрание поучений Пророка ислама, которое может быть выражено в виде Слова Аллаха, т. е. в Коране, либо на примере поведения самого Пророка, т. е. в сунне (см.: Ислам: Энциклопедический словарь. М.: Наука, 1991) (далее — Ислам: Энциклопедический словарь.). С. 292–294; *Баишев Ж.* Общие принципы исламского права, теория доказательств и система наказания. Алматы: Жеті жарғы, 1996 (далее — *Баишев Ж.* Общие принципы исламского права, теория доказательств и система

При рассмотрении памятников казахского права первой половины XIX в. невозможно поэтому обойти вопрос о роли шариата в казахском праве⁸⁸. Правильное представление о роли шариата необходимо для выяснения значения и достоверности памятников права этого периода. Например, достоверность норм сборника казахских обычаев, составленного комитетом 1824 г., оспаривается, как мы увидим, Гродековым ссылкой на наличие в нем шариатских норм. Значение впервые привлекаемых в настоящей работе к исследованию истории казахского права черновики д'Андре определяется, между прочим, и тем, что они доказывают беспочвенность отрицания огромной роли шариата в казахском праве. Наконец, самое главное заключается в том, что недооценка значения шариата искажает историческую правду в вопросе классовой сущности казахского права и государства, об остроте репрессий, осуществляемых путем его применения.

Роль шариата заключалась в том, что он обосновывал возможность резкого усиления уголовной репрессии, давая в руки господствующего класса такие меры репрессии, как телесные и членовредительные наказания, неизвестные адату, и чрезвычайно расширяя сферу применения смертной казни. Между тем в литературе применение подобных шариатских наказаний обычно затушевывается. Гродеков, как уже упомянуто, считал возможным отвергнуть достоверность сборника казахских обычаев комитета 1824 г. только на том основании, что в них содержатся нормы, карающие смертью за измену мусульманской религии, а также «жестокое наказание (смертная казнь, плети, отсечение членов и проч.), совсем не свойственные киргизам, у коих почти все преступления оплачивались и оплачиваются вознаграждением» [80]. Такой взгляд на систему наказаний казахского права был очень популярен у дореволюционных авторов, и его можно отметить еще и в современной советской литературе. Например, С. В. Юшков в перечне наказаний казахского права не упоминает ни о телесных, ни о членовредительных наказаниях [81]. Объясняется это, во-первых, немногочисленностью, частью вовсе не опубликованных, а частью опубликованных лишь в последние годы, источников XVIII в., которые к тому же сравнительно слабо отразили роль шариата, влияние которого окрепло лишь к концу XVIII в. Во-вторых, тем, что, во второй половине XIX в. шариат, изгоняемый царизмом,

наказания). С. 7). Шариат представляет собой синтез различных социальных норм, регулирующих поведение верующего, и рассматривается как исламское право в широком смысле.

⁸⁸ О влиянии шариата на казахское обычное право см. также: *Зиманов С., Осеров Н. Қазақ әдет-ғұрып заңдарына шариаттың әсері*. Алматы: Жеті жарғы, 1998.

потерял свое решающее значение. Объясняется это, наконец, и тем, что памятники истории права первой половины XIX в., с наибольшей полнотой отразившие влияние шариата на казахское право, либо вовсе не были привлечены к исследованию (как, например, неопубликованные до сих пор черновики д'Андре), либо ошибочно игнорировались и даже дискредитировались), как это имело место в отношении сборника комитета 1824 г. Все это привело к искажению характера репрессии в казахском праве. Некоторые исследователи настолько увлеклись сочиненной ими версией об отсутствии в казахском праве телесных наказаний, что рассматривали чрезвычайно распространенные у казахов телесные наказания как «нововведение русских» [82]. Нельзя к тому же не подчеркнуть, что отрицание наличия в казахском праве жестоких репрессий, связанных с применением шариата, представляет собою заблуждение, льющее воду на мельницу одного из буржуазно-националистических извращений истории Казахстана. Оно, несомненно, содействует смазыванию остроты классовой борьбы в истории казахов. В связи с этим остановимся на истории проникновения шариата в казахское право.

Внедрение шариата в казахское право тесно связано с проникновением в Казахстан ислама⁸⁹, хотя это далеко не одно и то же. Ислам был орудием агрессивной по отношению к Казахстану внешней политики средне-азиатских оседлых ханств, Хивы и Коканда. Применение же шариата диктовалось стремлением казахской знати укрепить окончательно расшатавшееся здание своего господства в рамках национальной казахской государственности. Проникновение ислама в Казахстан относится к временам, предшествовавшим созданию казахского государства. В. Радлов отметил ошибочность взгляда, согласно которому ислам поздно появился в казахской степи. Он подчеркнул, что ислам господствовал здесь столетиями, хотя и в весьма своеобразной форме, объясняемой условиями кочевой жизни [83]. Величие ислама определилось уже во времена монгольского господства. Монгольская знать в XIV в. прочно восприняла мусульманство. Это влияние продолжало постоянно проникать в казахскую степь со стороны оседлых соседних ханств, которые в лице мулл создали себе в Казахстане крепкую политическую агентуру. По словам Рузбехана, с XIV в. ислам казахам проповедовали миссионеры «Туркестана, Мавераннахра, Астрахани, Дербента, Хорезма, Журжана, Астрабада, Хорасана и Ирака»; учили казахов исламу также

⁸⁹ ал-Ислам («предание себя богу», «покорность») — ислам, одна из мировых религий (см.: Ислам: Энциклопедический словарь. С. 103).

мусульманские купцы⁹⁰. И все же со времен Рузбехана казахи всегда пользовались славой «плохих мусульман» и даже «кафиров», отступников ислама. При Рузбехане ученые Мавераннахра и Хорасана дали фетву в том, что казахи — неверные. Казахам обвиняли в идолопоклонстве, в наличии у них языческого культа солнца. Шейбани-хан использовал это как повод для провозглашения «священной войны» против казахов [84]. В отношении казахов к исламу не видно перемен и в XVIII в. По Георги, они в религиозном отношении «не только превеликие невежды, но и крайне суеверны». По Палласу, они в делах веры «весьма темное имеют понятие». Фальк считает казахов «плохими, невежественными и суеверными» магометанами [85]. Эти наблюдения, возможно, не имели бы большого значения, если бы относились к массе населения. Трудовые массы всюду имели «весьма темное понятие» о догматах исповедуемой ими веры. Но одновременно все наблюдатели постоянно подчеркивают и отсутствие в степи мусульманского духовенства: «малое число мулл» либо полное их отсутствие во многих улусах. Отмечается также, что «муллы все тоже очень невежественны». Георги сообщает, что на прище духовном подвизаются пленные татары, которые едва грамотны, «очень малое о законе своем оказывают сведение и редко имеют у себя алкоран»⁹¹. Да и таких было «малое число».

Все это, разумеется, не могло способствовать проникновению в казахское право шариата, тем более что для такого проникновения долгое время не было и почвы в социальных отношениях казахского общества.

⁹⁰ Казахи, как и большинство других мусульманских народов Центральной Азии в целом, относятся к суннитам. Кроме того, казахские мусульмане в основном являются ханафитами — последователями правовой школы (мазхаба) Абу Ханифы (702–767). Среди прочего, особенностью этой школы мусульманского права является достаточно лояльное, в сравнении с другими школами, отношение к местному обычному праву и местным обычаям, допускаемым в качестве (самостоятельного) источника права, помимо канонических мусульманских источников (см. подробнее, напр.: *Хидоя*. Комментарии мусульманского права / Пер. с англ.; Под ред. Н. И. Гродкова. Т. I. Ташкент: Узбекистон, 1994; *Абу Йусуф Йакуб б. Ибрахим ал-Куфи*. *Китаб ал-Харадж* (мусульманское налогообложение) / Пер. с арабск. СПб.: Петербургское востоковедение, 2001; *Абу Амина Биляль Филитс*. *Законы жизни мусульман. Эволюция фикха* (пер. с англ.). М.: Ummah, 2002).

⁹¹ ал-Кур'ан («чтение вслух, наизусть»; под влиянием сир. Керяна — «чтение священного текста», «назидание») — Коран, главная священная книга мусульман, запись проповедей Мухаммеда в форме «пророческих откровений» главным образом в Мекке и Медине между 610 и 632 гг. (см.: *Ислам: Энциклопедический словарь*. С. 141–143. — См. канонический текст Корана на русск. языке: Коран. Перевод смыслов и комментарии Иман Валерии Пороховой. 5-е изд., доп. и перераб. / Гл. ред. Мухаммад Саид Аль-Рошд. М.: Аванта+, 2000).

В письме к Марксу⁹² от 18 мая 1853 г. Энгельс⁹³ высказал мысль, что «религиозная революция Магомета⁹⁴ была как и *всякое* религиозное движение, в *формальном отношении реакционной*, т. е. мнимым возвратом к старому простому» [86]. Ислам был, следовательно, лишь *мнимым* формальным возвратом к неограниченному господству патриархальных отношений, а по существу соответствовал потребностям быстро развивающегося феодализма и интересам купечества. Этим объясняется то обстоятельство, что повышенный интерес к исламу и шариату мог появиться в Казахстане лишь к концу XVIII в. Акад. В. Бартольд также отрицает, что ислам есть религия вообще, соответствующая социальным отношениям общества кочевников. Тем более это относится к правовой стороне ислама. «На ислам в его официальной форме, т. е. на учение мусульманских законоведов, кочевники, не исключая арабов, всегда смотрели, как на религию, совершенно не приноровленную к их потребностям» [87].

С конца XVIII в. в отношении к шариату в Казахстане должна была произойти радикальная перемена в связи с уже отмеченным обострением классовой борьбы на почве углубления феодальной эксплуатации. Массы населения, впрочем, по-прежнему оставались «плохими мусульманами». Известно неоднократно отмеченное и в XIX в. отсутствие у казахов религиозного фанатизма. При хане Жангире⁹⁵ в Букеевской

⁹² Маркс Карл (5.V.1818–14.III.1883) — основоположник научного коммунизма и социализма. Родился в семье адвоката. Учился в Боннском и Берлинском университетах на юридическом факультете, где изучал в основном философию и историю (см. также: *Мамут Л. С.* 1) Карл Маркс как теоретик государства. М.: Наука, 1979; 2) Марксизм // История политических и правовых учений / Под ред. В. С. Нерсесянца. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2003. С. 689–703; *Лейст О. Э.* Политико-правовое учение марксизма // История политических и правовых учений. 2-е изд., перераб. и сокращ. / Отв. ред. О. Э. Лейст. М.: Зерцало-М, 2004. С. 443–448; *Мартышина О. В.* Научный социализм. К Маркс и Ф. Энгельс // История политических и правовых учений / Под ред. О. В. Мартышина. М.: Норма, 2004. С. 338–356; Русские книги в библиотеках К. Маркса и Ф. Энгельса. М.: Изд-во полит. лит-ры, 1979).

⁹³ Энгельс Фридрих (28.XI.1820–5.VIII.1895) — друг и соратник К. Маркса, один из основоположников научного коммунизма (см. также, напр.: Ф. Энгельс о государстве и праве. М.: Юрид. лит-ра, 1970; *Гольман Л. И.* Энгельс — историк. М.: Мысль, 1984).

⁹⁴ Мухаммад (Мухаммед, Магомет), Ахмад б. ‘Абд Аллāх (ок. 570–632) из рода хашим родо-племенной группы курайш — основатель религии ислама и первой общины мусульман. По представлениям мусульман — пророк Аллаха и его посланник, через которого был передан людям текст Корана. Родился в Мекке (см.: Ислам: Энциклопедический словарь. С. 178–182).

⁹⁵ Джангир (Джахангир, Янгир) (?–1652) (за личную храбрость и военные победы казахи прозвали его Салкам). Предположительно в середине 40-х гг. XVII в. он стал старшим ханом казахов (см.: *Галиев В. З.* Хан Джангир и Орбулакская битва. С. 35–55; *Султанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 223–225).

орде⁹⁶ казачий конвой хана загонял в мечеть нагайками собравшийся на рынок народ. Как сообщает Н. Терентьев, в середине XIX в. среди казахов легко находились люди, которые помогали царской администрации вылавливать мусульманских миссионеров за небольшое вознаграждение в 3 рубля, а потом даже за 50⁹⁷ копеек [88]. Массы были равнодушны к исламу. Не отличалась религиозным фанатизмом и казахская знать, но за шариат она теперь ухватилась крепко, усмотрев в нем якорь спасения. Да и как было не ухватиться за него в момент обострившейся классовой борьбы, если вместо старой системы композиций адат предлагал телесные и членовредительные наказания, вместо смертной казни «по приговору народа» он влагал право жизни и смерти в руки хана или казия⁹⁸, вместо «добровольных» приношений «сугума» и «шибаги» обосновывал жесткую систему налогов «ушра» и «закята». Чисто религиозные концепции ислама играли, таким образом, второстепенную роль. Своеобразие мусульманства в Казахстане, о котором так часто говорят исследователи, заключалось в том, что в рассматриваемое время он был политико-правовой доктриной казахской знати, которая не пользовалась признанием в качестве прочной религиозной идеологии.

До конца XVIII в. источники для истории казахского права не отражают сколько-нибудь заметного влияния шариата. Это нужно сказать, в частности, «о законах Тауке». Ни в записи Гавердовского, ни в записи Шукуралиева нет шариатских постановлений. Они, правда, обильно представлены в записи Левшина. Так, например, богохульство карается здесь смертью путем побивания камнями, у вероотступников ислама конфискуется имущество, для изобличения прелюбодея требуется четыре свидетеля и т. д. Все это, несомненно, нормы мусульманского права [89]. Но именно эти нормы, как было указано, заимствованы Левшиным из сборника казахских обычаев комитета 1824 г. и для законов Тауке наименее достоверны. Напротив, для конца XVIII в. сообщения о роли шариата носят вполне определенный и достаточно достоверный характер. Георги отметил, например, что «законы их утверждаются частью на Алкоране, а частью на старинном обыкновении» [90]. Что

⁹⁶ В конце XVIII — начале XIX в. значительные группы казахского населения Младшего жуза перешли в низовья междуречья Урала и Волги и в 1801 г. образовали Внутреннее, или Букеевское (по имени первого хана Букее), ханство (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 234–146; Материалы по истории Казахской ССР (1785–1828 гг.). С. 492–493).

⁹⁷ В оригинале первая цифра недостаточно ясна.

⁹⁸ Казий, или кази (кади, каз. — казы) (арабск. Кади — «назначающий», «приговаривающий»), — общепринятое наименование судьи по мусульманскому праву (см. подробнее: Ислам: Энциклопедический словарь. С. 125).

же касается источников начала XIX в., то в них ясно сформулировано настойчивое требование со стороны знати шариатского суда и отмечена практика широкого применения шариатских норм.

В прощении султанов, старшин и биев Волконскому⁹⁹ в июле 1816 г. авторы просят «определить в орде нашей, по магометанскому закону казыев, т. е. присутствующих с том, чтобы они, руководствуясь магометанским узаконением и религиею, старались ордынцев наших привести к доброму и благочинному пребыванию» [91]. Такое же требование повторяется в представлении Эссену¹⁰⁰ в августе 1817 г. [92]. Вся деятельность Арынгазы по наведению «порядка» в степи проходит под знаменем шариата. «Суд его, — сообщает Ярцев,¹⁰¹ — не по закону предков, всем известному, а по закону мухаммеданскому, никому не ведомому» [93]. В его карательных экспедициях в качестве судей действует казий Кулхасанов. Своей расправе Арынгазы считал нужным «придать характер религиозной справедливости: все изречения были произнесены муллой-казы, как предписанные Алкораном. Первое изречение, которое Арынгазы заставил произнести в глубине степи, стоило жизни 11 ворам, которые были обезглавлены», за ними последовали новые жертвы [94]. В сообщении Ярцева, между прочим, хорошо подчеркнуто, что шариатская расправа Арынгазы ничего общего не имеет с исламом как религией и мусульманским фанатизмом: «Муллы, худжи, казы, его окружающие не только не знают онаго (шариата. — С. Ф.) надлежащим образом, но даже едва умеют правильно читать и писать по-арабски и, не понимая ничего в раскрываемой ими законной книге, произносят

⁹⁹ Волконский Григорий Семенович (1742–1824), князь. В 1803 г. назначен оренбургским военным губернатором, в этой должности оставался до 1817 г. С 1817 г. — член Гос. совета. При нем была учреждена Новоилецкая линия; введена плата за перегон скота на зимовку; для казахов, нанимающихся в работники, были введены специальные билеты, за что взималась билетная плата; издан указ о том, чтобы Уральским казакам служить не по найму, а по очереди (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 490; Губернаторы Оренбургского края. С. 155–177).

¹⁰⁰ Эссен Петр Кириллович (1772–1844), граф (1833). В 1817 г. назначен оренбургским военным губернатором, управляющим гражданской частью, командиром Отдельного оренбургского корпуса и начальником пограничного края. При нем была упразднена ханская власть в Младшем жузе; выделены земли для Оренбургского казачьего войска внутри казахской степи (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 494; Губернаторы Оренбургского края. С. 178–188).

¹⁰¹ Ярцов Януарий Осипович (10.III.1792–3.XII.1861). Занимался татарским языком. Выпускник Казанского университета, в 1812 г. удостоен степени кандидата восточных языков, 19.V.1816 защитил дисс. на тему «О русских словах, происходящих из восточных языков» (на лат. яз.), магистр восточной словесности. Знаток восточных, тюркских языков. В последние годы жизни состоял на службе в МИД (см.: Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 262).

благоговейшим невеждам решения по воле повелевающего» [95]. Для ханов и султанов просто оказался совершенно неприемлемым старый адат, хотя они даже не знали шариата. Адат связывал им руки уже тем, что он был правом, известным народу, «законом предков, всем известным», и потому несколько ограничивал произвол. Когда в 1833 г. при последней попытке царизма управлять с помощью хана была создана специальная судебная комиссия под председательством хана, то хан Ширгазы¹⁰² категорически заявил, что он «судить ордынцев по законным обычаям (т. е. по адату. — С. Ф.) не намерен, а если хочет правительство, то по шариату он приступит к рассматриванию дел, и, как он и члены неграмотные, то и поручают муллам рассматривать и решать дела самим» [96].

Отсюда видно, что в первой четверти XIX в. шариат играет роль решающего орудия в обеспечении путем «правосудия» интересов господствующего класса казахского общества. Следовательно, нужно признать совершенно необоснованной всякую попытку оспаривать достоверность каких-либо памятников права этого периода на том основании, что они содержат шариатские нормы и знают жестокие телесные и членовредительные наказания, не характерные для адата. В первую очередь это замечание относится к упомянутой попытке Гродекова и следующих за ним авторов отрицать достоверность сборника комитета 1824 г.

Шариат сохраняет свое значение действующего в Казахстане права и во второй четверти XIX в. Об этом убедительно говорят до сих пор неопубликованные черновики «Описания киргизских обычаев, имеющих в орде силу закона», составленного в 1846 г. д'Андрэ [97]. Черновики эти буквально испещрены ссылками на Коран. Нужно еще иметь в виду при этом, что д'Андрэ вовсе не стремился к тому, чтобы преувеличить роль шариата в казахском праве. Напротив, задача его заключалась в том, чтобы исключить шариат. В Инструкции, данной ему оренбургским начальством, в соответствии с политикой царизма в XIX в. предлагалось отделить адат от шариата. Любопытно, что царская администрация безоговорочно признала в это время то, что впоследствии пыталась отрицать, а именно господство в казахском суде шариата. Инструкция, данная д'Андрэ, прямо признавала: «*Нет сомнения, что все судьи руководствуются шариатом и сунной*»; вместе с тем инструкция

¹⁰² Сергазы-хан Младшего жуза (1812–1824), сын хана Айчувака. Власть Сергазы в основном распространялась на часть родов семиродского поколения и отдельные роды байулинского и алимулинского поколений (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 432; МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 492).

требовала, чтобы были определены «коренные основания киргизского народного права», которое, таким образом, противопоставлялось шариату [98]. Из рукописи видно, что д'Андрэ в соответствии с требованиями инструкции, готовился отделить адат от шариата. Черновики д'Андрэ не только подтверждают огромную роль шариата в действовавшем в его время казахском праве, но подчеркивают и ведущую роль шариата, т. е. применение шариата при рассмотрении наиболее опасных с точки зрения господствующего класса преступлений. Так, например, мы читаем здесь: «По маловажным делам основанием судабия служат собственный ум и опытность. По делам более важным бий прибегает к Алкорану и другим священным книгам, имеющим полную силу мусульманства закона» [99]. Далее сообщается, что в тех случаях, «когда дело по важности своей обслуживается не одним бием, а особым судилищем, составленным из нескольких биев, аксакалов и других лиц, имеющих некоторый голос в ауле», а также «когда преступник султанского происхождения или лицо духовное», т. е. тогда, когда дело, по выражению д'Андрэ, «принимает вид особой важности», оно «обслуживается уже не на одних обычаях», а на Алкоране [100]. В другом месте рукописи находим конкретный пример такого дела особой важности. Здесь для самозванного именованного себя ханом или султаном, подделки подписи на документах, подделки печати или тамги д'Андрэ не указывает наказания, делая просто ссылку на «алкоран» [101]. Кроме того, в различных местах рукописи мы находим либо отчетливо шариатские наказания, либо прямые ссылки на Коран при определении наказаний за прелюбодеяние, кражу, разумеется, за преступления против религии и многие другие¹⁰³ [102].

¹⁰³ Наказание за прелюбодеяние: Сура 17. Перенес ночью (Сыны Израилевы) — 34 (32), 32, Сура 24. Свет — 2 (2)–5 (5); наказание за кражу и воровство: Сура 5. Трапеза — 42 (38), Сура 12. Йусуф — 75; преступления против религии: об убийстве верующего: Сура 4. Женщины — 94 (92), 95 (93); наказание многобожников: Сура 9. Покаяние — 5 (5); за поклонение пророкам, а не Аллаху (Аль-Асма Аль-Хусна): Сура 20. Та ха — 74 (71); убийство: Сура 17. Ночной перенос — 33 (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожиддинов. М.: Народная академия культуры и общечеловеческих ценностей, 1990 (далее — Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожиддинов). С. 217, 270–271, 74, 88, 143, 243; Коран / Пер. смыслов и комментариев Иман Валерии Пороховой. 6-е изд., перераб. и испр. / Глав. ред. Мухаммад Саид Аль-Рошд. М.: Аванта+, 2002 (далее — Коран / Пер. смыслов и комментариев Иман Валерии Пороховой). С. 269, 310, 375, 737; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского / Ред.-изд. отд. Тадж. отделения Советск. фонда культуры. 1990 (далее — Коран / Пер. И. Ю. Крачковского). С. 25–26, 192, 239–240, 77, 63–64; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. 3-е изд. Изд. И. Легкодух, Т. Кубанов. Казань: Центральная типография, 1907 (далее — Коран / Пер. Г. С. Саблукова). С. 521, 645, 205).

Материалами д'Андрэ устанавливается, следовательно, что шариатские постановления применялись преимущественно по наиболее важным делам. Эти постановления заняли бы, несомненно, еще более видное место в «Описании» д'Андрэ, если бы он в соответствии с полученными им инструкциями не ограничивался в области уголовного права записью только тех норм, которые регулировали ответственность по делам, отнесенным царским законодательством к компетенции бийского суда, т. е. по наименее серьезным уголовным преступлениям. Поскольку, как отмечает сам д'Андрэ, глава «О преступлениях вообще и мерах наказания» излагается им «согласно с положением об управлении Оренбургскими киргизами, ст. 56, 57 и 58» [103], наиболее тяжкие преступления, отнесенные к компетенции царских судов, выпали из поля его зрения. Между тем именно здесь следовало ожидать применения наиболее жестоких, т. е. шариатских, наказаний¹⁰⁴.

Ведущая роль шариатских норм в обеспечении остроты уголовной репрессии отнюдь не устранила, однако, применения адата, который по-прежнему является общеупотребительным в бийских судах (Заметим, кстати, что подчеркивание большей жестокости шариата вовсе не означает характеристику репрессий адата как мягких, снисходительных к преступнику. В главе, посвященной уголовному праву казахов, будет показано, что нормы адата грозили на каждом шагу смертью преступнику-бедняку.) Свои впечатления о роли шариата в казахском праве и о его соотношении с адатом д'Андрэ сформулировал в заключительном по делу рапорте от 3 ноября 1846 г. председателю Пограничной комиссии¹⁰⁵, представляя последнему составленный по его поручению свод. Впечатления эти не лишены интереса для нашей темы. «Я старался, — докладывал д'Андрэ, — раскрыть основания главных обычаев, по которым судятся ныне в Орде киргизы, а посему не лишним счел поместить в деле некоторые выписки как из Алкорана, так равно и из них

¹⁰⁴ Сура 8. Добыча — 37; Сура 9. Покаяние — 34 (34), 29 (29), 35 (35); Сура 12. Йусуф — 75 (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожиддинов. С. 138, 146; Коран / Пер. смыслов и комментариев Иман Валерии Пороховой. С. 269; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 128; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 445).

¹⁰⁵ Оренбургская пограничная комиссия Азиатского департамента Министерства иностранных дел Российской империи, учрежденная для организации охраны границы, а также для управления вновь присоединенными территориями, населенными казахами. Комиссия активно вела деятельность по изучению географии, истории, экономики, этнографии Казахской степи и ее жителей. Комиссию в разное время возглавляли такие известные русские ученые и государственные деятели, как Г. Ф. Генс, В. В. Григорьев, И. И. Неплюев (1693–1773) (см.: Степной закон. Обычное право казахов, киргизов и туркмен / Сост. А. А. Никишенков; Под ред. Ю. И. Семенова. М.: Старый сад, 2000. С. 270).

некоторых книг, писанных учеными толкователями Алкорана, как то Зогеяра¹⁰⁶, Вакии¹⁰⁷ и др.¹⁰⁸ Но при всем этом, как можно заметить, суд, основанный на Алкоране, почти вовсе недоступен к общепринятому в орде разбирательству, отчасти потому, что бии не в состоянии выполнять многие суры Магомета, а также от того, что самих киргизов нельзя еще назвать ревностными поклонниками своего пророка». Далее, ссылаясь на «дикость нравов» и «слабое развитие моральных понятий», д'Андрэ приходит к выводу, что «безрассудно было бы со стороны биев производить расправу, основываясь на правилах, писанных для племен, можно сказать, образованных, в сравнении с киргизами» [104]. Коротко говоря, д'Андрэ пришел к выводу, что шариат, рассчитанный на племена более образованные, плохо прививается поэтому в казахском суде, хотя бии (которые и сообщили ему содержащиеся в его в своде шариатские нормы), вполне подготовлены для того, чтобы судить по шариату. Эта «переоценка» подготовленности казахских биев и прогрессивности шариата встретила, между прочим, резкое осуждение в Пограничной Комиссии¹⁰⁹. Д'Андрэ упрекнули в том, что он «не тверд в истории», осудили его убеждения и весь доклад назвали «вздором» [105]. Здесь нет нужды разбираться в этой дискуссии, хотя ниже придется еще коснуться ее политического смысла. Для нас важно, что д'Андрэ, знакомясь

¹⁰⁶ Автор пишет, что казахи называют священную книгу Аль Кор'ан (Алкоран) (Коран) или Зогеяра. Арабский текст Корана впервые был напечатан в России в 1787 г., во время русско-турецкой войны, по повелению Екатерины II. Из русских переводов первым увидел свет труд Г. С. Саблукова (1878). В советское время, в 1963 и 1986 гг., издавался перевод академика И. Ю. Крачковского. Перевод Д. Н. Богуславского, датированный 1871 г., впервые был издан в 1995 г. (см.: Материалы по казахскому обычному праву. С. 202).

¹⁰⁷ Здесь имеется в виду ал-Фикх — «глубокое понимание, знание» — исламская доктрина о правилах поведения мусульман (юриспруденция), исламский комплекс социальных норм (мусульманское право в широком смысле) (см.: Ислам: Энциклопедический словарь. С. 254; *Башиев Ж.* Общие принципы исламского права, теория доказательств и система наказания. С. 7, 71–72).

¹⁰⁸ Сохраняется сокращение, имеющееся в оригинале.

¹⁰⁹ Согласно разд. II «Состав управления» § 5 «Положения об управлении Оренбургскими казахами» от 14 июня 1844 г. «Общее управление оренбургскими киргизами сосредоточивается в Оренбургской пограничной комиссии», § 6 «Оренбургскую пограничную комиссию составляют: председатель, его товарищ, четыре советника и четыре заседателя из киргизов и канцелярия, по прилагаемому у сего штату» (см.: Материалы по истории политического строя Казахстана (со времени присоединения Казахстана к России до Великой Октябрьской социалистической революции). Т. I: Сб. / Сост. М. Г. Масевич. Алма-Ата: АН КазССР, 1960 (далее — Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. I). С. 216, 217; *Абдрахманова Б.* История Казахстана: власть, система управления, территориальное устройство в XIX веке. Астана, 1998 (далее — *Абдрахманова Б.* История Казахстана: власть, система управления, территориальное устройство в XIX веке). С. 22, 23).

с казахским судом и правом, увидел перед собою биев, хорошо или плохо, но знакомых с шариатом, биев, рекомендующих д'Андрэ шариат как действующее право и безусловно приводивших его в действие, когда дело «принимало вид особой важности». Полному же вытеснению адата препятствовал патриархальный характер феодальных отношений. Так и следует понимать замечание д'Андрэ, что шариатский суд «почти вовсе недоступен к общепринятому в орде разбирательству». После того, как д'Андрэ сам текстом своих записей десятки раз безоговорочно подчеркнул ведущую роль шариата, было бы странно понимать это замечание как отрицание применимости шариата на практике. Тенденция затушевать роль шариата в рапорте начальству скорее всего объясняется стремлением избежать утверждений, не одобряемых начальством, и избежать неприятностей, которых все же, как мы видели, избежать не удалось. Характерно, что в черновых записях обычного права д'Андрэ совершенно иначе формулирует взаимоотношение шариата и адата. Здесь у него на первом плане не адат, а шариат. Он пишет: «*Не всегда суд и расправа биев основаны на правилах, изложенных в Алкоране, и на толкованиях последователями Магомета. Подобные правила не во всех случаях удобоприменимы к киргизскому народу*». Написав далее, что «обычай большей частью первенствует над Алкораном», д'Андрэ зачеркнул это положение, считая его, очевидно, неправильным [106].

Можно, следовательно, считать документально и бесспорно доказанным, что в первой половине XIX в. шариат был важнейшим орудием казахской юстиции. Естественно, что при таком близком соседстве претерпевает серьезные изменения как адат, так и шариат. Это особенно нужно иметь в виду при неизбежных для историка казахского права попытках восстановить на основе данных об обычном праве второй половины XIX в. институты древнего казахского адата [107]. Хотя при крайнем консерватизме общественных отношений и быта казахов возможность получить таким приемом плодотворные результаты отнюдь не исключается, но при этом необходимо тщательно учитывать наряду с изменениями общественного строя мощное влияние на адат шариата в конце XVIII в. и в первой половине XIX в., а также влияние на адат царского законодательства во второй половине XIX в., когда оно сменило шариат в его роли защитника основных интересов господствующего класса.

Во второй половине XIX в. шариат потерял те позиции в казахском праве, которые принадлежали ему с конца XVIII в. Среди биев, правда, и в это время не перевелись восторженные поклонники шариата, отрицавшие адат и поносившие его. Они высказали сожаление о том, что «при взятии края не выпросили себе шариат». «Мы арабы шариата»,

говорили они, «за адат не стоим». Один из биев назвал адат «поросенком», другой «конюхом шариата». К царской администрации поступают просьбы о введении шариата, хотя всем хорошо известно, что царизму угоден адат, а не шариат [108]. Все это еще раз подчеркивает, как глубоко внедрился шариат в казахскую юстицию.

Но теперь время миновало безвозвратно. Царизм изгонял шариат, во-первых, потому, что видел в нем почву для проникновения в Казахстан враждебной иностранной агентуры, действовавшей всегда под флагом панисламизма, во-вторых, потому, что не хотел усиливать позиции казахской знати. Вытеснить шариат было тем легче, что защиту основных интересов байства, которая раньше осуществлялась при помощи острой шариатской репрессии, теперь взяло на себя уголовное право империи в царских судах. Уже «Устав о сибирских киргизцах» 22 июля 1822 г. важнейшие преступления казахов, как то убийство, грабеж, явное неповиновение властям, отнес к юрисдикции царского общеуголовного суда [109]. В 1839 г. в отношении казахов Внутренней орды применение уголовного законодательства империи было распространено, кроме того, на случаи «участие в злодеянии»)»¹¹⁰, поджог, насилие и повторную кражу до 30 р. [110]. Положение об управлении Оренбургским киргизами 14 июля 1844 г. относило убийство, разбой и барымту к юрисдикции военных судов [111]. Теперь в бийских судах могли рассматриваться только «маловажные преступления» и иски на сумму менее 50 рублей. Тем самым вопрос о том, будет ли в бийских судах применяться шариат, потерял для господствующих классов Казахстана былую остроту, поскольку основы классового порядка здесь защищались теперь царской юстицией. Наиболее серьезный удар всей старой системе правосудия был нанесен законом 19 мая 1854 г. «О распространении на сибирских киргизов общих законов империи» [112]. Закон этот впервые установил, что звание биев в будущем могли получать лишь султаны, аульные старшины, со стажем в этой должности не менее 6 лет, и лица, награжденные царским правительством. Был установлен новый принцип «выборности» биев с обязательным их утверждением царской администрацией. Эти постановления имели целью изгнание старых биев и замену их абсолютно послушными судебными чиновниками из казахов. Цель эта, впрочем, не вполне была достигнута. Как отметил Чокан Валиханов, закон не сразу ликвидировал старый суд биев, так как не лишал наличных биев права вершить суд: старые бии уступили место новым только в 60-х гг. [113]. Новые бии большею частью не только не знали шариата, но слабо разбирались и в адате.

¹¹⁰ Так в оригинале. Вопрос поставлен у Фукса.

Вопросы истории казахского права второй половины XIX в. выходят за пределы настоящей работы. Мы останавливаемся на них коротко для того, во-первых, чтобы подчеркнуть изменение казахского права в это время и, следовательно, ограниченную возможность использования материалов обычного права и особенно практики бийских судов этого периода для нашей темы. Во-вторых, для того, чтобы подчеркнуть одну существенную особенность литературы этого периода. Авторы половины XIX в. сплошь и рядом склонны вовсе игнорировать значение шариата в истории казахского права [114], потому ли, что за современным им правом бийских судов не видят вовсе истории казахского права, либо потому, что, осуществляя задачи колониальной политики царизма, хотят отождествить все казахское право с адатом, да еще в «исправленном» виде. Несомненно, что чиновное положение большинства авторов (губернаторы Баллюзек и Гродеков, крупные чиновники колониальной администрации Гейнс, Крафт и др.) серьезно повлияло на их представления о казахском праве вообще и в частности на представления о роли в нем шариата. Не приходится поэтому удивляться, что показанная выше роль шариата в истории казахского права в дореволюционной литературе тщательно затушевана и что Гродеков мог объявить материалы сборника комитета 1824 г. «в значительной степени *сочиненным* приглашенными в комитет киргизами» только на том основании, что в нем сильно влияние шариата.

5. Записка «О киргизских законах» Путинцева и свод комитета 1824 г.¹¹¹

Самым ранним из памятников права начала XIX столетия (поскольку Гавердовский излагает законы Тауке) является записка «О киргизских законах», составленная «со слов самих почетнейших и сведущих свое правление киргизских солтанов и старшин переводчиком Путинцовым в 1809 г. во время нахождения его в степи по особым поручениям» [115]. Запись была сделана в Среднем жузе. Записка Путинцева не опубликована; в историко-юридической литературе она вовсе неизвестна, а в исторической литературе впервые, без упоминания автора, использована была недавно М. П. Вяткиным для характеристики судебной власти султанов [116]. Достоверность записки Путинцева как памятника права чрезвычайно велика, и в ней мы имеем самую раннюю из более или менее обстоятельных записей современного автору обычного права. Она сделана переводчиком, знающим казахский язык, и сделана в степи путем

¹¹¹ В диссертации начинается на стр. 75.

непосредственного опроса сведущих султанов и старшин. Ничто в ней не дает повода поставить ее достоверность под сомнение, заподозрить в ней фальсификацию обычного права. Записка содержит исключительный по обстоятельности деталей материал, характеризующий казахское судопроизводство. Ее значение для истории отдельных институтов казахского права, а следовательно, и для истории казахского права и государства в целом выясняется при сопоставлении, в соответствующих главах настоящей работы, ее содержания с данными других источников.

Второй важный памятник истории казахского права первой четверти XIX в. — это свод обычного права казахов, составленный комитетом 1824 г.¹¹² Его внешняя история изложена у Самоквасова, издавшего свод 1876 г., и останавливаться на ней здесь нет надобности. После всего сказанного выше о роли шариата в казахском праве первой половины XIX в. нет больше и необходимости в реабилитации этого свода со стороны его достоверности по поводу наличия в нем шариатских норм. Но так как с легкой руки Гродекова, объявившего в этой связи свод просто «сочиненным», свод 1824 г. получил в литературе дурную репутацию вовсе недостоверного источника, то нельзя пройти также мимо критики, которой он подвергся со стороны А. Леонтьева. Леонтьев упрекал со своей стороны составителей сборника в сознательной лжи за содержащееся в нем указание, что бий за неправосудное решение «отвечает богу в будущем веке» и не платит штрафа за несправедливое решение. А. Леонтьев видит в этом умышленное искажение обычного права, имеющее целью отстоять независимость и бесконтрольность суда биев [117]. Но можно ли считать этот упрек по адресу свода серьезным и убедительным, если безответственность судей есть вообще типичная черта феодального права. Если даже Псковская Судная Грамота¹¹³ для неправедных судей не нашла иной санкции, кроме «ино бог будет им судья на втором пришествии Христове»¹¹⁴, то почему бы и казахскому

¹¹² В соответствии с «Уставом о Сибирских киргизах» от 22 июня 1822 г. был создан Омский комитет по составлению свода казахского обычного права (см.: Гл. 8, § 68–72. о законах и обычаях // Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. 1. С. 111).

¹¹³ Псковская Судная грамота — свод законов Псковской феодальной республики XIV–XV вв. Включает постановления народного собрания (веча), совета бояр, княжеские грамоты, нормы Русской правды и обычного права. Содержит нормы о политических и уголовных преступлениях, долговых и имущественных отношениях, наследственном праве (см. текст и комментарии к тексту грамоты: Российское законодательство X–XX веков: В 9 т. Т. I. Законодательство Древней Руси. М.: Юрид. лит., 1984. С. 321–386).

¹¹⁴ В Библии говорится о пришествии Иисуса Христа (Помазанника): «Сей Иисус, вознесшийся от вас на небо, придет таким же образом, как вы видели Его

бию не «отвечать богу в будущем веке». Несколько более обоснованы замечания Леонтьева, относящиеся к составу суда по сборнику, где он описан таким, каким он был во времена Тауке. Но нельзя все же видеть сознательную фальсификацию в том, что постановления «законов Тауке» рассматриваются как действующее в начале XIX в. право.

Свод комитета 1824 г. является первым значительным памятником казахского права, в котором четко выражено как влияние шариата, так и влияние права российской империи. о наличии здесь шариатских норм было говорено достаточно. Влияние законодательства империи сказалось, например, в ст. 8 свода. Предусматривая смертную казнь для ренегатов ислама, ст. 8 ограничивает ее применение только теми случаями, когда отступник казнен (?)¹¹⁵ будет «прежде»¹¹⁶ принятия христианской веры», обнаружив «точное намерение креститься». Здесь в формулировке постановления учтено, что лица, принявшие христианство, пользовались защитой царизма. Влияние русского законодательства чувствуется в главе «О свидетелях». Наличная здесь квалификация «лучших» и «худших» свидетелей (ст. 47), возможно, реципирована из русского розыскного процесса. Вся глава «О свидетелях» написана, безусловно, не без влияния представленной в комитете царской администрации, ибо свидетели по адату не занимали столь видного места в процессе; решающая роль в процессе по адату принадлежала присягателям. Кроме того, прочие источники не подтверждают содержащуюся в этой главе детальную регламентацию порядка привлечения свидетелей и оценки свидетельских показаний. Отвечает политике царизма ст. 110: «Если кто беглого русского или татарина примет или утаит, таковой наказывается плетью без счета...» (Вряд ли комитет с участием царской администрации мог направлять эту статью против беглых казахских пленных, речь идет о беглецах из России.) В полном соответствии с политикой царизма ст. 72 дополняет известное положение адата об отсутствии у биев и старшин формальных привилегий указанием, что бии и старшины, «пожалованные от государя всероссийского чинами, имеют право в обидах своих жаловаться на виновных внутри линии и на оной российскому правительству». Нельзя вообще сомневаться, что при составлении свода комитета 1824 г. царская администрация

восходящим на небо» (см.: Книги Нового завета. Деяния святых апостолов 1:11 // Библия Книги священного писания Ветхого и Нового завета. Канонические. В русск. переводе с параллельными местами и приложениями. М.: Российское библейское общество, 1994. С. 141).

¹¹⁵ Данное слово плохо прочитывается в оригинале. Здесь — возможный смысловой вариант. Возможно также, что вторая из шести букв в слове — «о».

¹¹⁶ В слове исправлена опечатка, имеющаяся в тексте оригинала.

обеспечила его соответствие задачам колониальной политики царизма. Руководители кодификации комитета, очевидно, имели пред собой перечень вопросов, по которому опрашивали биев, старшин и мулл. Это, между прочим, видно из ст. 115, гласящей: «Скотоложеству и мужеложеству примера в киргизской степи не было, а потому и положения на сие никакого нет». Коли что и было «сочинено», как выражается Гродеков, в данном своде, то «сочинителями» были, как видим, царские чиновники, а не казахские старшины. Этого, однако, «не заметил» ученый губернатор.

Свод комитета 1824 г. не является, таким образом, собранием постановлений «чистого» адата, что вовсе не лишает его значения доброкачественного источника для истории казахского права. Следует отметить в связи с этим полную несостоятельность попыток изолировать при изучении казахского права древний адат от позднейших наслоений шариата и русского права. Это либо результат в корне порочной буржуазной методологии, исходящей из ложного представления о казахском праве, как о продукте саморазвития, некоего казахского же «праправа» или «протоправа», либо результат подчинения задач собирания и исследования права задачам колониальной политики царизма, которому этот «чистый» адат нужен был для того, чтобы устранить политически опасный шариат, либо, наконец, продукт вредной националистической идейки «очистить» казахское право от русского на него влияния. Подобные упражнения не имеют ничего общего с единственной подлинной марксистско-ленинской наукой истории права.¹¹⁷ Право каждого народа в каждую эпоху представляет собою совокупность всех практически действующих, т. е. используемых господствующим классом для организации своего господства, норм, независимо от того, каково происхождение этих норм и каков путь внедрения их в действующее право. Только при таком подходе к каждой конкретной системе права возможно дать верную картину правовой надстройки данного общества и тем самым облегчить задачу изучения его общественных и политических отношений. В самом деле, если бы, например, при изложении основ казахского права начала XIX в. мы «очистили» приведенную выше ст. 74 сборника комитета 1824 г. от предусмотренной в ней привилегии старшин и биев — царских агентов, оставив лишь старую норму адата, что «бии и старшины почитаются наравне с простым народом», то политические отношения в Казахстане были бы тем грубейшим образом искажены. И пусть даже это дополнение было новеллой, которую

¹¹⁷ В данном случае мы имеем типичный ритуальный словесный оборот, неизбежный, видимо, в подобных ситуациях в 1940-х гг.

выхлопотали тут же в комитете члены его — капитан Садыбалдин, поручики Джимар Байтокин и Чувак Сенкебаев. Все равно, включение этого постановления в изучаемое казахское право начала XIX в. даст более правильную картину правового положения определенной группы казахских биев и старшин, нежели норма, что они «почитаются наравне с простым народом». Этими соображениями определяется наша оценка свода комитета 1824 г. как доброкачественного источника, критическое использование которого для истории казахского права не только вполне допустимо, но и необходимо.

Сказанное не исключает необходимости, при изучении отдельных правовых институтов и в особенности при использовании данного сборника, как вспомогательного материала для изучения права других периодов, анализировать происхождение норм сборника и пытаться, поскольку это оказывается возможным, выделить в нем нормы древнего адата. Этот прием применяется в последующем изложении и позволяет сделать полезные и, полагаем, достаточно обоснованные выводы.

Коснемся теперь еще одной записи казахского права, непосредственно связанной со сводом комитета 1824 г. Не один Левшин нашел в нем материал для опубликования своих «законов Тауке». Как и отмеченный выше факт заимствования со стороны Левшина, осталось вовсе незамеченным в литературе и то, что задолго до издания в 1876 г. Самоквасовым свода комитета 1824 г. значительная часть этого свода была опубликована С. Броневским в его работе «О киргиз-кайсаках Средней орды» [118]. Хотя запись Броневского в большинстве случаев только буквально воспроизводит соответствующие статьи свода комитета 1824 г., однако она имеет определенную ценность как дополнительный к своду и корректирующий этот свод памятник права. Броневский в результате продолжительной работы в Казахстане, несомненно, был знаком с общественной, политической жизнью и бытом казахов. Его литературные труды характеризуют его как серьезного и вдумчивого писателя. Интересен поэтому характер предпринятой Броневским компиляции. Она представляет собою одну из упомянутых попыток вылучить из свода комитета 1824 г. древний адат и освободить его от норм новейшего происхождения, главным образом от норм, включенных в свод под влиянием царской администрации. Вряд ли при этом преследовались какие-либо научные задачи. Броневский, быть может, как и многие другие авторы не только его времени, но и конца XIX — начала XX в., стремился дать читателю «Отечественных записок»¹¹⁸ наиболее

¹¹⁸ «Отечественные записки» — ежемесячный журнал, издававшийся в Санкт-Петербурге в 1839–1884 гг.

красочную картину «первобытного» права, подчеркнуть своеобразную «экзотику» степного законодательства. Сравнительно хорошая его осведомленность в казахском праве — он был одним из активных и серьезных деятелей, проводимых царизмом в Казахстане реформ — облегчала Броневскому возможность правильно судить о том, что именно в своде комитета 1824 г. нужно отнести за счет новейшей трансформации казахского права и что в нем являлось воспроизведением древнего адата. И, действительно, способ использования им свода комитета 1824 г. свидетельствует о таком именно подходе его к своему источнику. Из 208 статей свода Броневский взял для опубликования в своей работе только 70. Он исключил при этом статьи, действительно, наименее характерные для обычно-правовой основы казахского права, как, например, порядок изобличения богохульника, крайне детализованный порядок вызова сторон в суд, детальные нормы о порядке вызова и допроса свидетелей и оценки свидетельских показаний, весь раздел об «упуске и укрывательстве преступников», статьи о договоре хранения, о находке, о мошенничестве, подозрительно строгую цивилистическую конструкцию залога (особенно ст. 165] и т. п. Исключена Броневским и упомянутая ст. 72 о привилегиях титулованных и награжденных царизмом биев и старшин. Таким образом, компиляция Броневского представляет собой своеобразный комментарий к своду комитета 1824 г., дающий от имени хорошо ориентированного современника указания по вопросу о старом и новом своде комитета, и с этой стороны работа Броневского, несмотря на ее компилятивный характер, оказывается небесполезной для историка казахского права. При этом Броневский не только исключил нормы, не соответствующие, по его мнению, адату, но и дополнил сокращенный им свод комитета собственными примечаниями к ст. 9 и 59, в которых он как бы противопоставляет переоценке значения свидетельских показаний в своде решающее значение в казахском процессе присяги и объясняет механизм и смысл решения споров путем допущения присяги. Обработав таким образом материалы свода, Броневский считает возможным представить публикуемую им запись казахского права как законы, «начертанные самосохранением». «Собрание законов сих, — писал в заключениях Броневский, — учинено из показаний искусных биев и мулов; они вообще у киргизцев употребительны, и редкий их не знает, но ни имени изобретателя, ни времени их принятия никто не помнит» [119]. Отсюда ясна отмеченная цель Броневского дать свод обычного права казахов, так сказать, «чистого» адата, отсюда ясны и пределы возможного использования компиляции Броневского. Гораздо более ценны разбросанные в разных частях самостоятельной работы Броневского сообщения о характере власти ханов, о роли султанов, о биях, тюленгутах, барымте и т. д.

6. «Описание киргизских обычаев» д'Андрэ¹¹⁹

Для второй четверти XIX в. единственным значительным памятником казахского права является «Описание киргизских обычаев, имеющих в орде силу закона», составленное в 1846 г. д'Андрэ [120]. Огромное значение этого источника, до сих пор неопубликованного и вовсе не использованного историко-юридической литературой, будет показано ниже. Предварительно следует остановиться на внешней истории этого мало известного памятника, которая, разумеется, чрезвычайно важна для оценки значимости его содержания.

Потребность знать обычное право казахов возникла у царской администрации одновременно с началом проникновения царизма в Казахстан. Уже инструкция Кириллову¹²⁰ 18 мая в 1734 г. предписывала: «Что касается до распорядка в суде и правосудия, о том смотреть на обычай каждого народа» [121]. Но потребность эта стала особенно настоятельной в конце XVIII в., когда появились проекты перехода от управления через казахских ханов к управлению на общих для всей империи началах. Указом Екатерины II¹²¹ 30 апреля 1778 г. было предписано поэтому составить уложение обычного права казахов. Судьба этого распоряжения нам неизвестна. Возможно, что оно выполнено не было, так как правительство после некоторых колебаний вновь до 20-х гг. XIX в. вернулось к политике управления через ханов и, следовательно, собирание информации о казахском праве потеряло для него свою актуальность. Реформы 20-х гг. вновь сделали этот вопрос актуальным. В связи с «Уставом о сибирских киргизах» 22 июня 1822 г.¹²² комитетом, действующим под надзором генерал-губернатора Сибири, в 1824 г. был составлен уже рассмотренный выше свод обычного права казахов. Прак-

¹¹⁹ В диссертации начинается на с. 84.

¹²⁰ Кирилов Иван Кирилович (1695–1689–1737) — ученый, государственный деятель, обер-секретарь Сената, статский советник. Организатор и руководитель Оренбургской экспедиции 1734–1737 гг. Члены экспедиции должны были заняться строительством нового города-крепости на реке Орь, закрепить факт присоединения казахов к России, укрепить юго-восточные границы империи (см.: *Масанов Э. А.* Очерк истории этнографического изучения казахского народа в СССР. Алма-Ата, 1966. С. 45–47; *Рычков П. И.* Топография Оренбургской губернии. С. 7, 288; Губернаторы Оренбургского края. С. 18–26; *Новлянская М. Г.* Иван Кирилович Кирилов. Л., 1969).

¹²¹ Екатерина II Алексеевна (1729–1796) — российская императрица с 1762 г. Немецкая принцесса Софья Фредерика Августа Анхальт-Цербстская.

¹²² Устав о Сибирских киргизах. 22 июня 1822 г. (см.: Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. I. С. 93–112. — См. также: *Войцеховский Е. И.* Устав о сибирских киргизах 1822 года: Текст и комментарий. Алматы: ВШП «Әділет», 2004).

тического применения этот свод, однако, не получил. Будучи погребен в канцелярских архивах, он был извлечен оттуда только в 1876 г., когда его, как уже отмечено, издал в качестве историко-правового памятника Д. Я. Самоквасов. Потребность в своде обычного права казахов, однако, усиливалась по мере того, как царизм все ближе и ближе подходил к решению задачи непосредственного административного управления с помощью русских чиновников. Нельзя было контролировать и направлять деятельность казахских бийских судов, не имея представления о казахском праве. В 30-х гг. управляющий Оренбургским краем Сухтелен¹²³ поручил было составление свода обычного права казахов хана Букеевской орды Жангиру. Но составленный таким образом свод оказалось невозможно даже перевести на русский язык [122]. «Положение об отдельном управлении сибирскими киргизами» 1838 г.¹²⁴ вновь поручало главному Управлению Западной Сибири собрать казахские законы и обычаи для руководства [123]. Очевидно, и это предписание закона осталось невыполненным, так как «Положение об управлении Оренбургскими киргизами» 14 июня 1844 г.¹²⁵ опять возвращается к этому вопросу [124].

§ 64 положения возложил на Оренбургскую пограничную комиссию обязанность «озаботиться собранием и приведением в порядок киргизских обычаев, имеющих в орде силу закона, дабы составить из оных род особого свода для руководства при производстве тех дел, которые должны разбираться и судиться на основании сих народных обычаев».

¹²³ Сухтелен Павел Петрович (1788–1833) — сын голландца, поступившего на русскую военную службу, генерал-лейтенант, граф. Служил в русской армии с 14 лет, активный участник многих военных кампаний (с 1805 г.), оренбургский военный губернатор (1830–1833). Был хорошо образованным человеком, владел французским, голландским, немецким, шведским и итальянским языками, состоял членом нескольких научных обществ. Автор ряда научных и научно-популярных сочинений. Одним из распоряжений П. П. Сухтелена в бытность его оренбургским губернатором было создание свода законов, основанных на обычном праве казахов. Однако позитивного результата это распоряжение не имело. Свод законов, составленный под руководством хана Букеевской орды Жангира, был признан неудовлетворительным (см.: Семенов В. Г., Семенова В. П. Губернаторы Оренбургского края. Оренбург: Оренбургск. кн. изд-во, 1999).

¹²⁴ Положение об отдельном управлении сибирскими казахами 6 апреля 1938 г. (см.: Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. I. С. 176–183. — См. также: Жиренчин К. А. Политическое развитие Казахстана в XIX — начале XX веков. Алматы: Жеті жарғы, 1996. С. 29–33).

¹²⁵ Положение об управлении оренбургскими киргизами (принято 14 июня 1844 г.) (см. текст Положения: Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. I. Алма-Ата, 1960. С. 216–226; Материалы по введению русской политической системы управления в Казахстане (в помощь студентам). Алматы, 1999. С. 68–86).

Свод этот должен был поступить на рассмотрение и утверждение высших правительственных органов.

Пограничная комиссия сделала первые шаги к осуществлению возложенного на нее поручения только через полтора года, в декабре 1845 г. Время это, наполненное борьбой казахского народа против ненавистного ему положения 1844 г., отнюдь не располагало царских чиновников к занятиям по собиранию материалов обычного права; хотя очаги мощного движения Кенесары Касымова¹²⁶ были несколько в стороне от Оренбурга, но выезд в глубину степи был опасным предприятием и в районе Оренбурга. В конце декабря 1845 г. Пограничная комиссия предложила своим чиновникам, находящимся в продолжительных командировках в степи, а также постоянно служащим в степи либо иным образом соприкасающимся с казахским населением (как, например, письмоводителям при султанах-правителях, переводчикам и «попечителям» прилинейных казахов¹²⁷), собирать материалы о казахских обычаях, имеющих в степи силу закона, и представить собранный материал Пограничной комиссии к 1 апреля 1846 г.¹²⁸ [125]. Здесь же предусматривалась посылка в дальнейшем для собирания указанных материалов специальных лиц.

¹²⁶ Восстание под предводительством султана Кенесары Касымова проходило в 1837–1847 гг. и охватило территорию всех трех казахских жузов (подробнее об этом см.: *Бекмаханов Е.* Қазақстан ХІХ ғасырдың 20–40-жылдарында (оқу құралы). Алматы: Санат, 1994 (ары қарай — *Бекмаханов Е.* Қазақстан ХІХ ғасырдың 20–40-жылдарында); *Галиев В. З.* Движущие силы народно-освободительной борьбы под предводительством Кенесары Касымова. Исторический очерк // Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов. С. 7–26; *Бекмаханов Е.* Восстание хана Кенесары (1837–1847). Алма-Ата: Ғылым, 1992; *Кенесарин Ахмет.* Султаны Кенесары и Сыздық. Биографические очерки. Алма-Ата: Жалын, 1992; *Асфендияров С.* Восстание Исатая Тайманова, Кенесары Касымова и других. Освободительное движение периода завоевания // История Казахстана (с древнейших времен). Алматы: Қазақ университеті, 1993 (далее — *Асфендияров С.* Восстание Исатая Тайманова, Кенесары Касымова и других. Освободительное движение периода завоевания // История Казахстана (с древнейших времен)). С. 159, 166–170, 174).

¹²⁷ Прилинейными казахами называли часть казахского населения, кочевавшую вместе со своим хозяйством в административно-территориальных единицах, называемых «линиями». «Линии» возникли постепенно, путем захвата казахских земель, водных угодий яйцкими казаками. Позже в Комитете азиатских дел была закреплена система «линейного укрепления относительно киргизов» (см.: *Абдраманова Б.* История Казахстана: власть, система управления, территориальное устройство в ХІХ веке. С. 24; Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. I. С. 205).

¹²⁸ Материалы по казахскому обычному праву, собранные чиновниками Оренбургской пограничной комиссии в 1846 г. (см.: Материалы по казахскому обычному праву. С. 92–155).

С начала 1846 г. в Пограничную комиссию, действительно, стали поступать рапорты упомянутых чиновников. В делах Пограничной комиссии сохранились рапорт поручика Аитова от 26 февраля, губернского секретаря Беглова из района Уральского укрепления от 1 марта, рапорт младшего толмача Лукина, рапорт «попечителя» Александрийского от 29 марта, письмоводителя при султানে–правителе Восточной части Орды Половоротова¹²⁹ от 26 марта, «попечителя» прилинейных казахов Кастырина от 27 марта, письмоводителя правителя Западной части Орды Ячменева от 16 апреля, письмоводителя частного управления Средней Орды Сосновского, полученный 18 апреля, и «попечителя» Белозерова¹³⁰ от 17 июня [126]. Это довольно обширный и не лишенный ценности, как памятник права, материал. Все же большинство этих рапортов носит характер бюрократической отписки и даже не всегда добросовестной отписки. Нельзя, например, не обратить внимание на то, что рапорты Аитова, Белозерова и Ячменева во многом дословно повторяют друг друга. Двое из них, трудно сказать, кто именно, безусловно, решили не обременять себя собиранием обычаев, имеющих силу закона, и воспользовались трудами третьего. Судя по датам рапортов, это, должно быть, сделали Белозеров и Ячменев. Недостатки поступившего таким образом материала бросились в глаза и пограничному начальству. Председатель Пограничной комиссии Ладыженский¹³¹ охарактеризовал их как «составленные поверхностно» [128]. Краткость рапортов и небольшой объем представленного в них материала делали их совершенно непригодным источником для составления нужного проекта свода. К тому же приходилось учитывать, что сведения о казахском праве вследствие боязни работать в степи собирались преимущественно на «линии»,

¹²⁹ Половоротов — письмоводитель, губернский секретарь (см.: Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова (Сборник документов). С. 238, 419).

¹³⁰ Рапорт поручика Аитова от 26.II.1846 № 6; губернского секретаря Беглова от 12.III.1846 № 17; младшего толмача Пограничной комиссии Губернского Секретаря Лукина от 26.III.1846 № 31; Коллежского ассесора попечителя Александрийского от 29.III.1846 № 130; письмоводителя при Правителе Восточной части Орды Губернского секретаря Половоротова от 26. III.1846 № 2; попечителя прилинейных киргизов Кастырина от 27.III.1846 № 106; исправляющего должность письмоводителя при правителе Западной части Орды Ячменева от 29.V. (У С. Л. Фукса 16.IV.) 1846 № 2; письмоводителя Частного Управления Средней Орды Сосновского от 4.IV.1846 № 23; попечителя прилинейных киргизов Белозерова от 17.VI.1846 № 42 (см.: Материалы по казахскому обычному праву. С. 96–107; 107–112; 112–115; 116–124; 125–132; 132–133; 134–142; 142–145; 145–155).

¹³¹ Ладыженский Михаил Васильевич (1803–1860) — генерал-майор, председатель Оренбургской пограничной комиссии (1844–1853) (см.: *Ерофеева И. В.* Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 48).

у прилинейных казахов. Последнее усугубляло недоброкачествонность собранного материала даже в глазах начальства.

В мае 1846 г. Пограничная комиссия предложила военному губернатору план движения султанов-правителей с вооруженными отрядами в глубину степи на все лето. В это же время туда направляется отряд Бларамберга¹³² [129]. Движение вооруженных отрядов в степь Пограничная комиссия сочла удобным случаем для командирования туда же специальных чиновников для собирания материалов к составлению свода обычного права. Участие в походе обещало командируемым относительную безопасность и содействие султанов-правителей с использованием «личного их влияния на народ», что признавалось для успеха дела совершенно необходимым.

В начале июня было получено разрешение Оренбургского военного губернатора Обручева¹³³ на командирование в степь с указанной целью чиновников особых поручений д'Андрэ и Шершеневича, а также чиновника азиатского департамента Генса. Около месяца ушло на ведомственный торг, связанный с тем, что Обручев отпустил на расходы по командировке сумму, «которую даже предложить чиновникам по ничтожности щекотливо». Изготавливались инструкции командируемым и их переводчикам, писались письма султанам-правителям и биям об оказании командируемым содействия и т. д. В конце концов, командированы были только д'Андрэ и Генс. Первый — в Западную и Среднюю часть, второй — в Восточную часть Малой Орды. Шершеневич остался в Оренбурге и впоследствии в качестве докладчика при

¹³² Бларамберг Иван Федорович (Johann von Blaramberg) (1800–1878) — военный инженер-геодезист, генерал-лейтенант. Выпускник Гессенского университета и Института корпуса инженеров путей сообщения (СПб). С 1824 г. — русский подданный. С 1826 г. — на военной службе. В 1840–1855 гг. служил в Оренбургском крае. Действительный член Императорского Русского Географического общества (1845). Один из авторов-составителей «Военно-статистического обозрения Оренбургской губернии» (1848), автор «Военно-статистического обозрения земель киргиз-кайсаков Внутренней (Букеевской) и Зауральской (Малой) орды Оренбургского ведомства по рекогносцировкам и материалам, собранным на месте». Был председателем особой комиссии ИРГО, созданной для составления и печатания генеральной карты Европейской России (см.: *Бларамберг И. Ф.* Воспоминания (пер. с нем.). М.: Наука, 1978; История Казахстана. Т. 3. С. 25; Астраханские губернаторы. Историко-краеведческие очерки; Сост. А. П. Карасева, Л. Я. Качинская, С. Б. Лыжина / Под ред. Л. Я. Качинской. Астрахань: Волга, 1997 (далее — Астраханские губернаторы. Историко-краеведческие очерки). С. 62–63).

¹³³ Обручев Владимир Афанасьевич (1793–1866) — потомственный дворянин, генерал-лейтенант, участник Отечественной войны 1812 г., оренбургский военный губернатор в 1842–1851 гг. (см.: *Семенов В. Г., Семенова В. П.* Губернаторы Оренбургского края. Оренбург: Оренбургск. кн. изд-во, 1999).

председателе Пограничной комиссии Ладыженском украсил представленный Д'Андрэ отчет ироническими замечаниями, обвинив д'Андрэ в идеализации суда биев и незнании истории. Генс поручение по собиранию материалов для свода должен был выполнить попутно с выполнением ряда других поручений. Основная работа была, следовательно, поручена Д'Андрэ. Известные нам дела Пограничной комиссии содержат только материалы, собранные последним.

Д'Андрэ приступил к исполнению возложенного на него сложного поручения, не зная, как и подавляющее большинство чиновников Пограничной комиссии, казахского языка, который был ему «вовсе чужд» [130]. Поэтому ему дан был в качестве переводчика Григорьев¹³⁴, «чиновник для производства следствий в Орде» [131]. Познания Григорьева в области восточных языков тоже не были, очевидно, слишком обширными. При встретившейся надобности перевести с арабского несколько цитат из Корана он «отозвался в незнании вовсе арабского языка» [132]. Можно думать, что у самого д'Андрэ не было ни специальной подготовки к сложной задаче собирания материалов обычного права и его кодификации, ни особого интереса к этому делу. Его интересы тяготели скорее к области естествознания. Готовясь в путь, он возбудил ходатайство о прикомандировании к нему на все время путешествия «чучельника» для содействия ему в занятиях орнитологией и зоологией [133]. Возвратившись из путешествия, д'Андрэ представил довольно значительную коллекцию птиц и мышей. Впрочем, естественнонаучные симпатии д'Андрэ не дискредитируют его как собирателя сведений об обычном праве. Большинство путешественников-исследователей его времени отличались таким же универсализмом. Что касается его работы по собиранию материалов обычного права, то он, безусловно, обнаружил умение систематизировать материал и некоторое знакомство с русским законодательством. Каких-либо более глубоких юридических и исторических познаний у него не было. Его попытка дать в заключительном

¹³⁴ Григорьев Василий Васильевич (15.III.1816–19.XII.1881) — выпускник восточного отделения философского факультета СПб университета, занимался арабским, персидским, турецким языками. В 1851 г. перешел на службу в Оренбург. В 1853 г. принимал участие в походе на Ак-Мечеть в качестве правителя походной канцелярии. В 1854–1862 состоял управляющим областью оренбургских «киргизов» (казахов). С 1863 г. служил на ФВЯ СПб ун-та, предметом исследования избрал историю Средней Азии. Отдельные свои работы публиковал под псевдонимом «Сұлтан Мендәлі Пірәлиев», «Мендәлі Пірәлиев» (см.: Библиографический словарь отечественных тюркологов. С. 78–80; Бекмаханов Е. Қазақстан ХІХ ғасырдың 20–40 жылдарында; Құл-Мұхаммед Мұхтар. Орыс энциклопедияларындағы қазақ шежірелері. Алматы: Атамұра, 1994 (Мұхтар Құл-Мұхаммед. Орыс энциклопедияларындағы қазақ шежірелері)).

рапорте от 3 ноября 1846 г. общую характеристику казахского обычного права, «раскрыть основания главных обычаев» показывает, что в собранном им обширном материале он увидел главным образом «дикость нравов» и утомительное однообразие [134].

Порядок работы д'Андрэ был определен инструкцией и указаниями, данными Пограничной комиссией. Инструкция подчеркивала особую государственную важность поручения. Выдвигалось требование, чтобы сведения были почерпнуты «из неопровержимых источников», т. е. у наиболее авторитетных биев. Собранный материал должен был «иметь силу юридических фактов», для чего он в татарском переводе должен был быть скреплен подписями, печатями или тамгами биев, родоначальников султанов и аксакалов, а затем заверен султанами-правителями. Инструкция требовала, чтобы в сборнике не было ни одного спорного или сомнительного пункта. За основу для систематизации собранного материала предлагалось взять проект свода законов для кочевых инородцев в Восточной Сибири. Этого проекта у д'Андрэ, как можно судить по пометке на полях инструкции, не оказалось [135].

Из инструкции переводчику Григорьеву видно, что предписывался следующий порядок собирания сведений. Сперва д'Андрэ при содействии переводчика получил путем опроса биев нужные ему сведения, затем он формулировал по-русски текст нормы, которую Григорьев переводил на татарский язык. Перевод этот сообщался опрашиваемым лицам и скреплялся в подтверждение правильности текста печатями биев [136]. Сведения собирались путем опроса отдельных биев и на собраниях биев, которые по предложению Пограничной комиссии собирались специально для этой цели султанами-правителями. Д'Андрэ выполнил все эти требования. В деле имеются многочисленные подписи-печати, удостоверяющие правильность сделанных им записей. Но вряд ли все приложившие свои печати бии действительно проверили правильность записей д'Андрэ. Например, в ставке султана-правителя Средней части Орды Арслана Джантюрина¹³⁵, куда бии были собраны для дачи сведений д'Андрэ, занятия д'Андрэ «состояли в чтении всех собранных сведений на счет ордынского судопроизводства, поскольку никто не нашелся противоречить или добавить к тому, что отобрано было мною от биев на р.р. Эмбе и Темире¹³⁶, принадлежащих Средней же части Орды». Должно быть в этом собрании проверка правильности

¹³⁵ Араслан Джантюрин — султан-правитель Средней части (1841–1855), правнук хана Абулхаира, сына хана Джантюре (см.: Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова. С. 482).

¹³⁶ Реки в Западном Казахстане на территории современной Актюбинской области.

собранных д'Андрэ сведений свелась к пустой формальности. Бии, принудительно собранные султаном-правителем, отвлеченные для этого от своих дел и подозрительно относящиеся ко всякой затее царской бюрократии, прослушав составленный д'Андрэ проект свода, механически скрепили его своими печатями, чтобы не тратить напрасно время. Невозможно, действительно, предположить, чтобы многочисленное собрание опытейших степных юристов-ораторов не нашло никаких поправок и дополнений к составленному д'Андрэ своду обычного права. Все же круг лиц, опрошенных д'Андрэ, был довольно широк. Его черновики сохранили многочисленные поправки и дополнения к однажды записанным нормам. Два с половиною месяца пребывания в степи и активное содействие степной администрации давали достаточные возможности для такого опроса.

Д'Андрэ выехал в степь из Илецкой защиты¹³⁷ 13 июля 1846 г. с отрядом полковника Бларамберга. С этим отрядом д'Андрэ следовал до Эмбинского укрепления, опрашивая уже в дороге биев из сопровождавшего Бларамберга отряда султана-правителя Айчувакова¹³⁸. 5 августа д'Андрэ отделился от отряда Бларамберга и направился к устью Темира, сопровождаемый бием Западной части Орды Казы Сарымовым¹³⁹, которого он впоследствии аттестует как своего главного сотрудника во всей экспедиции. В районе Темира, недалеко от Эмбинского укрепления д'Андрэ беседовал с некоторыми биями Средней части Орды. 18 августа из лагеря на Темире д'Андрэ просил султана-правителя Средней части Орды Джантюрина собрать в его ставке биев Средней части. Джан-

¹³⁷ Илецкая защита (Илецкая крепостца) сооружена в середине XVII в. для защиты соляных копей от кочевников. С 1865 г. город, с 1945 г. — город Соль Илецк Оренбургской области (см.: Рычков П. И. Топография Оренбургской губернии. С. 303).

¹³⁸ Айшуак (Айчувак) (прибл. 1721 (1720)–1794 (1810)) — казахский хан в 1791–1794 гг., сын хана Абулхайра. По данным казахских ученых, Айшуак-хан был поставлен во главе ханского Совета в декабре 1796 г., в октябре 1797 г. утвержден ханом Младшего жуза. По представлению военного губернатора Г. С. Волконского был смещен с ханской должности с пенсией 1000 р. (см.: Рычков П. И. Топография Оренбургской губернии. С. 298; Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 501; МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 480; Ерофеева И. В. Символы казахской государственности. Позднее средневековье и Новое время. Алматы: Аркаим, 2001 (далее — Ерофеева И. В. Символы казахской государственности. Позднее средневековье и Новое время). С. 131).

¹³⁹ Казы Сарымов — бий, есаул. Д'Андре писал о нем: «Независимо же готовности биев, старшин и аксакалов, содействовать мне в деле направленного на их пользу, я не могу умолчать здесь о бие Байбостанского рода Казы Сарымове, как о главном сотруднике моем во все время пребывания моего в степи и как человека вполне заслуживающего внимания» (см.: Материалы по казахскому обычному праву. С. 164).

тюрин сослался, однако, на то, что бии эти по указанию Пограничной комиссии уже однажды были собраны и, не дождавшись д'Андрэ, разъехались, почему вновь собрать их теперь же он не может. Он сообщал также, что вернется в свою ставку через месяц, к тому времени вновь соберет биев, пока же рекомендовал д'Андрэ заняться самостоятельно опросом встречных биев по Хобде и Илеку. Джантюрин сообщал также, что в помощь д'Андрэ он посылает трех султанов.

Султаны эти, однако, к д'Андрэ не прибыли, и он двинулся к ставке султана-правителя Западной части Айчувакова. В ставке Айчувакова, у горы Семипалат на реке Утве (Чингирлау), д'Андрэ подвел итог опросам биев Западной части Орды, произведя у собравшихся здесь биев «окончательные спросы».

2 сентября Джантюрин приглашал д'Андрэ прибыть на Кара-Хобду¹⁴⁰ для собирания сведений у биев Средней части Орды, но д'Андрэ 9 сентября сообщил, что прибудет в середине сентября прямо в ставку Джантюрина. Очевидно, д'Андрэ не решился продолжать свою работу в Средней части с той же обстоятельностью, с какой он это сделал в Западной части, и решил здесь ограничиться опросом биев, собранных для этого в ставке султана-правителя. Из его рапорта председателю Пограничной комиссии от 21 сентября видно, что он осуществил свое намерение и в середине сентября прибыл в ставку Джантюрина, где и получил, как указано выше, подписи-печати собранных Джантюриным биев и старшин под собранным им материалом. 21 сентября д'Андрэ уже рапортовал о возвращении своем в Оренбург. Учитывая, что 9 сентября он был еще занят в ставке Айчувакова и выехать не мог, а также принимая во внимание время, нужное для переезда из одной ставки в другую, а оттуда обратно в Оренбург, нужно прийти к выводу, что в ставке Джантюрин он мог провести лишь несколько дней. Отсюда ясно, что упомянутое выше отсутствие у биев Средней части Орды каких-либо поправок и дополнений к материалам, собранным д'Андрэ, вовсе не означает действительного отсутствия каких-либо погрешностей в его материалах. Столь быстрое согласование «свода» нужно отнести за счет того, что при проверке и отображении подписей-печатей в Средней части Орды обе стороны одинаково спешили. Собранные д'Андрэ материалы в основном относятся к Западной и Средней части, хотя в материалах д'Андрэ имеется ряд примечаний, оттеняющих особенности обычного права и Восточной части, где он вовсе во время этой первой экспедиции не был [137].

¹⁴⁰ Река в Западном Казахстане, приток р. Илек на территории Актюбинской области.

Прибыв в Оренбург 21 сентября, д'Андрэ уже 3 ноября представил Пограничной комиссии собранный им материал в виде систематизированного «свода». Этот документ в имеющихся в Истархе КазССР делах Пограничной комиссии отсутствует, хотя в описи дел, составленной канцелярией Пограничной комиссии, числится «Описание киргизских обычаев» на 62 листах на русском языке, то же «Описание» на 57 листах на татарском языке и, кроме того, «особые замечания» и «перевод выписок из Алкорана». Отсутствие этих материалов можно объяснить тем, что они либо были возвращены д'Андрэ для переработки, либо были изъяты из дела другими лицами, продолжавшими его работу. Как мы уже видели, свод д'Андрэ и особенно его докладная записка, в которой он пытался дать общую характеристику обычному праву казахов и суду биев, были встречены в Пограничной комиссии с резким неодобрением, так как его выводы не соответствовали стремлению колониальной администрации дискредитировать бийские суды. Д'Андре пришлось продолжать свою работу по собиранию сведений о казахском праве в 1847 и 1848 гг. В делах Пограничной комиссии имеются отрывочные, правда, об этом сведения. Так, в сентябре 1847 г. предписание о содействии д'Андрэ дается султану Мухаммед Галию Тяукину¹⁴¹, в октября того же года султан Ахмед Джантюрин¹⁴² созывает для д'Андрэ биев Восточной части; далее работа по собиранию материалов казахского права поручается султанам-правителям непосредственно, д'Андрэ же направляется им в помощь. В марте 1848 г. известный уже нам Арслан Джантюрин представляет д'Андрэ «при отношении» «наличных почетных биев и старшин» [138]. Позже работа эта велась Осмоловским. Все собранные материалы бесследно исчезли из архивов Пограничной комиссии еще в 1860-х гг. В это время уже отыскать их не могли, и «областное правление оренбургских киргизов» на запрос комиссии Гирса¹⁴³ сообщало: «Сборник обычаев киргизов Оренбургского

¹⁴¹ Управляющий Западной частью войсковой старшина султан Мухамед Галий Тяукин приложил свою печать в подтверждение того, что печати и тамги действительно принадлежат ордынцам Западной части. Мухамедгали Тяукин (1809–1894), султан-правитель, полковник, правнук Абулхаир-хана (см.: *Материалы по казахскому обычному праву*. С. 213; *Ерофеева И. В.* Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 51).

¹⁴² Ахмед Джантюрин — султан-правитель Восточной части (1841–1851); сын Джантюре Джигангерова, султана-правителя той же части с 1830 по 1835 гг. правнук хана Каипа, изгнанного из Хивы (см.: *Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова*. С. 482).

¹⁴³ Возможно, Гирс Николай Карлович (1820–1895) — русский дипломат, сенатор. Начал службу в Азиатском департаменте МИД. В 1850–1875 гг. — на различных дипломатических постах, в частности, был посланником в Швеции и Швейцарии.

ведомства был составлен по распоряжению бывшей Пограничной комиссии в период с 1846 по 1852 г. султанами-правителями и командированными от комиссии чиновниками... И затем в делах Областного Правления нет сведений о дальнейшем ходе предположений кодифицировать обычаи киргизского народа. К сожалению, копии составленного сборника при делах правления не имеется и в генерал-губернаторской канцелярии ни подлинника, ни копии также нет» [139].

Однако собранный д'Андрэ в 1846 г. материал не погиб. Он представлен в делах Оренбургской Пограничной комиссии тремя черновиками д'Андрэ. Один из них, который надо считать первым [140], безусловно, написан еще во время самой экспедиции, что видно из надписи на заглавном листе: «с 9 июля 1846 г.», а также из № В: «расспросить о верблюдах» [141]. Все записи этого черновика перечеркнуты впоследствии, очевидно, при постепенном переносе материала в следующую рукопись. Второй и третий черновики представляют собою результат работы д'Андрэ по дальнейшему упорядочению материала. Первый и второй черновики не полны. Отсутствуют начало, конец. Третий черновик не закончен, его последняя часть представляет собой лишь перечень подлежащих изложению вопросов. Черновики эти, не являясь продуктом механического переписывания, взаимно дополняют друг друга.

Таково происхождение черновиков д'Андрэ. Теперь можно оценить достоверность собранного им материала. Некоторые моменты, безусловно, серьезно снижают значение работы д'Андрэ. Он, как мы видели, не знал казахского языка, не имел специальной подготовки для выполнения порученного ему трудного задания, работа была проведена в короткий срок и иногда, как указывалось, с чрезмерной поспешностью. Однако эти отрицательные моменты вполне компенсируются рядом обстоятельств, придающих в работе д'Андрэ, с точки зрения достоверности собранного им материала, высокую ценность, сравнительно со всеми почти известными нам сборниками казахского права.

Ценность записей д'Андрэ определяется прежде всего временем, когда они были сделаны, в сочетании с объемом содержащихся в них юридических сведений. Во второй половине XIX в., начиная с 60-х годов, мы имеем, как отмечено выше, не менее обширные юридические сборники (Баллюзек, Маковецкий, Загряжский, Гродеков и др.). Но, как было уже указано, они фиксируют казахское право преимущественно в том его виде, в каком оно действовало в контролируемых царской администрацией бийских судах и в ту пору, когда отведенная этим

В 1875 г. назначен управляющим Азиатским департаментом и товарищем министра иностранных дел, в 1882–1895 гг. — министр иностранных дел.

судам область юстиции ограничена была «маловажными» делами, а судебная и внесудебная расправа по сколько-нибудь важным делам была монополизирована судами империи. В 1846 г., когда д'Андрэ записывал, казахское право относительно самостоятельной казахской юстиции, как выше указано, в связи с введением «выборности» биев, доживало последние годы. Следовательно, д'Андрэ, в отличие от собирателей казахского права 60-х и последующих годов, еще имел возможность получить сведения от опытных биев, бывших подлинными знатоками и хранителями казахского права, в то время как его преемники имели дело в основном с невеждами, назначенными царской администрацией. Этим последним Абай Кунанбаев описывал, как «людей невежественных», не знающих старого обычного права; характеризуя этих биев, Абай писал: «Перед начальством русским бий юлит и гнется, как лоза» [142].¹⁴⁴ С другой стороны, все предшественники д'Андрэ, также имевшие возможность опрашивать опытных биев в эпоху, когда казахское право не было еще полностью приспособлено к потребностям колониальной политики царизма, оставили нам либо краткую запись законов Тауке (Гавердовский, Шукуралиев, Левшин), либо отрывочные сообщения о казахском праве (Тевкелев, Рычков, Георги). Свод Путинцева при всех бесспорных достоинствах содержит главным образом нормы судостройства и процесса. Достоверность содержания сборника комитета 1824 г., а следовательно, и публикации Броневского, было бы трудно защищать против возражений, выдвинутых Гродековым, если бы черновики д'Андрэ не давали нам прочной уверенности в том, что казахскому праву были прекрасно известны те нормы жесткой репрессии, которые Гродеков объявил «сочиненными» членами комитет-казахами.

Преимущество черновых записей д'Андрэ как источника во многом определяется тем, что в них мы имеем сырой, необработанный еще материал. Так, например, мы указали уже, что д'Андрэ в соответствии с полученными им инструкциями готовился выделить нормы шариата и для этого отмечал против соответствующих статей: «Алкоран». Можно не сомневаться в том, что если бы работа д'Андрэ в соответствии с целью ее была принята и опубликована, как для русских чиновников при надзоре за судами биев, то шариатские нормы были бы оттуда как нежелательные исключены. Нам не приходится поэтому жалеть о том, что перед нами не апробированный начальством свод, а первоначальные, черновые, едва обработанные записи, не искаженные тенденциозным отбором материала.

Сохранившие черновые записи следует поэтому бесспорно предпочесть потерянному еще во время д'Андрэ в недрах оренбургских канцелярий обработанному систематизированному им своду. Самый ценный

¹⁴⁴ В оригинале у С. Л. Фукса сноска № 142 ошибочно обозначена как № 148.

из черновиков — это первый, сделанный еще в пути [143] (Черновики д'Андрэ. Л. 54–84). Последующие кодификаторские попытки д'Андрэ, конечно, не усиливают достоверность второго и третьего варианта записи.

Д'Андрэ, видимо, не относился к числу особо ревностных поклонников колониальной политики царизма в Казахстане и не разделял того презрительного высокомерия, с которым агенты царизма относились к казахам, их учреждениям и обычаям. Должно быть, поэтому его рапорт председателю Пограничной комиссии, в котором он, препровождая обработанный им свод, пытался дать общую характеристику казахского суда и права, встретил, как уже указано, резкое неодобрение. Негодование начальства вполне понятно. Оно готовилось в это время к ликвидации старых бийских судов и искало в материалах д'Андрэ констатацию непригодности существующих биев, чтобы заменить их «выборными» из числа султанов, старшин и казахов, удостоенных царских наград. Д'Андрэ здесь обнаружил явное неумение шагать в ногу с «видами» начальства и веяниями колониальной политики. Ни в записях д'Андрэ, ни в его докладе ничто вообще не свидетельствует о понимании им особых политических задач порученного ему дела. Можно думать поэтому, что отсутствие у д'Андрэ какой-либо последовательно проводимой тенденции освободило изложение собранного им материала от сознательных с его стороны искажений.

Материалы д'Андрэ как историко-юридический памятник, несомненно, выиграли в своем значении и оттого, что он не обнаружил в своих записях тенденций к юридическим «обобщениям». Он не пытался уложить казахское право в прокрустово ложе институтов римского или русского права, как это делали его преемники [144]. Он собирал сведения о праве казахов так же непосредственно, как собирал одновременно свою коллекцию птиц и мышей. Следует, наконец, отметить, что, несмотря на сравнительную кратковременность экспедиции д'Андрэ, ему удалось опросить множество лиц. Он вел работу по собиранию материала непрерывно, пользуясь для этого показаниями сопровождающих его биев и старшин, проверял сделанные записи и вносил нужные поправки и дополнения. К его услугам были специально собранные для этой цели в различных местах многочисленные опытейшие бии, апробировавшие, хотя без тщательной проверки, собранный и прочитанный на понятном им языке материал. Таким образом, можно сказать, что в черновиках «Описания киргизских обычаев», имеющих в орде силу закона, «мы имеем наиболее достоверный и наиболее обширный памятник казахского права первой половины XIX в., имеющий огромное значение для истории казахского права в целом.

7. Выводы¹⁴⁵

1. Нельзя (вопреки мнению Леонтовича) видеть в ясе Чингисхана один из источников казахского права.

2. Шариат играл огромную роль в казахском праве. В шариате господствующие классы казахского общества нашли правовую систему, позволившую им резко усилить классовую репрессию. Особенно выросла роль шариата в конце XVIII и первой половине XIX в. в связи с обострением классовой борьбы. Распространенное в дореволюционной литературе игнорирование роли шариата в казахском праве, сведение всего казахского права к менее острым нормам *обычного* права есть фальсификация казахского права, служившая стремлением царизма устранить шариат. Подобное искажение способствует буржуазно-националистической контрабанде, так как оно затушевывает остроту репрессий казахского права, а следовательно, и остроту классовой борьбы в Казахстане в XVIII и XIX вв.

3. Влияние права царской России на казахское право относится главным образом ко второй половине XIX в.

4. Исследования в области истории казахского права до сих пор базировались на источниках, введенных в научный оборот еще в конце XIX в. и некритически оцененных. Не были, в частности, вовсе предметом историко-правового исследования такие важнейшие неопубликованные источники, как «Обозрение Киргиз-Кайсацкой степи» Г. Гавердовского (1803 г.) (Архив ЛОИИ¹⁴⁶ № 495), записка «О киргизских законах» Путинцева (1809 г.) (Ленинградский Архив ВПК и В. ф. 1. Сиб. Ком. Оп 54 д. № (1-?)28–1821 г. Л.л. 19–22 об.) и «Описание киргизских обычаев» д'Андрэ (1846 г.) (Истарх КазССР¹⁴⁷ Ф. 4. Св. 47. Д. 2794–1846 г.). Между тем [названные] источники по времени их составления, полноте и достоверности материала имеют решающее для исследований истории казахского права значение.

Следует признать ошибочным широко принятое в литературе использование «записи» Левшина как основного источника для ознакомления с «законами Тауке». «Запись» Левшина представляет собой компиляцию из Гавердовского и (что вовсе не было замечено), свода комитета 1824 г. Основными источниками для «законов Тауке» нужно признать «Обозрение» Гавердовского и запись Шукуралиева.

Вопреки установившемуся в литературе мнению (Греков, Леонтьев), следует признать достоверным источником казахского права свод комитета по киргизским законам 1824 г., опубликованный Самоквасовым.

¹⁴⁵ В диссертации начинается на с. 100.

¹⁴⁶ Ленинградское отделение Института истории АН СССР.

¹⁴⁷ Исторический архив Казахской ССР, современный ЦГА РК.

8. Примечания к главе I¹⁴⁸

1. История Казахской ССР. С. 582.
2. ЛОИИ. Ф. 267. № 19 (письмо Бердалы от 20 октября 1765 г., подтверждающее дарение пленника. Перевод ЛОИИ).
3. ЦГАДА. Ф. 122. К. 9. № 3. 1743. Л. 120–120 об.
4. *Георги*. Ч. II. С. 140 и 124.
5. По мнению И. Ибрагимова, высказанному в 1878 г., «книги эти ни к чему не служат, кроме злоупотреблений» и велись биями только под нажимом царской администрации, причем содержание их фальсифицировалось.
6. Подробней об этом см. ниже.
7. *Шаламов М.* Судебное устройство Казахстана. М., 1941. С. 113–133.
8. *Юшков С. В.* История государства и права СССР. М., 1947. С. 519–540.
9. «Народные обычаи, имевшие, а отчасти и ныне имеющие в Малой Киргизской орде силу закона» // Записки Оренб. отд. ИРГО по отд. этнографии. Вып. 2. Казань, 1871 (в дальнейшем цитируется «Баллюзек»).
10. *Загряжский Г.* Юридические обычаи киргиз // Материалы для статистики Туркестанского края. Вып. IV. СПб., 1876 (в дальнейшем цитируется «Загряжский»).
11. *Маковецкий П. Е.* Материалы для изучения юридических обычаев киргизов. Вып. I. Материальное право. Омск, 1886 (в дальнейшем цитируется «Маковецкий»).
12. *Гродеков Н. И.* Киргизы и каракиргизы Сыр-Дарьинской области. Т. Юридический быт. Ташкент, 1889 (в дальнейшем цитируется «Гродеков»).
13. *Добросмыслов А. И.* Тургайская область. Исторический очерк // Изв. Оренб. Отд. ИРГО. Вып. 15–17. 1900. С. 386 (в дальнейшем цитируется «Добросмыслов. Тургайская область»).
14. *Гродеков*. С. I, IV.
15. *Левшин А.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. Ч. I, II, III. СПб., 1832 (в дальнейшем цитируется «Левшин. Описание»).
16. *Красовский*. Материалы для географии и статистики России. Область сибирских киргизов. Ч. I, II, III. СПб., 1868 (далее цитируется «Красовский»). С. 10–12, 48 и сл.
17. *Терентьев М. А.* История завоевания Средней Азии. СПб., 1906. Т. I. С. 90.
18. *Витевский В. Н. И. И.* Неплюев и Оренбургский край в прежнем его составе до 1758 г. Казань, 1889. Вып. I–III.
19. *Чокан Валиханов*. Соч. СПб., 1904.
20. См. прим. 5.
21. Изд. Оренбург, 1898 г.
22. Изд. Оренбург, 1898 г.

¹⁴⁸ В диссертации начинается на с. 102.

23. *Леонтьев А.* Обычное право киргиз // Юридический вестник. 1890. Т. V. Кн. 1–2 (далее цитируется «Леонтьев»).
24. *Изразцов Н.* Обычное право киргиз Семиреченской области // Этнографическое обозрение. 1897. № 3.
25. а) *Сабатаев С.* Суд аксакалов и суд третейский у киргизов Кустанайского уезда Тургайской области // Этнографическое обозрение. 1900. № 3; б) *Краханев А.* Суд и следствие у киргиз Сибири // Юридический вестник. 1888. Т. XXVIII. Кн. I (май); в) *Дингильштедт Н.* 1) Одно из отживающих учреждений; 2) Судебное преобразование в Туркестане // Журнал гражданского и уголовного права. 1892. Кн. 1-я и 7-я; г) *Готовицкий М.* Значение и обряд присяги у киргиз; Окончание дела полумиром по киргизскому обычному праву // Юридический вестник. 1885. № 5 (май); д) *Максимов Н.* Народный суд у киргизов // Журнал юридического общества. Кн. VII. 1897.
26. Подробно см. указатель А. Алекторова (см.: *Алекторов А.* Указатель книг, журнальных и газетных статей и заметок о киргизах. Казань, 1900).
27. *Словохотов Л. А.* Народный суд обычного права киргиз. Малой Орды // Труды Оренб. Ученой Архивной Комиссии. Вып. XV. Оренбург, 1905 (далее цитируется «Словохотов»).
28. *Мякутин А. И.* Юридический быт киргизов // Труды Оренбургской Ученой Архивной Комиссии. Вып. XXV. 1911 (далее цитируется «Мякутин»).
29. *Словохотов. С.* 22–23.
30. *Мякутин. С.* 67.
31. *Мякутин. С.* 151–153, 51, 53–54, 154–155.
32. ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 8–137 об.
33. Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 153 и сл.
34. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 442, 439/358, 438, 553, 554.
35. ЛОИИ. № 495. *Гавердовский Я.* Обозрение Киргиз-Кайсацкой степи. Ч. II или описание страны и народа Киргиз-Кайсацкого (рукопись) (в дальнейшем цитируется «Гавердовский» (рукопись)).
36. Записки купца Гока. ЦГДА. Ф. 122. К. 8. 1742. № 4. Л. 65–75 об.
37. Исторический Архив. II. 1939. С. 117–221.
38. *Вяткин М. П.* «Сказки» XVIII в., как источник для истории Казахстана // Проблемы источниковедения. III. 1940. С. 45–61.
39. ЦГАДА Ф. 122. К. 45. 1762–65. № 14. Л. 158 об. Из показаний Айдары Сафарова от 12.XI.1764.
40. История Казахской ССР. С. 96 и 108. *Гродеков. С.* 24–26.
41. *Леонтович Ф.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий. Одесса, 1879. С. 244–245.
42. Это не помешало Гурлянду¹⁴⁹ повторить ошибочное утверждение Леонтовича в еще более категорической форме: «Баранта киргизов

¹⁴⁹ Гурлянд Илья Яковлевич (1868 — не ранее 1921) — историк права, литератор. Выпускник Демидовского юридического лица (Ярославль) и Московского университета (магистерская диссертация «О ямской гонимости в Московском государстве

- вполне сходна с барантою ясы». Известия об-ва археологии, истории и этнографии при Казанском университете. Т XX. С. 154.
43. *Леонтович*. Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий. С. 197.
 44. *Козин С. А.* Сокровенное сказание. 1941. § 203.
 45. Труды ВОРАО. Ч. V. 1858. С. 59.
 46. *Мелиоранский П.* о Кудатку-Билике Чингис-хана // Записки ВОРАО. Т. XIII. 1900. С. 15–23.
 47. *Березин*. Очерк внутреннего устройства улуса Джучиева // Труды ВОРАО. Т. VIII. С. 415.
 48. Труды ВОРАО. Т. VIII. С. 397.
 49. *Леонтович*. Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий. С. 188.
 50. *Вяткин М. П.* Очерки по истории Казахской ССР. С. III.
 51. «Прошлое Казахстана в источниках и материалах». Алма-Ата; М., 1935. С. 107. — В машинописном экземпляре этого сборника, хранящемся в рукописном отделе библиотеки в Алма-Ате (инв. № 76), соответствующий текст Рузбехана переведен не «согласно ясы» а «согласно... канона Чингис-хана».
 52. *Козин С. А.* Сокровенное сказание. § 255.
 53. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. VII; *Линевич И. П.* Бывшее Елисуйское султанство. С. 4–5.
 54. *Березин*. Очерк внутреннего устройства улуса Джучиева; *Леонтович*. Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий. С. 201.
 55. *Голстунский К. Ф.* Монголо-ойратские законы. 1640. 1880. С. 11–12.
 56. *Березин*. Очерк внутреннего устройства улуса Джучи // Труды ВОРАО. Т. VIII. С. 477.
 57. *Леонтович*. Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий. С. 198.
 58. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50 об.
 59. *Левшин А.* Описание. Ч. III. С. 170.
 60. *Гродеков*. С. 24–25.
 61. *Вяткин М.* Очерки. С. 116, 119.
 62. См. главу III.
 63. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 177.
 64. *Юшков С. В.* История государства и права СССР. Ч. 1. М., 1947. С. 523.

до конца XVII века»), профессор Демидовского лицея (1900). В 1902 г. защитил диссертацию на степень доктора полицейского права (см.: *Гурлянд И. Я.* Приказ великого государя Тайных дел. Ярославль, 1902). С 1902 г. на государственной службе. С 1907 г. — главный редактор правительственной газеты «Россия» (СПб.). После Февральской революции (1917 г.) эмигрировал из России. Автор ряда работ по истории права, а также беллетристических произведений (псевдоним — Арсений Гуров).

65. Там же. С. 522.
66. Такая ошибочная формулировка была допущена мною как одним из авторов «Истории Казахской ССР». С. 114.
67. *Гродеков*. С. 24.
68. *Абай Кунанбаев*. Избранное. М., 1943. С. 54 и 57.
69. *Левшин*. Описание. Ч. 1. С. 64. Ч. III. С. 169.
70. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129.
71. *Гавердовский* (рукопись). Датировка рукописи на л. 21. Содержание «законов Тауке». Л. 50 об.—51 об.
72. История Казахской ССР. С. 19.
73. *Самоквасов Д. Я.* Сборник обычного права сибирских инородцев. Варшава, 1876 (в дальнейшем цитируется «Самоквасов»).
74. *Вяткин М.* Очерки. С. 116–119.
75. История Казахской ССР. С. 114–117.
76. *Юшков С. В.* История государства и права СССР. 2-е изд. 1947. С. 523.
77. *Самоквасов*. С. IX–X.
78. *Вяткин М.* Очерки. С. 8–9.
79. *Рычков П.* Топография Оренбургская. 1887 (1762). С. 3 (подробнее об этом см. главу III, раздел...) ¹⁵⁰.
80. *Гродеков*. С. II.
81. *Юшков С. В.* История государства и права СССР. 2-е изд. С. 535–536.
82. *Маковецкий*. С. 71.
83. *Radloff W.* Aus Sibirien. 1884. В. I. S. 470.
84. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. 1935. С. 108.
85. Там же. С. 196–197.
86. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XX. С. 484.
87. *Бартольд В.* Туркестан в эпоху монгольского нашествия. Т. II. С. 267.
88. *Терентьев М. А.* История завоевания Средней Азии. СПб., 1906. Т. III. С. 266.
89. *Георги*. Ч. II. С. 125 ¹⁵¹.
90. *Mayer.* Geschichte der Strafrechte. 1876. S. 402. Прим. 25; *Фан-ден-Берг*. Основные начала мусульманского права. С. 188, 141 и др.
91. ЦГАЛ. Ф. Земск. отд. 8-е д-во. Оп. 861. Д. 446. 1811–1823. Л. 86–86 об. ¹⁵²
92. Там же. Д. № 44-в. 1811–1823. Л. 102 об.
93. Материалы по истории Казахской ССР. Т. IV. С. 378 (в дальнейшем цитируется Материалы IV).

¹⁵⁰ В оригинале многоточие.

¹⁵¹ Следующая часть примечания № 89 в оригинале обозначена как примечание № 90. Но затем идет второе примечание № 90 (обозначенное в настоящем издании под № 91). В оригинале после примечания № 91 следует № 93. Таким образом, проясняется техническая ошибка С. Л. Фукса, исправляемая в настоящем издании.

¹⁵² Примечание № 90 в оригинале вставлено рукой автора. Остальные примечания — машинописные (за исключением латинского шрифта).

94. Там же. С. 362. Из записки Мейендорфа.
95. Там же. С. 378.
96. *Добросмыслов А. И.* Суд у киргиз Тургайской области в XVIII и XIX вв. Казань, 1904. С. 20–21.
97. Подробная характеристика этого памятника дается ниже.
98. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–1846. Л. 166.
99. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 54.
100. Там же. Л. 57 (текст цитируемого примечания оборван, но изложенный смысл его не вызывает сомнения).
101. Там же. Л. 64 и 126.
102. Там же. Л. 56, 57, 58, 59, 60, 60 об., 61, 62, 64, 65 об. 67–67 об., 71, 71 об., 72, 74, 75 об, 76, 129 об, 142 об. 148–148 об. и др.
103. Там же. Л. 57. См. 2. ПСЗ. Т. XIV. № 2811.
104. Истарх КазССР. Т. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Л. 156 об.
105. Там же. Л. 156 об.–157 об (см. ремарки карандашом на полях рапорта, принадлежащие, кажется, чиновнику Шершеневичу).
106. Истарх КазССР Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 139.
107. Отказаться вовсе от этого приема невозможно, к сожалению, ввиду недостаточности юридических памятников до половины XIX в.
108. *Гродеков.* С. 23–24.
109. ПСЗ. Т. XXXVIII. № 29127. гл. V. § 206–208.
110. 2 ПСЗ. Т. XIV. № 12811.
111. 2 ПСЗ. Т. XIX. Отд. 1. № 17998.
112. 2 ПСЗ. Т. XXVIII. Отд. 1. № 28264.
113. *Валиханов Чокан.* Соч. С. 164.
114. См., напр.: *Баллозек.* С. 166.¹⁵³ — Здесь замечено, что шариат применяется «в исключительных случаях общежития, которые не предусмотрены предыдущими поколениями»... «во всем же остальном киргизы руководствуются коренными своими обычаями».
115. ЦГИАЛ. Ф. 1264. Оп. 54. Д. № 30. 1819. Л. 1; Текст записки Путинцева «О киргизских законах» // Там же. Д. № 28. 1821. Л. 19–22 об.
116. Материалы IV. С. 36. — М. П. Вяткин почему-то датирует записку Путинцева 1817–1822 г., быть может, не обратив внимания на дату 1809 г., имеющуюся в д. № 30. Л. 1. Здесь же устанавливается и авторство Путинцева.
117. *Леонтьев.* С. 120 и сл.
118. Отечественные записки. 1830. Ч. 41, 42, 43.
119. Там же. Ч. 43. С. 258 и 284.
120. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846.
121. ПСЗ. Т. IX. № 6876.
122. *Добросмыслов А.* Тургайская область. Изв. Оренб. отд. ИРГО. Вып. 15–17. 1900. С. 302.

¹⁵³ Слова «Баллозек. С. 166» в оригинале — рукописная вставка.

123. 2 ПСЗ. Т. XIII. Отд. 1. № 11122. Ст. 29.
124. 2 ПСЗ. Т. XIX. Отд. 1. № 17998.
125. Истарх КазССР. Ф. 4. Д. 2798. Св. 248. Л. 3.
126. Там же. Л. 7–81.
127. Там же. Л. 7–16, 56–65, 74–81.
128. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 2 об.
129. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. Л. 83 об.
130. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 8.
131. Там же. Л. 4.
132. Там же. Л. 47.
133. Там же. Л. 9.
134. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. Л. 156–158.
135. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 163–168.
136. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. Л. 13.
137. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 32 794. Л. 20–26, 34 об и св. 248. Д. 2798. Л. 136, 142, 145, 156–158.
138. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 86, 88, 89, 115.
139. Истарх КазССР. Ф. 5. Оп. 1. Св. 84. Д. 1271, 1866–1870. Л. 83 об.
140. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 54–84.
141. Там же. Л. 36 и 67 об.
142. *Абай Кунанбаев*. Избранное. М., 1943. С. 263, 51.
143. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 54–84.
144. См., напр., Мякутин.

ГЛАВА II ПАТРИАРХАЛЬНО-ФЕОДАЛЬНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В КАЗАХСТАНЕ¹

1. Предварительные замечания²

При изучении истории казахского государства приходится столкнуться не только с теми, и весьма значительными, затруднениями, которые вытекают из неполноты или отсутствия источников и из неразработанности вопроса в литературе, но и с трудностями, лежащими в теоретической плоскости, в плоскости относящихся сюда частных вопросов теории государства. Закономерности развития феодального государства оседлых земледельческих народов вскрыты советской исторической наукой на основе многочисленных сюда относящихся указаний классиков марксизма-ленинизма и на огромном фактическом материале. Особенности же развития феодального государства кочевников, своеобразный механизм этих государств исследованы в гораздо меньшей степени.

Между тем наличие в Казахстане резко выраженных особенностей государственного механизма и своеобразия путей развития государства совершенно бесспорно. Они порождены своеобразием пути развития феодализма у казахов, как у кочевников-скотоводов. Историк государства и права Казахстана вынужден в ходе конкретно-исторического исследования дорабатывать теорию феодального государства кочевников. При этом особые трудности возникают для него в связи с тем, что нельзя считать достаточно разработанной и удовлетворительно разрешенной проблему феодализма у кочевников в ее социально-экономическом аспекте, без чего всякая попытка осмыслить особенности политической и правовой надстройки кочевого феодального общества, разумеется, заранее обречена на неудачу. Поэтому рассмотрению политического строя, государственного устройства Казахстана приходится предпослать характеристику особенностей социально-экономического строя казахов.

¹ Название главы в диссертации — на отдельной с. 111.

² В оригинале начинается на с. 112.

Руководящие указания для социально-экономической характеристики казахского общества даны тов. Сталиным, который в тезисах X съезда партии³ «Об очередных задачах партии в национальном вопросе» отнес казахов к группе народов, «сохранивших в большинстве случаев скотоводческое хозяйство и патриархально-родовой быт» [1]. Здесь же тов. Сталин отметил наличие у казахов «пережитков патриархально-феодальных отношений», к ликвидации которых должны быть направлены усилия коммунистов. Из этих имеющих решающее значение для историков Казахстана указаний тов. Сталина следует, во-первых, что своеобразие социально-экономических отношений казахского общества теснейшим образом связано с господством кочевого скотоводства; во-вторых, что отношения, некогда господствовавшие и сохранившиеся еще в первые годы советской власти в виде пережитков, должны быть определяемы как отношения «патриархально-феодальные», и, наконец, что продуктом этих отношений был «патриархально-родовой *быт*».

Задача историков Казахстана заключалась, очевидно, в том, чтобы, получив в этих указаниях тов. Сталина ключ к пониманию особенностей общественного строя казахов, раскрыть содержание сталинских определений на конкретном историческом материале. Нельзя, однако, сказать, что задача эта была успешна разрешена. Сперва внимание историков сосредоточилось на острой борьбе с многочисленными извращениями в буржуазно-националистической литературе. Буржуазные националисты то отождествляли патриархально-родовой быт с бесклассовым обществом, чтобы смазать остроту классово-борьбы в Казахстане, то, напротив, отрицали наличие патриархально-родового быта для того, чтобы помешать вскрыть его значение как ширмы для байской эксплуатации и сопротивления баев социалистическому строительству в казахском ауле. К сожалению, разоблачение буржуазно-националистических извращений не сопровождалось вполне удовлетворительным положительным разрешением проблемы патриархально-феодальных отношений. Не ознаменовалась серьезными успехами разработка этой проблемы и после разоблачения националистических вылазок⁴. В результате историку казахского государства и права приходится искать корни интересующей его политической и правовой надстройки в общественном строе, основы которого до конца не выяснены.

³ X съезд Российской коммунистической партии (большевиков) (РКП (б)) проходил 8–16. III. 1921 г. в Москве, один из вопросов, обсуждавшихся на нем, — «Очередные задачи партии в национальном вопросе».

⁴ Здесь и в некоторых других местах присутствует политический жаргон того времени.

Последнее довольно единодушно признается исследователями. М. П. Вяткин считает проблему феодальных отношений в Казахстане «сложной и научно не отстоявшейся проблемой», и вопрос о социально-экономических отношениях казахского общества особенно XVI–XVIII вв. относит к числу вопросов, «разрешение которых составляет задачу современной марксистской историографии». В работе 1945 г. он повторяет, что специфика классовых отношений у кочевников еще не изучена [2]. А. Бернштам⁵ в изданной в 1946 г. работе «Социально-экономический строй орхоно-енисейских тюрок» вновь подчеркивает, что «в советской исторической науке изучение кочевников — это совершенно новая проблема, которая во многом далеко еще не разрешена» [3].

В предисловии к «Истории Казахской ССР с древнейших времен до наших дней» мы встречаем, правда, заявление, что в книге этой в «основном был раскрыт патриархально-феодальный характер классовых отношений в казахском обществе» [4], но, обращаясь к содержанию «Истории Казахской ССР», мы такого раскрытия в ней не находим. Ибо для того, чтобы «раскрыть» патриархально-феодальный характер классовых отношений в Казахстане, недостаточно, как это отчасти сделано в книге, показать, с одной стороны, наличие феодальной по типу эксплуатации, с другой стороны — сохранение патриархально-родового быта. Раскрыть содержание патриархально-феодальных⁶ отношений казахского общества значит, прежде всего, выяснить и показать *особые специфические закономерности развития этого общества* как патриархально-феодального. Между тем авторы «Истории Казахской ССР» чаще всего направляют свои усилия к тому, чтобы втиснуть все своеобразие развития казахского общества в рамки общих закономерностей «классического» западно-европейского феодализма. В результате искажается действительная история Казахстана и имеют место отмеченные уже критикой серьезные ошибки.

⁵ Бернштам Александр Натанович (1910–1956) — русский археолог, тюрколог, выпускник этнографического факультета Ленинградского университета, доктор исторических наук (1942), профессор Ленинградского университета (1946). В 1935 г. защитил кандидатск. диссер. «Социально-экономический строй орхоно-енисейских тюрок VI–VII вв.», в 1942 г. докторскую — «История кыргызов и Киргизстана с древнейших времен до монгольского завоевания». Автор работ «Социально-экономический строй орхоно-енисейских тюрок VI–VIII вв.» (1946), «Архитектурные памятники Киргизии» (1950), «Чуйская долина» (1950), «Очерк истории гуннов» (1951), «Древняя Фергана» (1951), «Историко-археологические очерки Центрального Тянь-Шаня и Памиро-Алая» (1952) и др. (см.: Библиография обществоведов Казахстана. С. 111).

⁶ Предыдущая строка, видимо, была пропущена при перепечатке и вставлена Фуксом от руки сверху.

Возьмем, например, трактовку в «Истории Казахской ССР» закономерностей развития казахского общества и государства от конца XVI до начала XVIII в. Казахское государство XVI в. при Касыме, Хакк-Назар⁷ и Тевеккеле⁸ трактуется здесь как основанное на «развитой системе вассальных отношений», определяющей его относительное единство; оно рассматривается как государство, представляющее собой поэтому более высокую ступень государственной организации, нежели даже империя Карла Великого⁹ или Киевское государство¹⁰. Последние же определяются как «более ранние государственные объединения», единство которых основано на завоевании. К критике этих положений мы вернемся ниже, но вот как рисуются здесь причины распада казахского государства в XVII в. при преемниках Тевеккеля: «По мере того как в отдельных областях страны росли производительные силы, *представители феодальной знати все сильнее связывались с землей, увеличивались их права и власть над населением, росло их политическое влияние, и одновременно падало влияние и уменьшались права центральной власти*» [5].

Итак, утверждают, что в XVII в. процесс дробления государства шел на основе роста землевладения феодальной знати, которая «все сильнее и сильнее связывается с землей». Верно, что процесс феодализации оседлых обществ и переход к феодальной раздробленности связаны с ростом феодального землевладения как базой феодальной эксплуатации, но в какой мере это может относиться к казахскому обществу скотоводов-кочевников XVI–XVII вв., если в этом обществе земельная собственность только в конце XVIII в. стала играть серьезную роль в его классовых отношениях, стала базой эксплуатации масс, да и то в связи с земельной теснотой, вызванной отчасти земельными захватами царского правительства? (Это положение подробно аргументируется ниже при рассмотрении проблемы земельной собственности в Казахстане.)

⁷ Хакк-Назар, сын Касым-хана (не позднее 1519–1580), ханом стал, как предполагает Т. И. Султанов, после 1549 г. В народных преданиях имя Хакк-Назара окружено славой. Память о нем сохранилась не только у самих казахов, которые относят образование трех казахских жузов ко времени его правления (см.: *Султанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 187–190).

⁸ Тевеккел (Таваккул, Тевкель, Тауке, Тукай) — сын Шигай-хана, казахский хан с 1582 г. (см.: *Султанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 208–210; История Казахстана. Т. 2. С. 398, 400).

⁹ Карл Великий (768–814) — основатель новой франкской династии (см.: *Черниловский З. М.* Всеобщая история государства и права. С. 121; *Графский В. Г.* Всеобщая история государства и права. М.: Изд-во Норма, 2000. С. 267).

¹⁰ Киевское государство возникло в X в. (см.: Российское законодательство X–XX веков: В 9 т. / Под ред. О. И. Чистякова. Т. 1. Законодательство Древней Руси / Отв. ред. тома В. Л. Янин. М.: Юрид. лит-ра, 1984).

Ведь говоря о «развитой системе вассальных отношений» в XVI–XVII в., авторы не сделали даже попытки доказать, что это был вассалитет, основанный на ленных отношениях. Ниже показано, что поскольку в это время вассалитет существовал, это был пресловутый «вассалитет без лена», т. е. отношение *дофеодальное*. Наличие ленных отношений в казахском обществе в XVII в. никем не доказано, да и не может быть доказано. Следовательно, рассуждение об усиливающейся связи феодалов с землей как основе распада казахского государства в XVII в. есть не что иное, как произвольное перенесение закономерности развития феодализма в оседлых земледельческих обществах на казахское общество кочевников-скотоводов.

Такое понимание истории казахов имеет некоторые теоретические корни во взглядах акад. Б. Владимирцова¹¹, по концепции которого распоряжение со стороны кочевой знати кочеванием может служить базой феодальной эксплуатации у кочевников в такой же мере, как феодальная земельная собственность у оседлых народов. Указанная концепция акад. Б. Владимирцова принята как авторами «Истории Казахской ССР», так и М. Вяткиным в его «Очерках по Истории Казахской ССР» [6]. Однако подобный взгляд на значение права распоряжаться кочеванием отнюдь нельзя считать бесспорным, и, что особенно следует подчеркнуть, сам Б. Владимирцов вовсе не считал руководство кочеванием эквивалентом земельной собственности для всякого общества кочевников и в любую эпоху, а отнес это к конкретным условиям монгольской империи. Поэтому, даже принимая концепцию Б. Владимирцова, следовало бы иметь в виду, что своеобразие феодальных отношений, неизбежно вытекающее из отсутствия земельной собственности, требует конкретного изучения закономерностей развития феодализма в данном кочевом обществе, а не механического перенесения на историю его тех законов развития, которые установлены были для обществ оседлых земледельцев. Действительно, если бы в основе распада казахского государства лежало усиление связей феодальной знати с землей, то почему же оно «единое» при Касыме (начало XVI в.), распалось при преемниках Касыма, опять возродилось при Хакк-Назаре и Тевеккеле и вновь стало распадаться при преемниках Тевеккеля. о его состоянии через сто лет после этого, при Тауке, авторы «История Казахской ССР» могли сказать: «Государственное объединение казахов еще никогда до этого не было столь сплоченным и сильным» [7]. После Тауке оно вновь

¹¹ Владимирцов Борис Яковлевич (1884–1931) — советский монголовед, академик АН СССР. Главные труды — о монгольском кочевом феодализме, языках, литературе и этнографии монгольских народов.

распадается, а еще через 50 лет снова объединяется под сильной властью хана Аблая [8]. Какими же небывалыми путями, шаг вперед и два назад, шел в Казахстане на протяжении трех столетий процесс усиления связи феодалной знати с землей, если он действительно был базой периодического распада, который авторы «Истории Казахской ССР» характеризуют как «феодалное раздробление»?

Попытка уложить развитие Казахского государства в схему развития феодалных государств оседлых народов на этом не кончается. В развитии феодализма у большинства оседлых земледельческих народов период феодалной раздробленности сменяется периодом объединения, создания централизованного государства, сословно-представительной, а далее и абсолютной монархии. В связи с этим, очевидно, авторы «Истории Казахской ССР» считают нужным объяснить, почему в Казахстане не было создано централизованное государство. Нам сообщают, что преобладание кочевого скотоводства и значительных патриархально-родовых пережитков не создавало почвы для отделения в «значительном масштабе» ремесла от сельского хозяйства, для развития городских центров и широкого обмена, т. е. условий, «необходимых для разложения феодализма и перехода к капитализму» [9]. Речь идет о начале XVIII в. Предполагается, следовательно, что феодализм в Казахстане в это время достиг той степени зрелости, на которой возможны *разложение его и переход к капитализму*. В этом предположении содержится явная и серьезнейшая недооценка консервативного характера экономики казахского общества как патриархально-феодалного общества скотоводов-кочевников и недооценка слабости казахского государства. Ниже будет показано, что отсутствие в экономике Казахстана базы для отделения ремесла от сельского хозяйства со всеми отсюда вытекающими последствиями означало не только отсутствие условий для *разложения* феодализма, но и отсутствие условий, необходимых для *развития* феодализма, что казахское общество в своем развитии как бы «остановилось» на самой ранней ступени феодализма, ибо в силу застойного характера экономики казахского кочевого скотоводства феодалные отношения развивались здесь исключительно медленно и все развитие характеризуется резко выраженной застойностью. В крайней слабости *внутренних сил развития, способных* преодолеть эту застойность, вывести казахское общество на путь «нормального» развития феодализма, и заключается специфическая черта развития казахского общества, объясняющая и специфические черты казахского государства.

Приведенные примеры искажения истории казахского государства на почве неправильного представления об основных моментах социально-экономической истории Казахстана объясняют попытку выяснить

некоторые вопросы социально-экономической истории Казахстана в работе, специально посвященной вопросам истории государства и права казахов. Как бы ни желательно было, имея в виду, что настоящие очерки посвящены историко-правовым проблемам, ограничить экскурсы в смежные области истории, приходится все же предварительно остановиться: а) на ведущей роли кочевого скотоводства в экономике Казахстана и вытекающих отсюда особенностях возникновения и развития классового общества и государства у казахов, б) на значении права распоряжения кочеванием и его отношении к земельной собственности. К рассмотрению этих вопросов мы и переходим.

2. О путях возникновения и развития классового общества у племен, образовавших казахскую народность¹²

Огромная роль кочевого скотоводства для общественного строя казахов до Октябрьской социалистической революции настолько очевидна, что никто не пытался оспаривать ее. Но этого мало, чтобы выяснить значение кочевого скотоводства для истории казахов. В «Критике политической экономии» (Введение) Маркс писал: «Каждая форма общества имеет определенное производство, которое преобладает над всеми и отношения которого поэтому определяют место и влияние всех остальных. Это — общее освещение, в котором утопают все остальные краски и которое модифицирует их в их особенностях» [10]. Значение кочевого скотоводства для общественного строя казахов будет правильно установлено лишь при условии, что будет выяснена *ведущая* роль кочевого скотоводства, что оно будет определено как *ведущая* отрасль хозяйства казахов, т. е. как отрасль, определяющая развитие экономики Казахстана в целом, а отсюда и закономерности развития казахского общества.

Это положение не пользуется, однако, общим признанием. Напротив, в литературе оно встречает серьезные возражения. С. П. Толстов¹³ в работе «Генезис феодализма в кочевых скотоводческих обществах» в сущности отрицает наличие таких обществ кочевников, которые не находились бы под *определяющим его развитие* влиянием взаимодействия с оседлым населением.

¹² В диссертации начинается на с. 121.

¹³ Сергей Павлович Толстов (25.I.1907–28.XII.1976) — д. и. н., профессор, этнограф-тюрколог. Выпускник исторического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова. Кандидатская и докторская диссертации посвящены истории древнего Хорезма. В 1942–1965 гг. директор Института этнографии АН СССР, главный редактор журнала «Советская этнография». Член-корреспондент АН СССР, почетный академик АН Уз. ССР, член-корр. АН ГДР, засл. деят. науки Уз. ССР, Тадж. ССР, Каракалпакской ССР (см.: Библиография обществоведов Казахстана. С. 418).

Отмечая условность термина «кочевой феодализм», С. П. Толстов следующим образом мотивирует свои соображения по интересующему нас вопросу: «Он (термин этот) охватывает лишь одну сторону в единой проблеме социально-экономической структуры каждого конкретного общества кочевников, именно феодальные отношения в сфере кочевого скотоводства. Но, изучая эти отношения, мы неизбежно должны брать их в единстве со всей общественной структурой, в первую очередь с отношениями в сфере оседлого земледелия, иначе мы рискуем ничего не понять в изучаемых обществах и скатиться к вульгарно-механистической их трактовке». Далее, указывая на значение различия кочевых и земледельческих районов до возникновения городов как средоточия торговли между кочевниками и земледельцами, С. П. Толстов пишет: «Рассуждение об “обществах, не имеющих городов”, которыми нам хотят предоставить наших кочевников, основано на грубо механистическом разрыве единого целого, которое представляет собой внутренне дифференцированные на кочевую и земледельческую часть общества и означает тенденцию выдать часть за целое» [11]. С. П. Толстов не мыслит, следовательно, возможным существование такого общества кочевников, для которого закономерности развития, вытекающие из кочевого скотоводческого хозяйства, были бы *основными и решающими*. Решающими, с этой точки зрения, всегда должны быть закономерности, вытекающие из взаимосвязи кочевого скотоводства с оседлым земледелием, городами и ремеслом. Под угрозой «ничего не понять» в истории кочевых обществ, «скатиться к вульгарно-механистической их трактовке», разорвать грубо механистически «единое целое» нужно в изучении истории кочевых обществ исходить из их связи с оседлым земледельческим и городским населением. Для Казахстана, например, это будет связь кочевого хозяйства с отдельными земледельческими районами Семиречья и Южного Казахстана и группой небольших городов по правому берегу Сыр-Дарьи, а также наличие экстенсивного и далеко не повсеместного хлебопашества на зимних кочевьях казахов-скотоводов.

Нельзя оспаривать подчеркнутую С. П. Толстовым необходимость учитывать при изучении общества кочевников связь кочевого хозяйства как основного для данного общества, с земледельческими районами и городскими центрами данного общества и соседних оседлых обществ. Столь же важно иметь в виду те даже очень слабые элементы оседлого хозяйства, которые органически связаны с хозяйством кочевников, вроде упомянутого хлебопашества на зимних кочевьях. Значение этой связи ясно хотя бы потому, что она является важнейшим фактором, определяющим лишь относительно, а не абсолютную застойность обществ

кочевников, что совершенно правильно подчеркнуто С. П. Толстовым. Но для понимания общества кочевников как застойного нужно подчеркнуть, что кочевое скотоводство — это не просто «лишь одна сторона» экономической структуры кочевого общества, а сторона, *ведущая и определяющая его развитие в основном*. Даже оспаривая представление о кочевом обществе как об «обществе, не имеющем городов», характеризуя эту концепцию как попытку грубо механистически разорвать единое целое и выдать за целое его часть, следовало бы признать, что для многих кочевых обществ, например для казахов, эта выдаваемая за целое его часть — кочевое скотоводство — является абсолютно преобладающим и ведущим элементом всей экономической структуры.

В «Истории Казахской ССР» ведущая роль экономики кочевого скотоводства для казахского общества также не получила признания. Хотя на стр. 126 мы читаем, что «*ведущей* отраслью хозяйства казахов было скотоводство, при кочевом образе жизни», но из этого единственно правильного положения в книге не сделаны необходимые выводы. На стр. 148 говорится уже не о ведущей роли, а лишь о *преобладании* в XVIII в. в экономике страны кочевого скотоводства, что, конечно, не одно и то же. Отсюда и сделанное там же заключение, что в Казахстане отсутствовала почва «для отделения в *широком масштабе* ремесла от сельского хозяйства», в то время, как здесь *отделение* ремесла от сельского хозяйства практически вообще не имеет места, по крайней мере в таких масштабах, которые могут иметь значение для направления общественного развития. Кочевое скотоводство как ведущая, а не только преобладающая отрасль казахского народного хозяйства вообще не создает почвы для такого *отделения* ремесла.

М. П. Вяткин, давая характеристику ремесла у казахов в XVII–XVIII вв., правильно отмечал, что слабо развитое ремесло в это время «существовало не как самостоятельная отрасль хозяйства, а как составная часть натурального хозяйства аула» [12]. То же, уже без всякой оговорки о широком масштабе, признают в одном месте и авторы «Истории Казахской ССР», указывая, что в XVII в. «все эти виды ремесла не обособлялись в самостоятельную отрасль производства, а существовали в виде дополнительного занятия в скотоводческом хозяйстве аула» [13].

Так как для развития обмена и городских центров, для созревания феодализма и развивающихся в нем противоречий существенным является не уровень ремесленного искусства или даже масштаб его распространения, а именно *отделение* ремесла от сельского хозяйства, то у авторов «Истории Казахской ССР» не было оснований колебаться между *ведущей ролью* кочевого скотоводства и *преобладанием* его в экономике Казахстана. Однако, ошибочно отказавшись от установления

определяющих, решающих моментов этой экономики, авторы, описывая экономический строй Казахстана [14], как правило, вовсе не подчеркивают, что оседлое земледелие, городское ремесло и торговля, развивавшиеся в отдельных районах Казахстана, вовсе не характерны для развития экономики казахского общества в целом. Не подчеркнуто, что сфера распространения этих более высоких отраслей хозяйства была ограничена очень узкими по сравнению со всей территорией Казахстана районами и что они были порождением особых условий, сложившихся в некоторых пограничных с оседлыми обществами районах, а потому лишь весьма слабо влияли на экономику кочевого скотоводческого Казахстана в целом. Между тем это положение вряд ли может оспариваться. Оно проверено всем ходом исторического развития казахского общества, в результате в первой четверти XVIII в. казахи потеряли городские ремесленные и торговые центры, а города перестали играть какую-либо серьезную роль в жизни казахского общества. И недостаточно, конечно, объяснять это тем, что их захватили более сильные соседние оседлые государства, ибо здесь следовало бы в первую очередь объяснить, почему так изменилось соотношение сил, а это можно сделать лишь исходя из понимания экономики кочевого скотоводства как ведущей и определяющей основные пути развития казахского общества.

Не только в XVI–XVII, но и в XVIII в. обмен возникал и развивался лишь на сравнительно небольших пограничных участках соприкосновения казахского общества с обществом иной, более высокой экономической структуры. При этом, однако, немногочисленные городские центры, оказавшиеся с конца XVI и до начала XVIII в. под властью казахских ханов, не были вовсе *казахскими* городами. Возникая на стыке кочевого казахского общества с оседлыми народами, на путях транзитной торговли передней Азии и Европы с Китаем, они были преимущественно пунктами транзитной торговли. Авторы «Истории Казахской ССР» говорят о национальной пестроте населения этих городов [15]. Правильнее было просто указать, что население этих городов не было казахским. Василий Кобяков, посетивший их в царствование хана Тауке, о населении этих городов отозвался в расспросных речах в Сибирском Приказе так: «а в городах во всех живут торговые бухарцы». Казахи же «воинские люди» в количестве 20 000 человек, кочуют вокруг городов [16]. По показаниям Матвея Арапова¹⁴, 17 марта 1759 г. Абулмамбет и Аблай, отказывая китайцам в просьбе о помощи для

¹⁴ Матвей Арапов с дипломатической миссией направлялся в Средний жуз (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 259).

завоевания Самарканда, Ташкента и Бухарии, указывали попутно на то, что в этих городах «и из киргис кайсак многие в них *разными случаями* находятся...» [17], следовательно, казахи не были в составе постоянного оседлого населения этих городов, а появлялись в них лишь по торговым, очевидно, делам. По Тевкелеву, в Ташкенте, Сайране, Туркестане «живут сарты, т. е. посацкие мужики», следовательно, узбекские купцы и ремесленники [18]. В отсутствие Абулмамбета ведение городских дел в Туркестане поручается «тутошним лутчим сартам» [19]. Мы останавливаемся на свидетельствах, характеризующих национальный состав населения городов, потому что отсутствие в городах в качестве постоянного населения казахов свидетельствует, несомненно, о том, что города эти не имели серьезного влияния на развитие ремесла и торговли в казахском обществе и не ослабляли ведущую в его экономике роль кочевого скотоводства.

В рассуждениях об «обществах, не имеющих городов», которые С. П. Толстов считает продуктом «механистического разрыва единого целого», результатом «тенденции выдать часть за целое», повинны во все не нынешние историки, а писатели XVI–XVII вв., непосредственно наблюдавшие такое общество у казахов. Мухаммед-Хайдер¹⁵, современник Касым-хана, сообщает, что Касым при свидании с магометанским ханом говорил: «Мы жители степи, у нас нет ни редких, ни дорогих вещей, главное наше богатство состоит в лошадях, мясо и кожа служат нам лучшею пищею и одеждою... в земле нашей нет ни садов ни зданий...» [20]. Другой писатель XVI в. Рузбехан о земле казахов говорит: «Здесь нельзя встретить хотя бы одного маленького кишлака» [21]. Дженкинсон¹⁶, бывший в Казахстане в то же время, также говорит о казахах, что они «живут в полях без городов и жилищ» [22]. У нас нет никаких оснований считать эти сообщения писателей XVI в.

¹⁵ Мирза Мухаммад Хайдар бен Мухаммад Хусайн-курэкан доглат (1499–1551), правитель Кашмира (1541–1551), известен как автор исторического сочинения «Тарих-и Рашиди» (перс., «Рашидова история») (1541–1546) (см. в переводе на рус. язык: *Мухаммед Хайдар Дулати. Тарих-и Рашиди (Рашидова история) / Пер. с перс., 2-е изд., доп. Алматы: Санат, 1999*) и поэмы (на тюркск. языке) «Джаханнаме» (1529–1530) (см. подробнее о поэме: *Дербісәлі Ә. Жақсыдан қалған жәдігер // Дербісәлі Ә. Ислам және заман. Алматы, 2003. 471–509 бб. — См. также: Абусейтова М. Х., Баранова Ю. Г. Письменные источники по истории и культуре Казахстана и Центральной Азии в XIII–XVIII вв. С. 89–106; Шулембаева Р., Дербисали А. Меч и музы Мирзы Хайдара // Казахстанская правда. 2005. 11 февр.*)

¹⁶ Дженкинсон Антони (ум. 1610 или 1611 г.) — английский купец и дипломат. В 1558–1559 гг. совершил поездку с торговым караваном из Астрахани по волжско-камскому пути через Мангышлак и Устюрт в Хиву и Бухару (см.: *Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 461; Есмагамбетов К. Л. Действительность и фальсификация. С. 31–32*).

тенденциозными или ошибочными; в них отражено непосредственное наблюдение. о городских центрах Казахстана Рузбехан в XVI в. говорит то же, что Василий Кобяков сообщает для начала XVIII в. Описывая Сыгнак, Рузбехан называет его «торговым пунктом для казахского народа» и подчеркивает, что казахи «не в состоянии посягать» на этот город, который является пунктом международной торговли: «Здесь всегда в достаточном количестве имеются товары всех стран». Как пункт транзитной международной торговли характеризует Рузбехан и Яссы — Туркестан [23]. Следовательно, те немногие города, с существованием которых связана экономическая и политическая история Казахстана, к овладению которыми всегда стремились казахские ханы и которыми им на продолжительное иногда время удавалось овладеть, не были порождением развивающейся экономики казахского общества, центрами отделившегося от скотоводства казахского ремесла. Их нельзя, следовательно, рассматривать как фактор, определяющий и характеризующий экономику казахского общества, которое в основном действительно было «обществом, не имеющим городов».

Нет также оснований придавать серьезное значение для развития экономики Казахстана XVI–XVIII вв. наличным в это время слабым элементам земледелия. Отдельные разрозненные очаги казахского земледелия в Семиречье и в районе Сыр-Дарьи не могли иметь сколько-нибудь серьезного значения для развития экономики казахского общества в целом. Земледелие не имело здесь прочной почвы. Можно, конечно, как это делают авторы «Истории Казахской ССР», ссылаться на то, что земледельческие очаги были разгромлены монгольским завоеванием, нашествием калмыков-ойротов, военными действиями в XVIII в. и даже искоренялись оренбургскими губернаторами [24]. Но все это лишь подчеркивает его хилость, отсутствие прочных корней и незначительный удельный вес в экономике, отмечаемые современниками. Впечатления Федора Скибина¹⁷ в конце XVIII в. «пахота де их скудна» звучат не очень категорично только потому, что он посетил Тауке в Туркестане, в районе оседлого земледелия. Георги же, заметив о казахах Старшего жуза, что «некоторые из них упражняются несколько в земледелии», о казахах вообще писал: «О землепашестве же... они и не думают» [25]. Столь же категорически высказался и цитируемый Иакинфом¹⁸

¹⁷ Федор Скибин — посол, посетивший Казахское ханство в 1697 г. (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 180).

¹⁸ Отец Иакинф — в миру Никита Яковлевич Бичурин (29.VIII.1777–1853). Окончил Казанскую духовную семинарию. В 1808–1821 гг. по назначению Синода служил начальником и архимандритом Сретенского монастыря в Пекине. Знал китайский язык. После возвращения в Россию с 1826 г. отец Иакинф вплотную

китайский историк: «Землепашеством не занимаются» [26]. Для XVIII в. число таких свидетельств можно было бы легко умножить.

Что же касается земледелия в абсолютно преобладающих в Казахстане районах кочевого скотоводства, т. е. земледелия, имеющего подсобный и крайне экстенсивный характер, то о его значении для экономики кочевого скотоводства легче всего судить по тому факту, что оседлое земледелие до середины XIX в. было уделом части разорившихся бедняков «жатаков» (буквально «лежащих»), не имеющих возможности кочевать в связи с малочисленностью наличного у них скота. По своему экономическому положению от «жатаков» не отличались и хлебопашцы — «егинши» [27]. В литературе мы постоянно встречаем указание, что только отсутствие скота, безвыходная бедность понуждали казаха превратиться из пастуха в пахаря. Поэтому к земледельцу относятся с презрением, и он пользуется любой возможностью, если такая представится, чтобы вернуться к кочеванию [28]. Такое положение земледелия свидетельствует о том, что земледелие не стало еще серьезным и прогрессивным фактором в экономике Казахстана, что внутри казахского общества не осуществлялось в значительных масштабах отделение земледелия от кочевого скотоводства, т. е. что экономика кочевого скотоводства не испытывала серьезных потрясений под влиянием более прогрессивных форм хозяйства.

Таким образом, наличие в экономике Казахстана слабых элементов земледелия, существование пограничного обмена, не затрагивавшего в масштабе всей страны примитивный натуральный характер кочевого скотоводства, временное овладение казахскими ханами городами, пунктами пограничной или международной транзитной торговли — все это с точки зрения *основных* закономерностей развития казахского общества моменты второстепенного значения. Решающее значение имеет натуральное хозяйство скотоводов-кочевников.

Ведущая роль экономики замкнутого, натурального кочевого скотоводства определяет пути развития казахского общества *еще на пути к феодализму*. Дело вовсе не в том, что отсутствие базы для отделения ремесла от сельского хозяйства не создает условий для *разложения*

занимается переводами китайских источников, завершением научных трудов и публикацией законченных. Работал в Азиатском департаменте МИД. Писал о Китае, Монголии, Тибете, ойратах. Однако главной темой его научных изысканий оставались Средняя Азия и ее народы. Трехтомный труд отца Иакинфа «Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии в древние времена» издан в 1851 г. в СПб (см.: *Бернштам А. Н.* Н. Я. Бичурин (Иакинф) и его труд «Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии в древние времена» // Бичурин Н. Я. (Иакинф). Средняя Азия и Восточный Туркестан. Алматы: Санат, 1997. С. 6, 8, 9).

феодализма и перехода к капитализму [29]. Энгельс считает отделение ремесла от земледелия, второе крупное разделение труда, необходимой предпосылкой даже для перехода к высшей ступени варварства [30]. Ведущая в экономике роль кочевого скотоводства создает особые условия перехода к феодализму и в связи с этим и ту разновидность феодализма, которая именуется патриархально-феодалным строем.

Уже первое крупное разделение труда — выделение пастушеских племен — осуществлялось в Средней Азии в условиях, резко отличных от европейских. Степные пространства Казахстана по своим природным условиям давали возможность заниматься скотоводством без зимних запасов кормов, т. е. без луговодства и зернового хозяйства. Скот, перегоняемый с летних пастбищ на осенние, а затем на зимние, оставался весь год главным образом на подножном корму. Энгельс отмечает, что у пастушеских племен развитие вытекало из потребностей скотоводства, требующего обеспечения скота кормами на зимнее время: «Если сначала зерно добывалось для скота, то скоро оно стало пищей и для человека» [31]. Но в степях Казахстана скотоводство не создавало почвы для перехода к земледелию и к оседлости. Необходимость сезонной смены пастбищ заставляет скотовода ежегодно проходить до тысячи километров и более, делает кочевание постоянным условием хозяйствования.

В необозримых степях Казахстана пастбищные пространства не перемежаются с оседлыми районами, которые по отношению к пастбищным пространствам эксцентричны. Поэтому выделение пастушеских племен, обосновавшихся в этих степях, приняло характер территориального обособления и изолировало скотоводов в массе от прочих варваров, не скотоводов. В то время как пастушеские племена Европы, локализуясь в значительно более узких территориальных рамках, тесно соприкасались с окружающими их со всех сторон оседлыми земледельцами, находились в постоянном и прочном взаимодействии с ними, да и сами, чтобы обеспечить свое скотоводство, должны были в европейских условиях переходить к земледелию, скотоводы Казахстана, кочуя на тысячеверстных пространствах, углубляясь в степь в поисках лучших пастбищ, отрывались в основной своей массе от границ оседлых народов. Тем самым укреплялась изолированность кочевников; в сколько-нибудь регулярный обмен могло быть втянуто лишь пограничное с оседлыми народами кочевое население. Основная масса населения и экономика кочевников Казахстана в целом не испытывали на себе прогрессивного воздействия более высоких форм хозяйства и развитого обмена, ускоряющих развитие частной собственности и классового расслоения.

Территориальному обособлению кочевников Казахстана, их отрыву от экономической и политической жизни оседлых районов, их изоляции в степных пространствах способствовала также практическая беспредельность в то время пастбищных пространств Казахстана. Маркс отмечает: «У кочевых пастушеских племен — а все пастушеские племена первоначально кочевые — земля наравне с прочими природными условиями представляется в своей первичной неограниченности, например, в степях Азии и на азиатском плоскогорье...» [32]. Вследствие этого кочевники Казахстана очень долго вовсе не испытывали того «давления избытка населения на производительные силы», которое «заставило варваров с плоскогорья Азии вторгаться в древние культурные государства» [33]. Отчасти поэтому изолированность кочевых племен Казахстана не была преодолена и на путях агрессии, направленной против оседлых народов Средней Азии в те времена, когда варварство кочевников давало им серьезные военные преимущества перед оседлыми народами. В результате кочевники казахских степей образовали на базе кочевого скотоводства относительно замкнутый общественно-политический организм, оторванный от соседних обществ, связи с которыми всегда оставались слишком слабыми для того, чтобы преодолеть застойный характер экономики кочевого скотоводства.

Территориальное и экономическое обособление кочевых скотоводов от оседлых земледельцев, которое было результатом особых условий осуществления в Казахстане первого крупного разделения труда — выделения пастушеских племен, явилось препятствием общественного развития в Казахстане *еще на самой ранней ступени классового общества*, так как оно не создавало почвы для второго крупного разделения труда — отделения ремесла от сельского хозяйства. *Здесь в конечном счете следует искать причины сохранения родоплеменных форм общественной жизни*, ибо разложение этих форм тесно связано, как показал Энгельс, исследуя пути развития афинского государства, с разделением труда между крестьянами и ремесленниками [34]. (М. и Э. Соч. т. XVI Ч. 1. стр. 89). При крайней слабости экономических связей с другими народами и отсутствии разделения сельскохозяйственного и ремесленного труда внутри общества кочевников не могло быть речи о развитии обмена, о превращении продуктов в товары и о быстром вытеснении коллективных форм собственности индивидуальной частной собственностью. Между тем превращение продуктов в товары Энгельс считал «зародышем всего последующего переворота», дающего «возможность воспользоваться продуктом против производителя для его эксплуатации и угнетения» [35]. Роль обмена в формировании классового общества

подчеркивал и Ленин¹⁹, указывая, что частная собственность «возникает только с появлением обмена» [36].

Характерное для феодализма как общественно-экономической формации господство натурального хозяйства отнюдь не означает, что известная степень развития обмена, денежного хозяйства, торговли и отделения ремесла не является необходимой предпосылкой возникновения и развития самой феодальной формации (как и рабовладельческой). Приведенные указания Энгельса и Ленина на роль обмена и на превращение продуктов в товары как на факторы, обусловившие самый переход к эксплуататорскому обществу (хотя, конечно, фактор производный, а не основной), чрезвычайно важны для уяснения особенностей становления феодализма в Казахстане (т. е. становления классового общества, поскольку Казахстан в своем развитии миновал рабовладельческую формацию). Специфические условия становления феодализма раскрывают специфику патриархально-феодального строя.

У большинства оседлых народов переход к классовому обществу происходит в тесной связи с развитием ремесла, отделяющегося от сельского хозяйства, и вытекающим отсюда развитием обмена. Энгельс считал характерным уже для высшей степени варварства *дальнейшее* разделение труда между земледелием и ремеслом и «производство все возрастающей части продуктов непосредственно для обмена, превращение обмена между отдельными производителями в жизненную необходимость для общества» [37]. Обмен, конечно, не порождает частную собственность, но он является важнейшим и необходимым условием ее кристаллизации. Концентрация богатств в руках немногочисленного

¹⁹ Владимир Ильич Ульянов-Ленин (22.IV.1870–21.I.1924). Окончил юридический факультет СПб ун-та. Один из теоретиков и организаторов революционного движения в России, один из лидеров Российской революции 1917 г., основатель Коммунистической партии Советского Союза, о его деятельности, политических и правовых взглядах см., напр.: Роль В. И. Ленина в становлении и развитии советского законодательства. М.: Юрид. лит-ра, 1969; *Шалагинов В.* Защита поручена Ульянову. Новосибирск: Зап.-Сибир. кн. изд-во, 1970; Марксистско-ленинское учение о государстве и праве. История развития и современность. М.: Наука, 1977; *Плотниченко А. А.* Становление и развитие марксистско-ленинской общей теории права в СССР. 1917–1936 гг. Рига: «Зинатне», 1978; Владимир Ильич Ленин. Биографическая хроника. 1870–1924. Справочный том. М.: Изд-во политич. лит-ры, 1985. VIII; *Фишер Л.* Жизнь Ленина: В 2 т. М.: «Книжная лавка — РТР», 1997. Т. 1–2; *Азаркин Н. М.* В. И. Ленин // *Азаркин Н. М.* История юридической мысли России. М.: Юрид. лит-ра, 1999. С. 447–454; *Мамут Л. С.* Политико-правовая идеология большевизма // История политических и правовых учений / Под общ. ред. В. С. Нерсисянца. М.: Норма, 2003. С. 821–829; *Лазарев В. В.* Ленинский период развития марксистской политической мысли. Политическое учение В. И. Ленина // История государственно-правовых учений / Отв. ред. В. В. Лазарев. М.: Спарк, 2006. С. 519–534; др.

класса собственников, обнищание масс и появление класса неимущих происходят, как указал Энгельс «вместе с расширением торговли, вместе с деньгами и денежным ростовщичеством, земельной собственностью и ипотекой» [38]. Как на один из важнейших факторов разложения родового строя у греков Энгельс указывал на денежное хозяйство, действующее на родовой строй «точно разъедающая кислота». Древний родовой строй «оказался бессильным против победного шествия денег» [39]. Разделение труда между различными отраслями производства создает новые общественные группы с их новыми потребностями, которые не могут быть обслужены органами родового строя. В этом видит Энгельс одну из причин учреждения «новых должностей», из которых развивается аппарат государства [40]. В результате весьма интенсивного развития всех этих факторов — отделения ремесла, разделения труда внутри ремесла, развития на этой почве обмена и денежного хозяйства, концентрации собственности — у афинян непосредственно из родового общества возникает очень развитая форма государства — рабовладельческая демократическая республика. Но Энгельс считает возникновение государства у афинян «в высшей степени типичным примером образования государства» [41].

Следовательно, типичным для процесса становления классового общества и государства является его обусловленность развитием ремесла, торговли, денежного хозяйства и городских центров. Поскольку в Казахстане все эти факторы классовой дифференциации и создания государственности как основанные на отделении ремесла от сельского хозяйства могли играть лишь совершенно незначительную роль, постольку возникновение классового общества и государства пошло здесь несколько иными путями и создало формы государственности, чрезвычайно далекие от развитых.

Особенности пути становления классового общества в Казахстане связаны со своеобразным взаимоотношением «старой племенной знати» и «новой имущественной аристократии». Там, где при становлении классового общества упомянутые выше факторы способствовали бурному развитию противоречий, разлагающих доклассовое общество, там, где концентрация собственности связана была с развитием торговли, денежного хозяйства, ростовщичеством и земельной собственностью, там, как правило, возникающий господствующий класс складывался из «новой имущественной аристократии», которая «оттесняла на задний план старую племенную знать» [42]. Так возникал, как отмечает Энгельс, господствующий класс в Афинах, в Риме и у германцев²⁰.

²⁰ Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства (в связи с исследованиями Льюиса Г. Моргана). М.: Политиздат, 1982. — Афины —

Новые методы концентрации богатства, особенно связанные с торговлей и ростовщицеством, влекли за собой господство новых собственников: ростовщиков, торговцев, землевладельцев, выдвигающихся из различных слоев населения, не совпадающих с консервативной родоплеменной знатью. Последняя, используя для накопления богатств старые формы господства, слишком медленно перерастала в класс собственников. Это делает ее враждебной, «новой имущественной аристократии», захватывающей господствующие позиции. Поэтому «новая имущественная аристократия» для утверждения своего господства должна не только преодолеть сопротивление разоряемых и обнищавших масс, но она должна попутно разгромить старую племенную знать как костяк и организующую силу старой родоплеменной организации, существование которой тормозит экспроприацию масс и концентрацию собственности в руках новой аристократии собственности. Задача оттеснения или разгрома старой родоплеменной знати осуществляется новой имущественной аристократией в союзе с военными вождями, опираясь на дружины, «частные объединения для ведения войны» (Энгельс), которые при этом как сила, оторванная, отделенная от родоплеменной организации, делаются стержнем создаваемой одновременно государственной машины. Дружины ломают родоплеменную организацию и заменяют ее государственной, развиваясь в аппарат военный, полицейский, административный. На этом пути развития классового общества государственная машина строится преимущественно не на использовании родоплеменной организации, а на ее обломках.

Несколько иначе обстоит дело в тех обществах, где, как у кочевников в Казахстане в эпоху возникновения классов не было почвы для второго крупного разделения труда, для отделения ремесла от сельского хозяйства, развития обмена, денежного хозяйства, для возникновения торговых и ремесленных центров и индивидуальной частной собственности на землю. В этом случае господствующий эксплуататорский класс собственников выделяется из рядов родоплеменной знати, которая в отличие от того, что имело место в Афинах, не имеет более сильного конкурента в виде «новой имущественной аристократии» ростовщиков, торговцев, земельных собственников. Здесь имеет место другой, также отмеченный Энгельсом случай, когда имущественная аристократия

греческий полис, образец рабовладельческой демократии; имеется в виду Римская рабовладельческая республика; германские племена — англ, саксы, тевтоны, вандалы, аллеманы (см.: Черниловский З. М. Всеобщая история государства и права. М.: Юрист, 1996; Разумович Н. Н. Политическая и правовая культура. Идеи и институты Древней Греции. М.: Наука, 1989; Графский В. Г. Всеобщая история права и государства. М.: Норма, 2000).

совпадает с самого начала с родоплеменной знатью [43]. Родоплеменная знать не вытесняется, не устраняется, а постепенно превращается в класс собственников. Отсюда и совершенно иная в этом случае судьба родоплеменной организации. При становлении классового общества на основе сочетаний скотоводства и земледелия и отделения ремесла от сельского хозяйства родоплеменная организация ломается, устраняется «новой имущественной аристократией». Ее заменяет государственная машина, создаваемая, в противовес родоплеменной организации и родовой знати, из элементов, отделенных от общества и противопоставляемых ему, возвышающихся над ним. В обществе же скотоводов-кочевников при переходе классового господства к родоплеменной знати, не знающих конкурентов, родоплеменная организация сохраняется как рычаг классового господства. Она имеет свою форму, лишь постепенно наполняясь новым классовым содержанием, по мере того, как органы родового строя «из орудий народной воли превращаются в самостоятельные органы господства и угнетения, направленные против собственного народа [44]. И поскольку весь процесс создания классового феодального общества идет чрезвычайно медленно, носит по отмеченным уже причинам застойный характер, родоплеменная организация, трансформированная в своеобразную организацию классового господства, приобретает вековую устойчивость, сохраняется в классовом феодальном обществе и создает тот специфический строй, который именуется патриархально-феодальным. Строй этот сохраняется до тех пор, пока не исчезают условия, его породившие, т. е. пока остается относительная изолированность общества, в котором кочевое скотоводство является ведущим, пока ремесло не отделяется от сельского хозяйства, пока остается незначительной роль обмена в структуре хозяйства²¹.

На протяжении многовекового своего существования патриархально-феодальный строй в Казахстане, консервируясь на описанной основе, испытывал, конечно, и постоянное воздействие разлагающих этот строй сил. В первую очередь его непрерывно подтачивали классовые противоречия, развивающиеся неуклонно, хотя и чрезвычайно медленно. Патриархально-родовая оболочка казахского феодального общества не может, разумеется, вовсе затормозить обострение классовых противоречий и борьбы классов. Усиливающаяся эксплуатация масс, их экспроприация крупными скотоводами-собственниками и концентрация собственности в руках последних подрывают коллективность хозяйства сородичей и делают, в конце концов, невозможным использование родовой организации для нужд эксплуататорского общества. Основное

²¹ Слово «хозяйства» — рукописное добавление в конце предложения.

условие, порождающее патриархально-феодальный строй, — замкнутость кочевого скотоводческого хозяйства — не мыслится²², конечно, абсолютным. На всех этапах истории Казахстана обмен с населением оседлых районов и городских центров делал замкнутость кочевого скотоводства относительной и, следовательно, экономическая база патриархально-феодального строя медленно размывалась. Можно было бы отметить и другие, в частности внешнеполитические факторы, подрывающие этот строй. Характеристика казахского общества как застойного ничего общего не имеет, следовательно, с утверждением о полном отсутствии в нем движущих сил прогрессивного развития. Но в истории Казахстана до середины XIX в. силы прогрессивного развития имели настолько узкую базу, что они не могли преодолеть определяющее значение экономики замкнутого кочевого скотоводства. Поэтому застойность общественного развития была решающим фактором, а экономика замкнутого кочевого скотоводства основой особенностей общественного строя казахов. Речь идет, следовательно, не об историческом «топтании на месте» казахского общества, а о крайне замедленном темпе его развития, который создавал и усиливал отсталость общества в отношении оседлых соседей. Это создавало исторический тупик, выход из которого лежал только в плоскости «наименьшего зла». Застойность общественного развития была преодолена лишь тогда, когда Казахстан стал легкой добычей царской России, ее внутренней колонией, когда изоляция была преодолена на тяжком пути потери остатков самостоятельности, но вместе с тем открылся путь для развития более высоких форм хозяйства на почве прочных связей с обществом гораздо более высокой экономической структуры.

3. Значение права распоряжения кочеванием и земельной собственностью в экономике Казахстана²³

Переходим теперь ко второму из поставленных выше вопросов, к вопросу о земельной собственности в Казахстане и о значении права распоряжения кочевьями для развития здесь феодализма и феодального государства. Это один из важнейших вопросов, разрешение которых является условием конкретизации особенностей феодализма у кочевников-казахов. В плане истории государства и права вопрос этот, собственно, может быть сформулирован так: была ли в казахском обществе политическая власть атрибутом земельной собственности либо узурпации

²² Частица «не» в «не мыслится» вставлена в тексте сверху рукой автора.

²³ В диссертации начинается на с. 142.

пастбищ в какой-либо иной форме? Вряд ли можно сомневаться в том, что только правильное решение этого вопроса обеспечит верный подход ко всем проблемам истории государства и права казахов. Между тем данное в литературе решение едва ли можно считать удовлетворительным.

В последней работе, посвященной специально проблеме патриархально-феодальных отношений у кочевников, автор ее Л. П. Потапов²⁴, подводя итоги разработке проблемы советскими историками и этнографами, указывает, что «советские ученые решили в положительном смысле и коренной вопрос о роли и значении земельных отношений у кочевников и установили у них феодальную форму собственности на пастбища и кочевья». Он полагает в согласии с большинством своих предшественников, что феодальная по существу и общинная по форме феодальная собственность на пастбища «у кочевников выступала в форме распоряжения кочевьями (определение места и порядка пользования пастбищ)²⁵ со стороны феодалов» [45]. Мы не собираемся здесь решать проблему так называемого «кочевого феодализма» вообще. Полагаем даже, что такая слишком общая постановка вопроса, имеющая в виду единое решение для характеристики феодализма во всяком обществе кочевников и в любую эпоху, способствует и неправильному освещению сущности патриархально-феодальных отношений у отдельных кочевых народов и на различных этапах их развития. Например, Л. Н. Потапов в обоснование указанного выше вывода ссылается на то, что у алтайцев баи и зайсаны огораживали лучшие пастбища для себя и сдавали их в аренду, что у киргизов манапы брали за выпас скота натуральные и денежные поборы и давали пастбища в приданое дочерям. «У казахов, — добавляет автор, — развитие феодальных отношений также связывалось с узурпацией общинных кочевий». Однако «узурпация» общинных кочевий есть понятие гораздо менее определенное, нежели огораживание пастбищ, сдача их в аренду либо взимание платы за выпас на них скота. Если под узурпацией пастбищ понимать, как понимает Л. П. Потапов, распоряжение кочевьями в виде определения султаном или старшинами места и порядка пользования пастбищами, в чем оно и заключалось у казахов до конца XVIII в., то это, как будет показано ниже, далеко не всегда означает отношение к пастбищам, эквивалентное феодальной собственности по классовому значению. Следовательно, проблему поземельных отношений у казахов нельзя решать,

²⁴ Потапов Л. П. — исследователь истории алтайских народов (см.: Потапов Л. П. Этнический состав и происхождение алтайцев. Л., 1969).

²⁵ Так в оригинале.

исходя из сущности «узурпации пастбищ» у кочевников «вообще» т. е. исходя из того, что имело место у алтайцев, киргизов и других кочевников. Нужно выяснить, что представляла собою узурпация пастбищ в казахском обществе в изучаемую эпоху. К этому и сводится, главным образом, задача настоящего очерка. Приходится, однако, отчасти коснуться и проблемы так называемого «кочевого феодализма» в целом.

Возможны ли вообще феодальные отношения, если господствующий класс не монополизировал распоряжение землей? Некоторые авторы довольно решительно это отрицают. Ссылаются при этом на указание, данное Марксом в «Капитале»²⁶. Маркс писал, что капиталистический способ производства предполагает «экспроприацию массы народа от земли. В *этом смысле* монополия земельной собственности является исторической предпосылкой и остается постоянной основой капиталистического способа производства, *как и всех прежних способов производства*, покоящихся на эксплуатации масс в той или иной форме» [46] (курсив мой. — С. Ф.). Отсюда легко, конечно, сделать формально безупречный вывод, что монополию земельной собственности Маркс считал постоянной основой феодализма, что без такой монополии феодализм невозможен и в обществе кочевников-скотоводов. Но вряд ли такой вывод можно считать правильным. «Чтобы овладеть марксистско-ленинской теорией, нужно, прежде всего, научиться различать между ее буквой и сущностью» [47]. Сущность приведенного высказывания Маркса заключается в том, что *основные* средства производства каждого эксплуататорского общества должны быть монополиями господствующего класса, а непосредственные производители должны быть их лишены для того, чтобы их эксплуатация была возможна. Но это, разумеется, может иметь значение лишь в отношении тех средств производства, которые могут быть монополизированы, так как имеются в ограниченном количестве по сравнению с потребностью в них. Земля не всегда является таким средством производства. Что же касается кочевников-скотоводов, то Маркс в цитированном уже выше замечании прямо указывал, что «у кочевых пастушеских племен — а все пастушеские племена первоначально кочевые — земля, наравне с прочими природными условиями, представляется в своей первичной неограниченности, например в степях Азии и на азиатском плоскогорье» [48].

²⁶ См. справочные издания к сочинениям К. Маркса и Ф. Энгельса, изданные в 1970–1980-х гг.: Предметный указатель ко второму изданию Сочинений К. Маркса и Ф. Энгельса (1–39 тома). Часть первая. А–М. М.: Изд-во политич. лит-ры, 1978. Часть вторая. Н–Я. М.: Изд-во политич. лит-ры, 1978; Алфавитный указатель произведений, вошедших во второе издание сочинений К. Маркса и Ф. Энгельса (1–50 т.). М.: Политиздат; Предметный указатель ко второму изданию Сочинений К. Маркса и Ф. Энгельса (40–50 тома). М.: Политиздат, 1986. VI; и др.

Одна из попыток обосновать утверждение, что земельная собственность или, по крайней мере, «фактическая узурпация общинных земель» является необходимым элементом базы феодализма, принадлежат М. П. Вяткину. Ссылаясь на указание И. В. Сталина («О диалектическом и историческом материализме»), что «при феодальном строе основой производственных отношений является собственность феодала на средства производства...» и сопоставляя это указание с данным в этой же работе перечнем средств производства: «земля, леса, воды, недра, сырые материалы, орудия производства, производственные здания, средства сообщения и связи и т. д.», М. П. Вяткин приходит к выводу, что «под средствами производства разумеется и земля», также и в том случае, когда речь идет об основах феодализма у кочевников. Свой вывод он подкрепляет еще ссылкой на работу Маркса «Нормы, предшествующие капиталистическому производству». М. П. Вяткин пишет: «Маркс, отмечая господство у кочевых народов родовой собственности на землю, в то же время указывал, что у этих народов собственность на естественный продукт земли — на скот — есть в то же время и собственность на землю, по которым стада передвигаются» [49].

Приведенные рассуждения, снабженные столь авторитетными ссылками, все же нельзя признать убедительными, так как они основаны на совершенно неприемлемом догматическом методе истолкования высказываний классиков марксизма-ленинизма в ущерб существу марксистско-ленинской теории. В самом деле, пользуясь подобными ошибочными приемами сопоставления и истолкования, нетрудно было бы прийти даже к выводу, что в основе производственных отношений «кочевого феодализма» должна лежать собственность феодала на производственные здания и средства связи, ибо они, как и земля, перечислены в характеристике средств производства. Что же касается ссылки на «формы, предшествующие капиталистическому производству», то и она является результатом серьезного недоразумения. Когда Маркс говорит здесь, что у пастушеских народов «собственность на естественные продукты земли — на овец, например, — это одновременно и собственность на луга, по которым они передвигаются», то он, как это видно из всего контекста, имеет в виду первоначальное отношение «собственности», означающее «не что иное, как отношение человека к его естественным условиям производства, как к *предпосылкам, данным вместе с его собственным бытием*: отношение к ним, как *естественным предпосылкам* его самого, образующим, так сказать, лишь его удлинненное тело» [50]. Здесь и речи нет о собственности как о классовом отношении.

Таким образом, из сущности марксистско-ленинского учения о феодальном типе производственных отношений нельзя сделать вывод, что

в основе «кочевого феодализма» непременно должна лежать земельная собственность либо закрепленное за господствующим классом в какой-либо иной форме монопольное распоряжение землей. Это следует подчеркнуть потому, что противоположная неправильная теоретическая предпосылка толкает исследователей на путь ненужных искусственных конструкций, имеющих целью во что бы ни стало отыскать и в «кочевом феодализме» земельную собственность либо, при явном отсутствии таковой, рассматривать право распоряжения кочеванием как общественное отношение, играющее будто бы ту же классовую роль, что и частная собственность на землю. Переоценив таким образом действительное значение различных форм распоряжения кочеванием, приходят к утверждению, что развитие земельной собственности в форме распоряжения кочеванием определяет развитие феодальных отношений у кочевников. Так, например, М. П. Вяткин видит в узурпации казахской знатью общинных земель постоянную основу казахского феодализма для всего доколониального периода. Он считает, что такая узурпация в равной степени определяет как господство ханов и султанов, так и господство биев и старшин [51]. Между тем одна из особенностей казахского феодализма, как это будет показано, заключается в том именно, что поземельные отношения, особенно до конца XVIII в., не играли значительной роли в господстве эксплуататоров. Для того чтобы монопольное распоряжение пастбищами, сосредоточенное в руках знати, стало вообще возможным и чтобы оно могло стать экономической базой эксплуатации, необходимы были по крайней мере два условия: переход от общинного кочевания к аульному и возникновение земельной тесноты, исключающей более или менее легкую возможность откочевки на никем не освоенные, никем не контролируемые пастбищные пространства.

Значение первого условия хорошо подчеркнул сам М. П. Вяткин: «Неравномерное владение скотом еще не приводит к монопольному использованию общинных земель богатыми семьями до тех пор, пока сохраняется общинный или “куренной” способ кочевания». Когда именно «куренной» или аймачный способ кочевания сменился кочеванием аулами, — этот вопрос по состоянию источников решить трудно. М. П. Вяткин указывает, что богатые аулы еще в XVI в. кочевали отдельно [52]. Нельзя отрицать, что подобное явление могло иметь место и в XVI в. В. Радлов отметил, что в то время, как условием содержания и разведения небольших стад является общинное землевладение и общинное кочевание, семьи, владеющие большими стадами, не могут кочевать совместно и образуют со своими «клиентами» отдельные аулы, а иногда образуют даже несколько аулов, разделяя свой скот на части [53]. Поскольку концентрация скота в руках отдельных собственников имела место на самых ранних этапах существования казахского государства,

аульное кочевание отдельных богатых скотоводов вполне возможно. Но вряд ли переход к аульному кочеванию был типичным для казахского общества до конца XVIII в. Б. Я. Владимирцов обратил внимание на то, что кочевание богатых скотоводов айлом, т. е. небольшой изолированной группой с большим количеством скота, возможно только при условии общей безопасности и «делается невыносимым при наездах, грабежах и войнах». В. Я. Владимирцов видел в практической невозможности для крупных скотоводов осуществить это экономически необходимое им кочевание отдельном айлом «одно из важных противоречий кочевой жизни вообще» [54]. Условия кочевого скотоводства в Казахстане безусловно характеризуются отсутствием безопасности, и уже в силу этого аульное кочевание богатых семей не могло здесь получить широкое распространение. То, что нам известно о богатых скотоводах, скотоводах — казахских ханах, свидетельствует, что они всегда кочевали совместно с каким-либо «родом». Аблай после выезда из Туркестана много лет кочевал с Атагайским родом²⁷ и не решался покинуть его даже тогда, когда у него возникли трения с казахами этого рода. Характерно, что он отказался в это время от приглашения кочевать с «Караульской волостью», так как «Караульская де волость смежная с Каракисецкою²⁸, то де и в ней быть не полезно и по случаю происходящего от каракисецкого народа воровства и частых ис того междуусобий и драк». К Атагайскому роду Аблая привязывала, следовательно, не политическая дружба. Они поссорились на почве отказа Аблая уплатить полный кун за убитого рабами Аблая казаха этого рода, поссорились так, что «многие киргисцы стали на него Аблай салтана с немалою укоризною негодовать», и он считал даже, что лично ему «в той Атагайской волости быть не без опасности». Если он все-таки продолжал по-прежнему кочевать в этом роде, то, очевидно, потому, что здесь он не опасался угрозы своим стадам от «воровства», «междуусобей и драк». По этим же соображениям, желая кочевать в Джунгарию²⁹, он отказывался от своего намерения, когда Атагайский род отказался

²⁷ Казахский род (см.: Қазақ руларының шежіресі (үш тараудан құралған жинақ). Целиноград: Қаламгер, 1991; Алшын Серік. Ру шежіресі. Ақтөбе, 2001).

²⁸ Каракесек — название казахского рода. Известны два рода каракесек — племени (объединения) Алим (Алимулы) Младшего жуза и племени Аргын Среднего жуза (см.: Муканов М. С. Этническая территория казахов в XVIII — начале XX веков. Алма-Ата: Қазақстан, 1991 (далее — Муканов М. С. Этническая территория казахов в XVIII — начале XX веков); Отеулин А., Әлімбаев М. Қазақ шежіресі. Алматы: Ана тілі, 1992; Маданов Х. Кіші жүздің шежіресі. Алматы, Атамұра-Қазақстан, 1993 (Маданов Х. Кіші жүздің шежіресі); Аргынбаев Х., Мұқанов М., Востров В. Қазақ шежіресі хақында. Алматы: Атамұра, 2000).

²⁹ Джунгарское ханство было образовано в 1635 г. хунтайши сын хана Хара-Хула Батур. В 1757–1758 гг. завоевано империей Цин (см.: История Казахстана. Т. 2. С. 419–423; История Казахстана. Т. 3. С. 121–149).

с ним туда следовать [55]. Здесь поведение Аблая хорошо иллюстрирует применительно к Казахстану правильность положения, выдвинутого Б. Я. Владимирцовым для монголов. По той же причине и другие ханы всегда кочуют с каким-либо родом. Георги заметил: «около ханского собственного стану» «юрт около тысячи» [56]. Здесь ясно, что они не относились к «собственному стану» хана. Следует еще обратить внимание на то, что Георги упоминает об этом окружении хана в связи с замечанием, что «аймаки охотно пребывают в союзе».

Существует еще одно не менее, а быть может, и более важное, обстоятельство, заставляющее сомневаться в том, что практика отдельного аульного кочевания была очень распространенной до конца XVIII — начала XIX в. Типичными для общества казахов-кочевников отношениями феодальной эксплуатации являются отношения, маскируемые «родственной помощью» (саун, журтшылык и т. п.). «Родственная помощь» хозяйству богачей со стороны «скудных скотом», которые, по словам Георги, «приглядывают за скотиною своих благодетелей», имела решающее значение для обеспечения хозяйства крупного скотовода рабочей силой. Богатый скотовод должен был, следовательно, стремиться кочевать вместе со своими сородичами, ибо в противном случае возможность эксплуатации их резко суживалась.

При таком положении вещей нет оснований думать, что преобладание аульного кочевания над общинным установилось ранее XVIII в. [57], когда для богатого скотовода одновременно возникли, с одной стороны, решающие стимулы для перехода к аульному кочеванию, с другой стороны, — возможность узурпировать пастбищные пространства и использовать монопольное распоряжение ими для усиления феодальной эксплуатации. Такие стимулы и возможности определились во второй половине XVIII в. в результате возникновения относительной земельной тесноты. Нельзя, конечно, утверждать, что в XVII–XVIII вв. нахождение мест, годных для кочевания, не представляло еще никаких затруднений, что пастбищные пространства в это время представлялись казахскому обществу, говоря словами Маркса, «в своей первичной неограниченности». Но вместе с тем нельзя и сомневаться в том, что именно во второй половине XVIII в. возможности свободного кочевания, с точки зрения наличия свободных пастбищ, резко сократились вследствие неблагоприятно сложившейся внешнеполитической ситуации, которая, конечно, была лишь следствием внутренней слабости казахского государства.

Отступая сперва под нажимом Джунгарии, а позже царской России, казахи еще с конца XVII в. постепенно начали терять огромные пастбищные пространства. Тем самым возможности свободного кочевания постепенно суживались. Однако говорить о земельной, пастбищной тесноте как о серьезном факторе экономики Казахстана, и особенно

Младшего жуза³⁰, можно только со второй половины XVIII в., со времени создания царизмом укрепленной пограничной линии, которая отрезала у казахов жизненно необходимые им кочевья между Уралом и Волгой, в то время когда с другой стороны огромные пастбища Джунгарии находились уже в распоряжении Китая и поэтому также не могли быть местом свободного кочевания [58]. Резкое ограничение территории кочеваний, вызванное внешнеполитическими причинами, послужило толчком к усилению феодальных захватов, узурпации пастбищ феодалами. Это создало уже для массы казахов-кочевников земельную тесноту в полном смысле этого слова. В результате проблема пастбищной тесноты стала острейшей проблемой всей хозяйственной и политической жизни. Следовательно, именно в это время должен был произойти и определенный перелом в отношении к земле как к средству производства. Ограниченность пастбищ облегчала знати возможность контролировать их и побуждала ее к узурпации наличных кочевий для того, чтобы прочно закрепить лучшие пастбища за своими стадами. При недостатке пастбищ преимущества общинного кочевания уже не могли, как раньше, соблазнить богатого скотовода. Отсюда переход в это время к кочеванию аулами. Переход облегчается тем, что земельная теснота и упадок скотоводства раньше всего разоряют рядовых кочевников; растет, следовательно, количество тех лишенных скота бедняков, которые могут в качестве рабочей силы эксплуатироваться в хозяйстве самостоятельно кочующего богатого скотовода. Показателен в этом смысле рост количества тюленгутов [59]. Пастбищная теснота, узурпация пастбищ феодалами создали предпосылки для превращения контроля над пастбищами в орудие экономического принуждения, в средство закабаления и эксплуатации. Право распоряжения пастбищами постепенно перерастает в земельную собственность. С этого времени,

³⁰ Жузами называют крупные этнотерриториальные объединения (или союзы) племен, принадлежавших к казахской народности и населявших часть общекзахской территории. Младший жуз начинался на юге от бассейна Сырдарьи — плато Устюрт — восточного побережья Каспия, простирался на север, захватывая бассейны рек Урала, Иргиза, Эмбы, Тобола, многочисленных речушек и степных озер. В Младший жуз входили три крупных племени: байулы, алимулы и жетьру. Среда обитания одной части жуза резко отличается от другой: богатые травами пастбища по Уралу, Тоболу и почти безводное плато Устюрт, полноводная Сырдарья и пески Каракумов и Кызылкумов... И климат в этой части Казахстана наиболее резко континентальный, с большими перепадами температур в дневное и ночное время (см.: *Муханов М. С. Этническая территория казахов в XVIII — начале XX веков. С. 5, 6; Масанов Н. Э. Социально-экономические отношения в казахском кочевом обществе // Культура и история Центральной Азии и Казахстана: проблемы и перспективы исследования (Материалы к Летнему Университету по истории и культуре Центральной Азии и Казахстана (4–23 августа 1997 г., г. Алматы)) / Отв. ред. Ж. Б. Абылхожин. Алматы: Ин-т философии МН-АН РК, 1997 (далее — Культура и история Центральной Азии и Казахстана: проблемы и перспективы исследования). С. 38–39).*

и только с этого времени, право распоряжения пастбищами можно рассматривать как базу феодализма в Казахстане.

Узурпированное знатью право распоряжаться кочеванием может иметь, следовательно, совершенно различное содержание в зависимости от тех конкретных исторически сложившихся экономических условий, в которых оно осуществляется. Разработавший проблему «кочевого феодализма» Б. Я. Владимирцов, характеризуя монгольского нойона, руководившего кочеванием зависящих от него людей, как земельного собственника по существу, отнес эту характеристику к совершенно определенному периоду истории монголов, к периоду империи. Здесь можно, правда, возразить, что действительным «господином», «распорядителем пастбищных территорий» монгольский нойон стал лишь в результате мероприятий, проведенных империей и что распоряжение пастбищами не было той экономической основой, на которой, как полагает Б. Владимирцов, возникла империя. Когда Чингис запретил передаваемым в удел Хорчи³¹ «лесным народам» свободу передвижения, эта свобода еще была распространенным явлением. Недаром Чингис по словам «Сокровенного сказанья» счел нужным специально подчеркнуть, что «по поводу самовольных переходов — нечего задумываться». Решающее мероприятие в области закрепления за нойонами права распоряжения кочевьями было намечено уже только после смерти Чингиса при Угедее³², который признал необходимым «произвести по всему государству раздел земельно-кочевых и водных угодий» [60]. Только на почве такого раздела всей пастбищной территории между нойонами их право распоряжаться кочевьями в пределах отведенных им владений стало эффективно действующим орудием подчинения и эксплуатации подвластных им людей. Только теперь «всякий начальник знает ... границы своих пастбищ» (Рубрук), только теперь, когда империя стала распадаться, можно говорить о феодальном государстве, в то время как империя Чингис-хана была дофеодальной, варварской империей. Именно таким образом можно не соглашаться с конкретными соображениями Б. Я. Владимирцова о значении руководства кочеванием в ту или другую эпоху, но нужно еще раз подчеркнуть, что он и считал руководство кочеванием неким суррогатом земельной собственности

³¹ По преданию, содержащемуся в «Сокровенном сказании», Хорчи видел великий сон о приходе к власти Темучжина (см.: *Кычанов Е.* Жизнь Темучжина, думавшего покорить мир. С. 37).

³² Угедей — второй сын Чингиз-хана. В политическом завещании отца был назначен преемником. Был правителем Монгольского государства в 1229–1241 гг. Исторические источники прославляют нравственные качества первого преемника Чингиз-хана и с восторгом говорят о его великодушии, кротости, справедливости и щедрости (см.: *Султанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 38–42).

для *всякого* кочевого общества, при *любой* исторической обстановке. Это вновь подтверждает, что при изучении основ феодализма в Казахстане необходимо выяснить, какое значение имело руководство кочеванием со стороны знати в разные периоды истории Казахстана, нужно раскрыть конкретное содержание руководства кочеванием в разные эпохи.

В обстановке, создавшейся во второй половине XVIII в., казахи Младшего жуза в массе своей практически не могли уже найти свободных и годных кочевий, чтобы уйти от пограничной линии, где, опираясь на поддержку царской администрации, грабили и притесняли их хан Нуралы и его братья Султаны³³. Только потому Нуралы мог ставить вопрос так, как сообщает об этом Гуляев³⁴: «когда вам сие ваше благополучие и во всем довольственные кочевья нужны», то выполняйте мои требования, в противном случае «сыщите де себе прибежище и такое благополучное кочевье» [61]. Отыскать «благополучное кочевье» теперь было уже трудно. Но то, что Нуралы, издеваясь над своими подданными, ставит перед ними так вопрос, и то, что старшины еще угрожают откочевать, бесспорно свидетельствует о том, что в недалеком прошлом откочевка была еще совершенно реальным выходом из подобного положения. Пользуясь новой ситуацией, Нуралы мог теперь, несмотря на безусловную слабость аппарата государственного принуждения, которым он располагал, всячески притеснять население, брать с него взятки за дозволенный царским правительством переход на правый берег Урала, облагать их поборами за право кочевания вообще [62]. Но нужно подчеркнуть, что здесь перед нами результат серьезных изменений в поземельных отношениях во второй половине XVIII в. и что нельзя, следовательно, видеть в «узурпации общинной земли», в «распоряжении районами кочевков», в «праве распоряжения кочевьем» [63] постоянную основу «кочевого феодализма» вообще, *постоянную* основу казахского феодализма в частности.

Следует, очевидно, различать право распоряжения *районами кочевков* или право распоряжения *кочевьями* от права распоряжения *кочеванием*. Первое есть важнейший элемент земельной собственности. Действительно, в «узурпации общинной земли», в «распоряжении районами кочевков» или «праве распоряжения кочевьями» (в отличие от распоряжения *кочеванием*) нельзя видеть что-либо иное, нежели «монополию известных лиц в распоряжении определенными частями земного шара, как исключительными сферами их личной воли, с устранением всех других», т. е. именно то, в чем Маркс видел земельную собственность [64]. и Узурпация общинной земли, право распоряжения кочевьями или районами

³³ Так в оригинале.

³⁴ Юрмагул Гуляев — переводчик (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 259, 260; Ерофеева И. В. Хан Абулхайр: полководец, правитель и политик. С. 299).

кочевков может быть поэтому *базой* для установления отношений феодальной зависимости; и в этом первом случае мы вправе говорить о распоряжении кочевьями как об *одной из экономических основ* феодальной эксплуатации, его можно приравнять к земельной собственности. Когда Нуралы с султанами-родственниками и тюленгутами, расположившись у переправ через Урал, требует «взятку» за разрешение на переправу в астраханские степи, то он хотя и неправомерно, но действует как помещик, от которого зависит, допустить или не допустить казахов к пользованию зауральскими пастбищами. Узурпированное им право распоряжения этими пастбищами делает его по отношению к его подданным как бы собственником этого необходимого средства производства. Но, повторяем, такое положение могло сложиться лишь во второй половине XVIII в., когда теснимые сильными соседями казахи потеряли огромные пастбищные пространства и для больших масс населения исчезла возможность откочевки на незанятые земли. Нуралы мог, как сообщает Гуляев в рапорте от 8 апреля 1750 г., угрожать желающим откочевать, что, будучи в мире с джунгарами, он прижмет их со стороны Джунгарии. Кочевья на урочищах Улытау и Кокчетау³⁵, куда собирались откочевать недовольные, были хуже пограничных кочевий. Нуралы мог грозить: «Вы на тамошних кочевьях наконец разоритесь и весь скот поморите, как то в прежних годах недавно над вами было» [65].

До того, как в конце XVIII в. возникла пастбищная теснота, ни один хан не требовал специального вознаграждения за разрешение кочевать,

³⁵ Улытау, система озер Кокчетау — пределы Среднего жуза (см.: *Муканов М. С. Этническая территория казахов в XVIII — начале XX веков. С. 5*). Улытау — система невысоких гор, находится на юго-западе Сарыарки, один из древнейших горных массивов Великой степи. Протянут с севера на юг на 200 км. Самая высокая точка пик Акмешит — 1133 м. Величие этих гор заключено в значимости событий национальной истории, происходивших здесь и связанных с объединением казахских родов. Улытау был излюбленным местом ханов кочевых племен. Здесь образовал свою ставку старший сын Чингизхана — Жошы хан, отсюда начинал свой поход на восток Батый. Здесь находится мавзолей Жошы хана, мазары Кутлук-Те-мира, Болган-ана, Келин-там, воздвигнут мавзолеем над могилой Алаша хана, одного из основателей тюркских племен. Навечно остались в горах Улытау хан Золотой Орды Тохтамыш, полководец, эмир Золотой Орды Едыге, имя которого упоминается в эпитафиях народов Алтая, Урала, Северного Кавказа, Крыма, Узбекистана. На каменной плите, на горе Ал-тыншоки оставил память о своем пребывании в Улытау весной 1391г. Тамерлан. Памятники, которые хранит в себе Улытау, восходят к эпохе палеолита и неолита. См.: «Казахстан». Национальная энциклопедия. Т. 5 / Гл. ред. Б. Аяган. Алматы: Главная редакция «Қазақ энциклопедиясы», 2006. С. 295; E:ulytau/ulytau_kazakhstan.html. См. также: Нұрмағамбетұлы Ә. Ұлытау / Жерсудын аты-тарихтың хаты. Алматы: Балауса, 1994. С. 56–57; Казахская ССР. Экономико-географическая характеристика. М.: Гос. изд-во географической литературы, 1957. С. 165.

потому что у подданных была возможность откочевать на бесплатные пастбища. М. П. Вяткин правильно указывает, что поборы Нуралы «воспринимались казахским народом как произвол и нарушение обычного права» [66]. Обычно-правовые воззрения казахов не допускали возможности требовать вознаграждения за пользование пастбищем. По Левшину, в ответ на первое требование китайцев в связи с кочеванием казахов на китайскую территорию платить подать, казахи отвечали: «Небо производит траву и воду, скот есть дар неба, пасем его и себя пропитываем сами. За что же мы будем давать другому?» [67]. Подобная обычно-правовая традиция очень выразительно говорит против предположения, что распоряжение пастбищами было орудием эксплуатации. Когда казахские кочевья не были еще в тесном кольце окружения, предшественники Нуралы не могли пугать своих подданных, стремящихся откочевать, ни тем, что они не найдут себе «благополучных и во всем довольственных кочевий», ни тем, что джунгары погонят их с этих кочевий, выполняя просьбу хана. Предшественники Нуралы не контролировали пастбищные территории. До того, как возникла пастбищная теснота, ханы и султаны могли распоряжаться кочеванием, применяя средства внеэкономического принуждения, которое свою базу имело в экономическом господстве ханов и султанов как владельцев крупнейших стад. Право руководить кочеванием есть поэтому только одно из проявлений политической власти ханов и султанов, и оно, так же, как их политическая власть, ограничено советом старшин. И только об этом может идти речь в тех сообщениях источников, которыми М. П. Вяткин доказывает наличие у ханов «феодального права распоряжения кочевьем» [68]. Так, например, требование Абульхайра³⁶ после ссоры с царской администрацией, чтобы его подданные откочевали от русской границы (независимо от того даже, что батыр Серка отказался его выполнить), не имеет решительно никакого отношения к распоряжению пастбищами как средством производства. Вопрос о перемене районов кочевания был чисто политическим, даже внешнеполитическим вопросом. Было бы даже рискованно утверждать, как это делает М. П. Вяткин, что невыполненное в данном случае распоряжение Абульхайра свидетельствует о том, что «феодальное право распоряжения кочевьем в принципе признавалась за ханом». о порядке определения районов кочевания

³⁶ Абулхаир-Мухаммед-Гази-бахадур-хан (ок. 1680–15.VIII.1748) — хан Младшего жуза, сын султана Кажи, потомок султана Осека, сына Жаныбек-хана. о жизни и деятельности Абулхаир-хана см. подробнее: *Ерофеева И.* 1) Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. Алматы: Санат, 1999; 2) Символы казахской государственности. Позднее средневековье и Новое время. С. 106–114; 3) Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 41–42, 45–46, 172.

существуют и противоположные известия. В записках Гока, например, со слов муллы сообщается, что старшины «Абулхайр хана журят и бранят, для чего он к России приближается, и всегда подтверждают, что де он с юртами удалялся, чего ради он мулла по своему рассуждению признает, что в ево ханской юрт хочет остановиться и кочевать далее от российских мест» [69]. Здесь кочеванием распоряжаются старшины, и если в приведенном выше случае они не послушались Абульхайыра, то в данном случае Абульхайыр их слушается. Еще выразительней в этом смысле сообщение Нуралы-хана в письме губернатору А. Р. Давыдову³⁷ от 26 июля 1759 г.: «Все киргиз-кайсаки, малые и большие, повеления моего не слушают, представляя..., что они имеют откочевать в те места, где отцы их кочевали, куда и меня с собою *не только зовут, но и принуждают*» [70].

Сильный хан мог бы, конечно, добиться, чтобы его подданные руководствовались в выборе места кочевания его указаниями, в частности, чтобы они не удалялись от него, кочевали вместе с ним. Он может просто «пригнать» к себе подданных, как это сделал Аблай в отношении казахов, откочевавших к китайской границе [71], либо, как это многократно делал при помощи своих есаулов Кенесары Касымов в отношении уклоняющихся от признания его власти [72]. Такой же смысл имеет и требование Галдан-Церена³⁸, на которое ссылается М. П. Вяткин, чтобы данные ему в аманаты сыновья ханов и султанов кочевали вблизи его кочевий. Совершенно ясно, что Галдан-Церен выступает здесь вовсе не как распорядитель пастбищными территориями и что подчинение его распоряжениям о месте кочевания вызвано вовсе не наличием у него монопольного распоряжения пастбищами как узурпированным средством производства. Напротив, это именно тот способ обеспечения власти над подданными, который вытекает из отсутствия возможности узурпировать пастбищные территории как средство производства и монопольно ими распоряжаться. Это тот способ сохранения власти над подданными, к которому в глубокой древности прибегла мать

³⁷ Давыдов Афанасий Романович — оренбургский губернатор в 1759–1763 гг., генерал-майор. При нем осложнились казахско-русские отношения. По свидетельствам историков того времени, Давыдов «не обладал умением вникать в сущность дела и понимать окружающие обстоятельства», не дорожил людьми способными и знакомыми с условиями края. Именно поэтому, пишет А. И. Добросмыслов в «Истории Тургайской губернии», в 1761 г. подал в отставку «известный знаток Оренбургского края» П. И. Рычков (см.: Губернаторы Оренбургского края. С. 61–70).

³⁸ Галдан-Церен (1671–1745) — джунгарский хан (1727–1745), старший сын Цэван Рабдана. В годы его правления Джунгарское ханство достигло наивысшего могущества (см.: *Златкин И. Я.* История Джунгарского ханства. 2-е изд. М., 1983. С. 235–252; *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 485).

Чингис-хана Оэлун-учжин, когда она, «подняв знамя», бросилась в погоню за уходящими людьми улуса ее покойного мужа [73]. Утверждать, как это делает М. П. Вяткин, что в подобном «распоряжении районами кочевков» (вернее в таком распоряжении кочеванием) «выражалось развитие феодальной экспроприации общинной собственности у кочевого народа» [74], нет решительно никаких оснований.

Казахские кочевые общины признавали власть султанов и ханов, подчинялись их распоряжениям по вопросу о месте кочевания вовсе не потому, что нуждались в кочевьях и что этими кочевьями монополично распоряжался хан или султан. Хану и султану они подчинялись как богатому скотоводу, сильному, благодаря многочисленности поддерживающих его сородичей, они нуждались в нем отчасти как в органе поддержания классового порядка (основной механизм классового подавления, как будет показано ниже, находился внутри кочевой общины), как в военном руководителе и арбитре для разрешения международных споров. Хану и султану совершенно не в состоянии были контролировать все пригодные для кочевания скотоводов территории, и поэтому, если они не выполняли перечисленных функций, которыми обуславливалось признание их власти общиной кочевников, «род» стремился покинуть их, откочевывая на новые места, не контролируемые ханом и султаном; часто единственный способ сохранить своих подданных заключался для хана и султана в том, чтобы силою пригнать их обратно в контролируемые ханом и султаном районы.

«Как прикрепить к месту кочевника-скотовода, который свободно бродит по необозримым пустынным степям? А без такого прикрепления невозможна сколько-нибудь прочная власть над ними. В случае попытки хана к принуждению или насилию киргиз вместе со своими сородичами просто уходил от него в другое место степи» [75]. В этих словах Румянцева³⁹ свобода кочевания, конечно, сильно преувеличена,

³⁹ Румянцев П. П. (1870–?) учился в университете св. Владимира, выпускник юридического факультета Санкт-Петербургского университета (1907), социал-демократ, член РСДРП, участник IV съезда, за антиправительственную деятельность подвергался преследованиям. В 1907–1909 гг. помощник заведующего обследованием казахского хозяйства в Акмолинской области, с 1909 г. руководил экспедицией по обследованию туземного и русского старожильческого хозяйства в Семиреченской области, с августа 1914 г. откомандирован в канцелярию главноуполномоченного по закупке хлеба для армии. Автор переводов работ К. Маркса и Ф. Энгельса, а также автор работ «Крестьянство и социал-демократия», «Освободительное движение и Государственная дума» и др. (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 81, 145, 696; *Мұхтар Құл-Мұхаммед*. Орыс энциклопедияларындағы қазақ шежіресі; *Хабижанова Г. Б., Валиханов Э. Ж., Кривков А. Л.* Русская демократическая интеллигенция в Казахстане (Вторая половина XIX — начало XX в.). М.: Русская книга, 2003. С. 56–58).

но внимательный исследователь отметил несомненно существенную сторону экономики Казахстана, подтверждаемую многими источниками, а именно *относительную* свободу кочевания и наличие для этого свободных пастбищ. В литературе значение этого фактора иногда категорически оспаривалось. «Существует неверный взгляд, — писал Кабо, — будто в скотоводческих районах пастбищ так много, что куда хочешь, туда и иди со своим стадом, будто там нет основы для появления земельной собственности» [76]. Но, во-первых, значение этого фактора, как мы уже видели, отметил Маркс, говоря о том, что кочевникам Азии «земля наравне с прочими природными условиями представляется в своей первичной неограниченности» [77]. Во-вторых, подобная абстрактная постановка вопроса, говорящая о скотоводческих районах вообще, не может разрешить ни одной задачи конкретного исторического исследования. Нужно конкретно установить наличие возможностей *относительно* свободного кочевания в том или другом обществе кочевников и иметь при этом в виду, что есть разница между условиями развития феодализма в странах, где вовсе нет или весьма мало свободных территорий, и в странах, где они, как в Казахстане, были все же налицо. То, что при этом всегда идет борьба за лучшие пастбища, не устраняет значения наличия свободных пастбищных территорий.

В первое время существования казахской государственности свобода кочевания была, очевидно, очень мало ограничена. Вспомним хотя бы, с какой легкостью подданные покинули Тагир-хана⁴⁰, создав тем у историка Мухаммед-Хайдера впечатление, что «от всего этого народа на земле не осталось и следа». Но судя по источникам, возможность свободной откочевки на новые кочевья была реальной и в XVIII в. Так, например, из рапорта Гуляева 14 января 1750 г. видно, что проникновение царизма в Казахстан беспокоило в это время старшин не столько с точки зрения возможного захвата пастбищ, сколько с точки зрения возможного окружения, которое лишит их возможности откочевать на свободные места, если они не поладят с царским правительством. Некоторые из этих старшин говорили, что царское правительство, строя крепости, хочет окружить их как башкир, но они этого терпеть не будут и своевременно уйдут: «Оставляя де все наши кочевья на другие дальние места откочевать можем, разве де тот останется, кому бог велит» [78]. О таких же настроениях казахов, не желающих возвращать захваченные ими скот и пленных, «рассуждая, что их кочевье пространно (т. е.

⁴⁰ Имеется в виду период, когда Тахир-хан, сын Адик-султана, внук Жаныбек-хана «был покинут начальниками войска и знатными людьми страны» (см.: *Мухаммед Хайдар Дулати. Тарих-и Рашиди*. С. 439–441; *Султанов Т. И. Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана*. С. 176–180; *История Казахстана*. Т. 2. С. 374–375).

в отдалении отсюда содержаться могут)», сообщает в 1740 г. в своем донесении Неплюев [79]. Во второй половине XVIII в. при хане Аблае мог быть поставлен вопрос о переселении хана со своими подданными на новые, свободные кочевья. Такое предложение сделал Аблаю «главный старшина» Каракирей-Найманского рода Кабанбай⁴¹, приглашая его переселиться в Джунгарию «на то место, где бывала зенгорского хана Голдан-Чирина Урга⁴², *яко де оное порозжее*». По одним сведениям, Аблай будто хотел откочевать в Джунгарию, но не мог сделать это, так как Атаганский род, с которым он кочевал, не согласился на такую откочевку, удерживаемый своим старшиной Кулсары⁴³ [80]. Во всяком случае наличие «порозжего» места не вызывает сомнения. На эти «порозжие» места у китайской границы устремлялись и подвластные Аблаю казахи. Опасаясь, что они могут перейти в китайское подданство, Аблай по соглашению с Абульмаметь-ханом должен был послать Абульфеиз-султана⁴⁴, чтобы их, «не давая им никакого послабления согнать к кочевью в его Аблаевой ставке» [81]. В XIX в. после реформы 1822 г. недовольные созданием округов и приказов имели еще возможность просто уходить со старых кочевий. Султан Губайдулла⁴⁵, требуя уничтожения приказов, заявлял, что «под небом пустоты а на земле пространства будет для них довольно» [82]. И действительно ушел со своими подвластными в эти степные пространства, откуда агентам царского правительства пришлось возвращать его хитростью и силой. Не редкость встретить отдельные группы казахов, кочевавших на свободных пространствах совершенно независимо. Так, например, арестованный и допрошенный по обвинению и разграблении караванов казах

⁴¹ Каракерей Кабанбай (Ерасыл) Қожағұлұлы (1691–1769) — полководец, народный батыр, один из организаторов борьбы за освобождение казахского народа от джунгарских захватчиков. Был во главе найманского ополчения в обороне Туркестана (1724), Алакульском (1725), Булантинском, Анракайском, Шаганакском и др. сражениях (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 141).

⁴² Ставка.

⁴³ Старшина Кулсары оказывал содействие русским властям в политических мероприятиях (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 259).

⁴⁴ Абулфеиз (Абулфеис, Абилпеис) — султан Среднего жуза, сын Абулмамбет-хана.

⁴⁵ Губайдулла Валиев, старший султан, сын Уали-хана, был претендентом на ханский престол Среднего жуза, в 1821 г. был объявлен ханом Среднего жуза, с целью восстановления обособленности Среднего жуза поддерживал дружественные связи с Китаем, объединял вокруг себя недовольных российскими порядками, что вылилось в организованное движение после подавления протеста Кенесары, за что был сослан в Сибирь (см.: Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова (Сборник документов). С. 173–174, 230, 332, 338; История Казахстана. Т. 3. С. 274, 322, 324–325, 328).

Араслан Тыналиев⁴⁶ показал, что он «назад тому года три находился под ведомством султана Кундрова Нуралиева⁴⁷; до сего времени с братьями его и прочими ближними родственниками располагался во внутренних степных местах и большею частью при реках Эмбе и Бурсуку, *независим будучи ни от бывших ханов, ниже кого из султанов*» [83]. На сравнительную легкость откочевки в начале XIX в. указывал и Броневский, видя в ней корни слабости султанской власти: «Буде станут угрожать насилем, то всякой киргизец ищет воли в скорости ног своей лошади, даже со всем своим домом укочевать может в другие аулы и никто ему не воспрепятствует» [84]. Нужно, конечно, иметь в виду, что откочевки в начале XIX в. доступны только небольшим группам и могут рассматриваться лишь как остаток практики, широко распространенной в XVIII и предшествующих столетиях, когда на этот путь сравнительно легко становились многочисленные «роды» и «отделения», меняющие территорию кочевания, чтобы отложиться от хана или султана.

Из всего сказанного видно, что до второй половины XVIII в. нельзя говорить об узурпации султанами и ханами права распоряжения *районами кочевания* и что, следовательно, к эксплуатации ими населения и в их политическом господстве поземельные отношения не играли серьезной роли. Этим выводом излагаемая здесь точка зрения на основы патриархально-феодалных отношений у казахов противопоставляется изложенному в «Истории Казахской ССР с древнейших времен» и вообще очень популярному взгляду, что хотя закрепление земли в частную собственность в условиях кочевого хозяйства было невозможно, но уже в XVII в. «ханы, султаны, и бии могли по своему усмотрению распоряжаться общинными землями» [85], что узурпация пастбищ в такой же мере, как и право собственности на скот, является постоянной базой развития феодальных отношений в Казахстане и что, например, распад казахского государства в XVII в. может быть объяснен тем, что «представители феодальной знати все теснее и теснее связывались с землей» [86].

С точки зрения феодальной собственности, для которой право отчуждения не является решающей прерогативой собственника (как это имеет место в собственности буржуазной), узурпация пастбищ, в смысле установления контроля над ними, дающего возможность представить их в пользование или запретить таковое (ее мы отличаем от права распоряжения кочеванием зависимых людей), есть решающий момент

⁴⁶ Араслан Таналин, батыр (см.: МИКССР (1785–1828). Т. IV. С. 443, 444.

⁴⁷ Кундров Нуралиев (Кондуоров, Кондурау султан Нур-Али-хан улы), султан (см.: МИКССР (1785–1828). Т. IV. С. 261, 477.

возникновения земельной собственности. Отсюда переход к праву собственности очень легок и заключается лишь в юридическом закреплении уже сложившихся в основном отношений. Поэтому для выяснения условий, делающих такую узурпацию возможной, целесообразно обратиться также к условиям возникновения земельной собственности.

Земельная собственность в Казахстане в широком масштабе впервые появилась в Букеевской Орде в XIX в. Здесь хан Жангир, действительно узурпировав при содействии царизма распоряжение всеми пастбищами Орды, обратил в свою частную собственность 400 000 десятин, роздал султанам Урмановым⁴⁸ 700 000 десятин и, продолжая подобные раздачи, закрепил в частную собственность 4,5 миллиона десятин, которые, как сообщает докладная записка Евреинова, «отданы в исключительное пользование рода Ногай и частных лиц», причем из оставшихся на территории Букеевской Орды двух миллионов десятин много земли также было передано в частную собственность отдельных богачей» [87]. Здесь при Букее и Сыгае⁴⁹ земля закреплялась за старшинами отделений и родов, которые получили от хана грамоту на исключительное право «кочевать с подведомственными казахами»; грамота 1825 г. говорит выразительней: «пользоваться же вам на сих местах одним, а прочих киргизцев не впускать» [88]. Появление частной земельной собственности повлекло за собой обязанность скотоводов, кочующих на землях частных владельцев, платить за право кочевания подать. Эти отношения были, однако, полной новостью для казахов, и М. Иванин⁵⁰ справедливо заметил по этому поводу: «Таким способом явилось у киргизов *неслыханное у них до того право*, сходное с оброчным состоянием наших крестьян» [89].

Букеевская Орда, несомненно, идет впереди прочих районов Казахстана в смысле формирования частной собственности на землю. Поэтому установление причин, способствовавших укреплению здесь частной собственности, имеет значение для понимания развития поземельных отношений во всем обществе казахов-кочевников. Причины эти не вызывают сомнения. Их прекрасно обрисовал М. П. Вяткин. Уже само образование Букеевской Орды в начале XIX в. было вызвано «углублением земельной тесноты». Это облегчило возможность узурпации земель знатью. «Особенно земельная теснота в Букеевской Орде возросла при Жангире», при нем же имел место «переход от кочевого

⁴⁸ Урман, султан (Орман) — сын Ишим-хана, председатель Ханского Совета (Дивана) (см.: МИКССР (1785–1828). Т. IV. С. 244, 261, 262).

⁴⁹ Султан Сыгай, сын Барак-султана, позднее хана Барака.

⁵⁰ М. И. Иванин — исследователь, в середине XIX в. работал в Оренбурге (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 559).

к полуоседлому образу жизни», так как «невозможно было совершать перекочевки на большие расстояния, в силу ограниченности земель» [90]. Отсюда сам собою напрашивается вывод, что изменения в сфере земельных отношений, т. е. узурпация пастбищ и превращение их в частную собственность, связаны с тем, что бывшая относительная свобода кочевания сменилась земельной теснотой. Трудно согласиться с мнением М. П. Вяткина, что «принципиально нового в земельных захватах Жангира было не много», так как и раньше «общинная земля находилась в распоряжении феодальной знати, теперь это распоряжение превращалось в частную собственность». Выше было показано, что до второй половины XVIII в. нельзя вообще говорить о распоряжении землей со стороны ханов и султанов. Право распоряжения землей, узурпируемое казахской знатью лишь со второй половины XVIII в., в меру нарастания земельной тесноты чрезвычайно быстро превращается при содействии царского правительства [91], в земельную собственность там, где, как в Букеевской Орде, земельная теснота полностью ликвидировала возможность откочевки на свободные пастбища. Земельная теснота впервые дала феодальной знати возможность контролировать все практически пригодные для кочевания места и установить для свободных кочевников «неслыханное, по словам Иванина, до того у них право» — зависимость по земле, выразившуюся в первую очередь в обязанности платить подати за кочевание на пастбищах крупных землевладельцев. Появление земельной собственности, не будучи принципиально новым явлением по сравнению с узурпацией земель в форме распоряжения с *пастбищами*, *кочевьями*, было принципиально новым явлением по сравнению с распоряжением *порядком кочевания*. Новое здесь заключалось в том, что земельная собственность стала действительной базой отношений феодальной эксплуатации, в то время как распоряжение порядком кочевания было лишь следствием уже существовавших отношений политической зависимости, в свою очередь покоящихся в конечном счете на экономической зависимости от султана и хана, как крупного скотовладельца. Новое, следовательно, заключалось, в том, что развитие феодальных отношений отныне базируется не только на концентрации в руках знати скота, но и на монополии на пастбища. Это чрезвычайно усиливает позиции феодалов, создает отношения зависимости по земле и невозможность для крестьянства порвать эти отношения. База феодальной эксплуатации расширяется и получает ту прочность и устойчивость, о которых трудно говорить тогда, когда всякая группа скотоводов, располагающая скотом в количестве, достаточном для кочевания, может откочевать на никем не контролируемые пастбищные пространства, покинуть своего султана или хана,

если он не в состоянии вооруженной рукой вернуть их снова на близкие к нему кочевья. Можно, конечно, пытаться самую земельную тесноту объяснить феодальными захватами, такая роль феодальных захватов неоспорима. Но в конечном счете это значило бы возвращаться в порочном кругу, игнорируя конкретные изменения в условиях ведения хозяйства. Подобное объяснение ничего не могло бы ответить на вопрос: почему узурпация пастбищ, как это показано выше, не имела места до второй половины XVIII в., почему возникновение частной земельной собственности, юридически закрепившее эту узурпацию, имело место раньше всего именно в Букеевской Орде? Связь между узурпацией земли в частную собственность и возникновением земельной тесноты подчеркнули Маркс и Энгельс, заметив, что племенная собственность у землевладельческих народов «предполагает огромную массу еще не освоенной земли» [92].

До сих пор мы рассматривали поземельные отношения между знатю «белой кости», т. е. ханами и султанами, с одной стороны, и «родовыми» объединениями, общинами кочевников — с другой⁵¹. Обоснованный выше вывод, что до середины XVIII в. ханы и султаны не могут рассматриваться как владельцы, узурпировавшие пастбища и монополю распоряжавшиеся ими, еще недостаточно характеризует поземельные отношения и особенности феодализма в Казахстане. Решающее значение имеет развитие феодальных отношений внутри кочевой общины, где к началу XIX в., по словам Гавердовского, «происходящие от черных костей столько же усилились», что по своему общественному положению не уступали знати «белой кости» [93]. Следует поэтому рассмотреть поземельные отношения между «родовыми» объединениями и внутри кочевой общины.

Более или менее прочное закрепление пастбищ за отдельными «родами» имело, очевидно, место не раньше самого конца XVIII и начала XIX в., т. е. тогда же, когда земельная теснота резко ограничила возможность менять районы кочевок. На протяжении всего XVIII в., и тем более в предшествующее время, всякое серьезное событие внешнеполитической жизни, всякое обострение внутренней борьбы сопровождалось

⁵¹ Социальная организация казахского общества состояла из представителей «белой кости» («ак сүйек») и «черной кости» — «кара сүйек». В состав «белой кости» входили төре и кожа. В состав «черной кости» — бии, старшины «аксакал», батыры, рабы и туленгуты (см. об этом подробно: *Ерофеева И. В.* 1) Хан Абулхайр: полководец, правитель и политик; 2) Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв.; 3) Казахские ханы и ханские династии в XVIII — середине XIX вв. // Культура и история Центральной Азии и Казахстана: проблемы и перспективы исследования. С. 46–144).

передвижкой населения на новые кочевья. Достаточно вспомнить массовое передвижение населения в «годы великого бедствия». В конце XVIII в. новые значительные изменения в районах кочевков произошли в связи с поражением движения батыра Срыма и остротой социальной борьбы при хане Айчуваке [94]. Уже одно это обстоятельство было серьезным препятствием к сколько-нибудь прочному закреплению пастбищ за «родовыми» объединениями. Немногие освещающие этот вопрос источники XVIII в. говорят о незакрепленности кочевий за родами, и лишь некоторые источники начала XIX в. свидетельствуют об их закреплении. Само собою разумеется, что при рассмотрении этого вопроса следует постоянно иметь в виду различное положение летовок и зимовок, учитывая, что при всех обстоятельствах закрепление зимовок и право собственности на зимовки возникает гораздо раньше.

Если верить преданию, сообщенному Гавердовским, то Тауке-хан «для предупреждения спора в паствах... по добровольному согласию назначил каждому роду места зимних и летних кочеваний». Сообщение это, впрочем, так же мало достоверно, как и следующее за ним утверждение, что Тауке «распределил аулы и начальствующим над ними» [95]. Результаты долгого предшествующего развития казахской традицией часто изображаются как продукт реформаторской деятельности этого хана-законодателя. Между прочим, М. П. Вяткин и в этом предании видит доказательство, что в казахском обществе земля находилась фактически в распоряжении знати, без чего «такое предание родиться не могло» [96]. Историческая основа подобного предания заключается, однако, в том, что общество кочевников вообще не могло существовать и хозяйствовать, если бы порядок кочевания в смысле размежевания районов каким-либо образом не регулировался. Вероятнее всего, такое размежевание производилось на ежегодных собраниях султанов и старшин под руководством хана. Но это отнюдь еще не значит, что хан уже узурпировал распоряжение пастбищами. Обращает на себя внимание оговорка Гавердовского, что пастбища были распределены «по добровольному согласию», следовательно, не распоряжением хана, а соглашением старшин, что, очевидно, могло иметь место на подобных собраниях, где роль хана сводилась к роли высокого арбитра. Об этом же говорит и сообщение Георги, что «аймаки в отвращение всякого притеснения *вступают между собою в условия*» относительно территории кочевания [97]. Может быть, Тауке и сделал попытку на каком-либо из этих съездов придать распределению кочевий сколько-нибудь постоянный характер, но из материалов, освещающих положение в XVIII в., ясно, что это ему не удалось и что пастбищные пространства не были распределены между «родами» и прочно закреплены за ними. По крайней мере,

П. Рычков дважды подчеркнул такое положение. В сохранившемся в рукописи «Описании о киргис-кайсацком народе» 1747 г. П. Рычков отсутствие политического единства у казахов объясняет тем, что «у них, как у башкирцов, вотчинных земель и выгод нет, следовательно соединенными силами и стоять им не за что» [98]. В «Топографии Оренбургской губернии» Рычков указывает, что на летовках Младшего жуза кочуют иногда и казахи Среднего жуза⁵², ибо, объясняет он, «у них между собою в том никакого раздела нет и споров не бывает» [99]. Из рапорта майора Ренненкампа от 31 марта 1753 г. мы узнаем, что старшина Кулсары заявил, что «они намерение имеют просить о отмежевании им по заречной стороне на поселение в удобных местах окружностей, дабы каждый род свою землю и отвод имел, где они хотя не все, однако ж несколько желают и строение производить, и чтоб по отмежевании из роду в род земли и угодий не давать, но довольствоваться каждому своим скотом» [100]. Конечно, это заявление связано с тенденцией создать оседлые поселения, но вместе с тем оно ясно говорит по интересующему нас вопросу, что по обычному праву казахов каждый род своих постоянных «окружностей» не имел, пастбища легко переходили «из роду в род» и что даже в возведении строений не видели достаточной гарантии устойчивого землепользования. Свидетельствами об отсутствии прочного закрепления кочевий богаты и источники XIX в. Несомненно, обращает на себя внимание тот серьезный факт, что обычное право казахов не знает наказаний за захват «чужого кочевья». Это чрезвычайно симптоматично. Возникновение частной собственности на землю, узурпация пользования землей всюду неразрывно связаны с установлением суровых санкций за посягательство на земельные права собственника. Казахское право таких санкций не знает. По данным сборника Самоквасова [101], «кто самовольно займет стойбищем или скотом чужие места, то оного только сгоняют с места, а присмотрщиков бьют и тем дело решается без дальнейшего взыскания». У Броневского подчеркнута отсутствие приобретательной давности, но вместе с тем предусматривается и компромиссное решение спора между «захватчиками» и «собственниками», заключающееся в том, что при наличии

⁵² Средний жуз простирался с юга по линии хребта Тарбагатай — озеро Балхаш — верховья реки Сарысу — горы Каратау и на север до Южно-Сибирской равнины. На западе ее границы проходили по верховьям реки Тургай — до реки Убаган, а на востоке — начиная от Южного Алтая, хребта Саур и Зайсанской котловины, шла по правобережью Иртышской долины. В Средний жуз входили племена: аргын, найман, керей, кыпшак, уак и конрат (см.: *Муканов М. С.* Этническая территория казахов в XVIII — начале XX веков. С. 5; *Масанов Н. Э.* Социально-экономические отношения в казахском кочевом обществе // *Культура и история Центральной Азии и Казахстана: проблемы и перспективы исследования.* С. 38–39).

достаточного пастбищного массива собственники и захватчики продолжают владеть кочевьем сообща. «Кто чужую землю завладевает, от того отбирается она, хотя бы чрез 15 лет, или с согласия, смотря по пространству места, владеют оною вообще; дальнего же взыскания не производится» [102]. Глядя на эти постановления, можно с полным основанием сказать, что право на кочевья не защищается от посягательств какими-либо уголовно-правовыми санкциями. Более того, в казахском обычном праве вообще трудно отыскать имеющие правовое значение нормы, регулирующие отношения землепользования, пользования пастбищами. В сведениях о казахском праве, представленных в 1846 г. Попечителем Александрийским⁵³, замечено: «У них вовсе не видно постановлений, относящихся до определения прав на владения поземельные» [103]. Но это было бы невозможно, если перед нами было, действительно, закрепление за «родом», отделением, аулом исключительных прав на кочевья. Известным показателем отсутствия прочного закрепления за определенными родами определенных районов кочевания может служить также трудность определения этих районов, о которой говорят почти все исследователи. В. Радлов отмечает «пеструю путаницу полос земли», по которым кочуют отдельные аулы и их соединения и в которой невозможно разобраться путешественнику [104]. «Пределы распространения киргизских кочевков трудно определить с точностью, потому что народ этот подобен ветру, свободно разгуливающему в пустыне, и который уловить невозможно», — пишет Ф. Костенко⁵⁴ [105]. о казахах долины Чу и Сары-Су⁵⁵ Шмидт⁵⁶ сообщал, что «вследствие простора степей не было и повода к раздору из-за урочищ во время кочевков и в одном и том же урочище часто кочевали и пасли свой стада киргизы разных родов, только в разное время» [106]. Все эти и многочисленные им подобные высказывания относятся, конечно, преимущественно к трудности установления районов или, вернее, трасс кочевания отдельных «родов», которые перекрещиваются, сталкиваются, часто изменяются. Но следует иметь в виду, что такие условия кочевания действительно очень мало способствуют постоянному закреплению районов или трасс кочевания за отдельными «родовыми» коллективами.

Для характеристики отношения к земле, пастбищам как к собственности важнее, нежели закрепление кочевий за отдельными «родами»,

⁵³ Александрийский — чиновник, коллежский асессор.

⁵⁴ Ф. Костенко предпринимал научные экспедиции в Жетысу (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 561).

⁵⁵ Реки в южном, юго-восточном Казахстане.

⁵⁶ Шмидт Ю. А. — активный участник Географического общества при Акмолинском статистическом комитете (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 560).

поземельные отношения между отдельными аулами и группами аулов. Отсутствие закрепления пастбищ, трасс кочевания за отдельными аулами, а тем более семьями не вызывало сомнения. Так, например, Le Play формулировал собранные в 1853 г. сведения о землепользовании казахов следующим образом: «Семьи каждого рода (tribus) пользуются нераздельно в предоставленных им зонах правом выпаса» [107]. Об этом говорят также основания, по которым за кочевой общиной признавалось право на пользование пастбищем. По Румянцеву, «первым признаком права на определенное землепользование явился “коун”⁵⁷, т. е. скотский помет на стойбище. Коун давал право данной родовой группе становиться на том же месте и на будущий год» [108]. При таком положении можно говорить о зачатках присвоения, из которых впоследствии может вырасти право собственности, можно говорить об известных обычно-правовых преимуществах, даваемых кочеванием на данной территории в предшествующем году, но говорить о закреплении стойбища или кочевья очевидно еще рано. Об отсутствии каких-либо предустановленных прав отдельных аулов на летовки «рода» говорит описываемый В. Радловым порядок занятия летовок. Для того, чтобы получить хорошую летовку, каждый аул, состоящий из юрт, держит втайне время и направление своего подъема, имеют место по этому вопросу переговоры с родственными аулами. Поднимаются внезапно и стремятся быстро достичь намеченного места, чтобы опередить соседей [109]. Все это, конечно, свидетельствует о том, что летовки просто захватывались даже в конце XIX в., когда зимовки были уже прочно закрепленной индивидуальной частной собственностью. Ясно, что такой порядок соответствовал интересам аулов богатых скотоводов, силою захватывавших лучшие летовки. Вообще отсутствие собственности на летовки и незакрепленность, равно как и закрепление в XIX в. в собственность зимовок, — положение, ни у кого не вызывающее сомнений и постоянно отмечаемое как в источниках, так и в литературе.

Все же наряду с источниками, свидетельствующими в большинстве своем, что пастбища не были прочно закреплены за «родами», отделениями, аулами, имеются отдельные и весьма авторитетные источники, по-иному трактующие этот вопрос. Таково «Обозрение» Гавердовского. Общеизвестная важность и доброкачественность этого источника не позволяют обойти это и в данном случае, тем более что данные

⁵⁷ «Коун» — правильно «көң». Употребляется для обозначения, во-первых, большого количества слежавшегося помета скота, навоза, во-вторых (в переносном смысле), места обитания, стоянки, зимовки (см.: Қазақ тілінің түсіндірме сөздігі. 5-т. К-Қ. Алматы: Ғылым, 1980).

Гавердовского говорят как будто о наличии собственности отдельных родов на кочевья. «Кочевые места, — сообщает Гавердовский, — каждая часть сего народа присваивает себе в непосредственную собственность. Занятие оных киргисцами иного отделения производят между ими часто великие несогласия. Сие право владения ведут они из давних пор; на сем месте кочевали деды наши, говорят киргисцы, как мог тот аул разбить на оном свои кибитки. Таковые их обитания составляют вообще как бы особые полосы земли, тянувшиеся от севера к полудню сообразно расположению зимних и летних мест кочеваний» [110]. Присмотревшись внимательно к этому сообщению, в нем трудно все же, несмотря на термин «непосредственная собственность», видеть даже прочно закрепленное за «родами» право пользования определенными летовками, не говоря уже о праве собственности, предполагающем распоряжение, о котором здесь не может быть и речи. Право занять летовку обосновано здесь только давностью пользования («на сем месте кочевали деды наши»), и это право часто нарушается. Гавердовский отличает к тому же право на летние кочевья от права на зимовки. о последнем он высказывается отдельно и притом безоговорочно и гораздо категоричней: зимовки «каждый аул... сохраняет как нечто наследственное и драгоценное» [111]. К утверждениям Гавердовского примыкает сообщение Небольсина⁵⁸, относящееся, правда, не к началу, а к середине XIX в.: определенные части степи «принадлежат известным родам таким образом, что на местах, которые постоянно из года в год занимаются одним родом, другой род не станет располагаться своими аулами» [112]. Более поздние наблюдения отличаются и большей категоричностью. «Степь, несмотря на свою необъятность, — писал Красовский, — все-таки разделена между родами на части, и раздел этот строго соблюдается» [113].

Противоречивость данных источников по вопросу о закреплении пастбищных территорий за отдельными «родами» с отделениями есть результат того, что такое закрепление находится еще в первой половине XIX в. в процессе становления. Закрепление пастбищ внутри «родового» объединения за отдельными аулами может иметь место не ранее закрепления их за «родами» и отделениями, но, очевидно, совершается одновременно, поскольку в развитом классовом казахском обществе закрепление пастбищ диктуется не междуродовыми, а классовыми отношениями. Процесс закрепления пастбищных территорий становится

⁵⁸ Небольсин П. И. — русский этнограф и путешественник (см. о нем: *Созакбаев С. У. П. И. Небольсин и его связь с общественно-политической мыслью Казахстана* // Изв. АН КазССР. Сер. обществ. наук. 1985. № 3; *Құл-Мұхаммед М. Орыс энциклопедияларындағы қазақ шежіресі. 20-б.*).

интенсивным на рубеже XVIII и XIX вв., а появление его устойчивых результатов нужно отнести лишь к середине XIX в. Это хорошо отражено в относящихся сюда замечаниях Красовского⁵⁹. В 60-х гг. XIX в., как сообщает Красовский, почти никто не признавал уже общинного права владения зимовками. Но раньше, подчеркивает Красовский, этого не было. Существовала, правда, 9-летняя приобретательная давность, но даже и она не обеспечивала закрепления в собственность, и бии решали вопрос в пользу пришельцев, если они заняли оставленную зимовку, вынужденные к тому какими-либо уважительными причинами, например, джумом, эпидемией и т. д. (у Броневского, как мы увидели, упомянут 15-летний срок приобретательной давности). Если так обстояло дело в первой половине XIX в. с зимовками, то уже вовсе не приходится говорить о закреплении в это время прав на летние кочевья. В первой половине XIX в. еще сильно было представление об общественных правах на степь, которое во времена Красовского отчасти поддерживалось богачами, заинтересованными в том, чтобы использовать в своих интересах земли всей общины в том, чтобы на почве такой «общинной» собственности сохранить и укрепить свое господство над общиной в целом. Интересно, что Красовский также связывает закрепление пастбищ в собственность с земельной теснотой. Там, где нет избытка земли, не только зимовки, но даже осенние стойбища, по словам Красовского, строго разграничены и каждый считает их неотъемлемой собственностью [114].

В итоге рассмотрения сообщений источников, характеризующих процесс возникновения и развития поземельных отношений в Казахстане, можно сделать вывод, что монополия господствующего класса на землю, на пастбища, как средство производства, во второй половине XVIII и в начале XIX в. находится еще во всех ее проявлениях в процессе становления. Почти до конца XVIII в. господство султанов, биев, батыров, старшин не могло опираться на узурпацию пастбищ; налицо было еще относительное обилие свободных пастбищных территорий, ханы и султаны не в состоянии были все эти территории контролировать, откочевки на свободные кочевья были при конфликтах с ханом и султаном доступным для общин выходом; кочевья не были закреплены в постоянное пользование за отдельными «родовыми» объединениями; внутри рода пастбища не были распределены между отдельными аулами и группами аулов и просто захватывались в процессе кочевания

⁵⁹ Красовский Н. И. (1834–1892) известен и как составитель родословных султанских династий казахов (см.: *Ерофеева И. В.* Родословные казахов ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 56).

по праву сильного, по праву богатого. Старшины, бии, батыры, а позже баи долго не были заинтересованы в установлении частной собственности на пастбища, так как фикция общинной собственности позволяла им использовать общинные земли.

Все это совершенно исключало для господствующего класса возможность стать монополистом земельной собственности, превратить все годные для скотоводства пастбищные территории в «исключительные сферы их личной воли с устранением всех других» [115], т. е. узурпировать распоряжение ими и базировать на этой узурпации свое господство.

Господство это, отношение феодальной зависимости и феодальной эксплуатации, базировалось до XIX в. на концентрации в руках собственников скота как решающего, при отсутствии земельной собственности, средства производства. В этом и заключается особенность «кочевого феодализма», которая была совершенно правильно указана С. А. Токаревым⁶⁰, заметившим, что «для скотоводов захват феодалами земли является не первичным моментом, на котором складываются классовые отношения, а производным, выросшим из накопления больших стад скота» [116]. А. Бернштам считает это положение «подлежащим дальнейшему обсуждению и заключающим в себе несколько одностороннюю трактовку строя кочевников», ибо «чистого кочевничества нет». Последнее замечание, конечно, совершенно справедливо, да и вряд ли кто-либо пытается его оспаривать. Отсутствие «чистого кочевничества», как уже показано, не снимает, однако, с нас обязанности определить *ведущие, решающие* закономерности развития кочевого общества и притом не кочевого общества «вообще», а каждого конкретного общества кочевников в отдельности. Тогда становится ясным, например, что у казахов до конца XVIII в. собственность на скот является решающей базой развития феодальных отношений, земельная же собственность появляется и приобретает важное значение позже. В конкретном исследовании так решает вопрос и сам А. Бернштам, приходя, например, к выводу, что у орхоно-енисейских тюрок «материальной основой эксплуатации являются стада бега, благодаря которым бег становится фактически частным собственником и пастбища» [117]. Господство султанов, биев и старшин у казахов также вытекало прежде всего из того, что они были владельцами огромных стад. От размеров этих стад зависела численность сородичей, окружавших богачей и беспрекословно подчинявшихся им. При содействии сородичей султаны, бии и старшины могли осуществлять и внеэкономическое

⁶⁰ Токарев С. А. — русский ученый, путешественник (см.: *Құл-Мұхаммед М. Орыс энциклопедияларындағы қазақ шежіресі*. 39–40 б.).

принуждение там, где саун и ему подобные формы «родственной помощи» оказывались недостаточными для установления непосредственной экономической зависимости. В господстве ханов и султанов большую роль играла их способность обеспечить своим подвластным безопасность кочевания, уберечь от набегов и хищничества враждебных родов, охранять границы государства кочевников в целом. Мелкие скотоводы следовали за владельцем больших стад, подчинялись ему потому, что кочевать небольшими группами с небольшими стадами было во всех отношениях чрезвычайно опасно. Подробно механизм власти хана, султанов, биев и старшин рассматривается в следующей главе. Здесь же достаточно подчеркнуть, что богатство, заключающееся в скоте, является в условиях кочевого скотоводства совершенно достаточной базой для внеэкономического принуждения, для установления власти знати над рядовыми скотоводами. Эта власть достаточна для распоряжения рядовыми скотоводами для того, чтобы предписывать им тот или иной *порядок* или *путь кочевания*, но власть эта не основывается на узурпации возможных *кочевий*, *пастбищ районов* кочевания. Она основана на концентрации в руках владельца скота, а не пастбищных территорий. Итак, поземельные отношения в казахском обществе вплоть до XIX в. нельзя рассматривать как основу отношений господства — подчинения. Напротив, земельная собственность возникает и развивается здесь, как вторичное производное экономическое отношение, на основе концентрации собственности на скот. Значение основы казахского феодализма узурпация пастбищ, земельная собственность приобретают только с XIX в. Отсюда мы делаем чрезвычайно важный для изучения истории казахского государства и права вывод, а именно: в казахском обществе политическая власть до конца XVIII в. не может рассматриваться как атрибут земельной собственности или узурпации пастбищ в какой-либо иной форме. Следовательно, вассальные отношения не являются здесь отношениями ленными, а причины изменений структуры государства в это время бесполезно искать в изменении поземельных отношений.

4. Основы феодализма и пережитки дофеодалных отношений⁶¹

Патриархально-феодалный строй, устойчиво сохраняющийся в силу отмеченной выше застойности развития на протяжении всей истории казахского общества, по типу господствующих в нем производственных отношений есть строй феодалный. Налицо концентрация собственности в руках знати, причем в связи с отсутствием земельной

⁶¹ В диссертации начинается на с. 183.

собственности это — собственность на скот как на важнейшее здесь средство производства (о кочевых пастушеских племенах Маркс писал: «Присваивается и воспроизводится здесь на самом деле только стадо, а не земля») [118]. Доступные нам конкретные цифровые данные о концентрации скота в руках знати относятся к довольно позднему времени, к концу XVIII в. Известно сообщение Георги, что в среднем, особенно в орде, есть люди, имеющие до 10 000 лошадей, 300 верблюдов, 8–4.000 рогатого скота, 20 000 овец и т. д. [119]. Фальк также говорит, что богатые казахи имеют по 6–10 тысяч голов коней и богачи не могут даже знать точно численность своих стад [120]. Но концентрация скота в таких масштабах не могла быть при темпах развития патриархально-феодального общества продуктом концентрации собственности на протяжении одного-двух столетий. Наличие ее легко устанавливается уже в начале XVI в. из не менее известного рассказа Рузбехана о разгроме в 1509 г. Шейбани-ханом казахского войска. Концентрация скота отмечается⁶² еще в глубокой древности у тех племен, из которых сложился казахский народ. Так, например, об усунях китайская летопись сообщает то же, что Георги о казахах: «В их владениях много лошадей и богатые содержат их от 4 000 до 5 000 голов» [121]. Ибн-Батута в описании Кипчакской степи, отмечая развитое здесь коневодство, добавляет: «Бывает их (коней) у одного тюрка за несколько тысяч. Один из обычаев тюрков-коневодов, населяющих этот край [заключается в том], что на арбах, в которых ездят жены их, помещают кусок войлока длиною в пядень, привязанный к тонкому шесту, длиною в локоть, в углу арбы. На каждую тысячу коней полагается один (такой) кусок. Видел я, что у некоторых из них бывает по 10 кусков, а у иных и больше того» [122]. Таким образом, ясно, что 5–10.000 табуны коней в частной собственности отдельных богачей характеризуют экономику кочевых племен Казахстана на протяжении многих веков. Мы должны поэтому относиться с полным доверием к сообщению Рузбехана о резком имущественном неравенстве среди казахов в начале XVI в., которое видно из того, что юрты элитных и простых казахов, захваченные Шейбани-ханом при разгроме в 1509 г. казахского войска, резко различались между собою по размерам и убранству их [123]. Концентрация скота в руках знати подчеркивается также господствовавшими у казахов формами эксплуатации. В то время, как, например, у монголов эпохи империи Чингис-хана трудящиеся эксплуатировались путем возложения на них обязанности поставлять своему нойону скот для мясного и молочного

⁶² Три первых слова данного предложения написаны рукой автора над зачеркнутыми ранее напечатанными словами.

продовольствия [124], у казахов подобная форма эксплуатации сохранилась лишь в отношении хана, типичной же формой эксплуатации является «саун», т. е. отношение, при котором «богатые наделяют скудных скотом, а сии в знак благодарности приглядывают за скотиной своих благодетелей» [125]. Эксплуатация в такой форме предполагает, конечно, концентрацию скота у богатых.

Рядом с сосредоточенной в руках знати собственностью на основную массу скота сохраняется единоличная мелкая собственность рядовых скотоводов. У того же Георги читаем: «У самого простого, но доброго скотовода редко бывает меньше 50 или 30 лошадей, в половину против того рогатого скота, 100 овец, несколько верблюдов и от 20 до 50 коз» [126]. Это, конечно, «добрый», т. е. зажиточный, но не принадлежащий к патриархально-феодальной знати скотовод. Но даже многочисленные источники XIX в. не оставляют никакого сомнения в том, что среди казахов лица, лишенные скота, являлись исключением, хотя с конца XVIII в. количество их в связи с разложением патриархально-феодального строя быстро возрастает.

Бесспорным является также наличие здесь внеэкономического принуждения со стороны знати в отношении родовичей, почему Гаввердовский говорит, что отдельные семейства «составляют как бы *собственность* родоначальников» [127]. Можно считать, следовательно, что основа производственных отношений феодализма, т. е. «собственность феодала на средств производства», «неполная собственность на работника производства» и «единоличная собственность крестьянина и ремесленника на орудия производства и на свое частное хозяйство» [128], в казахском обществе скотоводов-кочевников была налицо, несмотря на отсутствие земельной собственности. И незачем для понимания казахского общества как феодального *по типу производственных отношений* настаивать на том, что на месте частной крупной земельной собственности здесь выступает фактическое распоряжение казахской знатью районами кочевков [129]. Распоряжение кочевьями есть в данном случае лишь один из видов внеэкономического принуждения, которое, если оно является постоянно действующим рычагом определенной устойчивой системы общественных отношений, должно иметь свою экономическую базу. Таковой в данном случае является богатство, заключенное в огромных стадах. Следовательно, *распоряжение кочевьями* не заменяет отсутствующую здесь феодальную *земельную собственность*. Отсутствие последней связано с ведущей ролью кочевого скотоводства и ничтожной ролью земледелия, составляет одну из важных предпосылок недоразвитости «кочевого феодализма», застойности патриархально-феодальных отношений. Это нужно подчеркнуть,

а не стремиться найти все элементы феодализма, присущие оседлому феодальному обществу (либо некий их «суррогат») у казахов-кочевников. Тогда будет меньше места для переоценки возможностей прогрессивного развития в дореволюционном Казахстане, для переоценки силы и мощи казахского государства XVI–XVIII вв.

Специфические черты неразвитого феодализма у казахов-кочевников, наличие которых обуславливает характеристику господствующих здесь отношений как *патриархально-феодальных*, помимо отмеченных уже моментов (неотделенность ремесла от сельского хозяйства, эмбриональное состояние обмена, не затрагивающего почти вовсе замкнутое натуральное скотоводческое хозяйство, отсутствие земельной собственности и застойность общественных отношений) заключается также в многочисленных пережитках коллективной собственности, связанных с особыми формами организации, феодального хозяйства и внеэкономического принуждения. Здесь очень долго не было сеньории, вотчинного хозяйства, противостоящего общине. Хозяйство феодала-родоначальника до перехода к аульному кочеванию в XVIII в. укладывается в рамки родовой общины, где оно сосуществует с хозяйством эксплуатируемых им сородичей-общинников. Внеэкономическое принуждение внутри общины, члены которой связаны кровнородственными отношениями, осуществляется путем использования пережитков родового строя. Последнее обстоятельство имеет особое значение для понимания механизма казахской государственности. Само собою разумеется, что все эти особенности патриархально-феодальных производственных классовых отношений соответствуют уровню производительных сил, чрезвычайно далекому от уровня производительных сил развитого феодализма [130].

Необходимо заметить также, что специфические черты патриархально-феодального строя у казахов и особенно закономерности его развития во многом являются продуктом изолированности казахского общества, не подвергавшегося серьезному и эффективному воздействию обществ более высокой экономической структуры. Там, где общество кочевников-скотоводов развивалось в иных исторических условиях, где оно, как это было, например, с монголами XII–XIII вв., испытывало «давление избытка населения на производительные силы», толкавшее их к вторжению в соседние культурные государства [131], где оно разлагалось более или менее оживленными торговыми сношениями с этими соседями, там феодальное развитие шло другими путями, по-иному складывались общественные отношения.

5. Выводы⁶³

Подведем итоги. Первое крупное разделение труда — выделение пастушеских племен — осуществилось для племен, из которых сложилось казахское общество, в форме обособления и изоляции этих племен в степях Казахстана. Кочевое скотоводство в силу природных условий получило здесь значение устойчиво ведущей отрасли народного хозяйства и затормозило надолго, вплоть до XIX в., отделение ремесла от сельского хозяйства, а тем самым и возможность того прогрессивного развития, в основе которого лежит этот второй всемирно-исторический этап разделения труда.

Ведущая роль кочевого скотоводства, неотделенность ремесла и крайне незначительное развитие обмена способствовали тому, что казахское общество, развиваясь крайне медленно, продолжительное время не могло преодолеть самые ранние ступени развития феодальной общественно-экономической формации. Немалую роль сыграло в этом отложении также отсутствие до конца XVIII в. земельной собственности и фактической узурпации земли, которые не могут рассматриваться как первичная основа складывающихся у казахов феодальных отношений. Земельная собственность и узурпация земли феодалами являются здесь производными от концентрации в руках феодалов скота.

Казахское общество XVI–XVIII вв. является феодальным по типу господствующих здесь производственных отношений. Особенность общественного строя казахов как строя *патриархально*-феодального порождена некоторыми особенностями пути возникновения и развития классового феодального общества в Казахстане, а именно тем, что процесс классового феодального расслоения, происходивший в условиях неотделенности ремесла и слабости обмена, не породил «новую имущественную аристократию», а способствовал постепенному превращению в класс собственников старой родоплеменной знати. Вследствие этого родоплеменная варварская организация не была вполне устроенной для замены ее новой государственной машиной (созданной из элементов, оторванных от родовой организации из противостоящих ей), в значительной степени сохранилась, была приспособлена и использована феодализирующей родоплеменной знатью для нужд государственной

⁶³ В диссертации начинается на с. 188. При этом в «Содержании» диссертации «Выводы» указаны как специальный подраздел в гл. 2. В самом же тексте гл. 2 этот подзаголовок отсутствует и вместо него имеется горизонтальная черта с семью буквами «о» в середине (_____оооОооо_____). Такой же знак помещен в оригинале и в конце выводов, перед примечаниями. Здесь восстанавливается пропущенный заголовок «Выводы».

организации. Использование патриархально-родовой организации для целей классового подавления и внеэкономического принуждения составляет особенность *патриархально-феодальных* отношений.

6. Примечания к главе II⁶⁴

1. *Сталин И. В.* Соч. Т. V. С. 25.
2. Проблемы источниковедения. Т. III. С. 58; *Вяткин М.* Очерки. С. 15; Вопросы истории. 1945. № 3–4. С. 72–73.
3. Указ соч. С. 5.
4. Указ соч. С. 31.
5. Там же. С. 107 (подчеркнуто мною. — С. Ф.).
6. *Вяткин М.* Очерки. С. 115–116.
7. История Казахской ССР. С. 112.
8. Там же. С. 167 и сл.
9. Там же. С. 148.
10. *Маркс К.* К критике политической экономии. 1935. С. 29.
11. Известия ГАИМК. № 103. С. 172, 195.
12. *Вяткин М.* Очерки. С. 115, 156.
13. Указ. соч. С. 124.
14. Напр., с. 58–59, 6, 118–125.
15. Указ. соч. С. 125.
16. Дополнение к Актам историческим. Т. X. 1867. С. 389.
17. Из показаний Матвея Арапова 17 марта 1759 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 30. № 4. 1759. Л. 121–124 (подчеркнуто мною. — С. Ф.).
18. Журнал Тевкелева 1732–33 г. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 44.
19. ЛОИИ. Ф. 267. № 9–12. Рапорт Филата Гордеева от 17 июля 1760 г.
20. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. 1935. С. 97.
21. Там же. С. 106.
22. Там же. С. 127.
23. Там же. С. 108–110.
24. История Казахской ССР. С. 121–122.
25. *Георги. П.* С. 120, 126.
26. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 152.
27. *Бекмаханов Е.* К вопросу о массовости движения Кенесары // Изв. КазФАН. Сер. истор. Вып. 2. С. 84.
28. *Герман.* О киргизцах // Вестник Европы. 1821. № 21. С. 134; *Остафьев В.* Колонизация степных областей // Записки Зап. Сиб. отд. ИРГО кн. XVIII в. Вып. II. С. 54; *Харузин А.* Киргизы Букеевской Орды. С. 57.
29. История Казахской ССР. С. 148.
30. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. I. С. 140–141, 149 и др.
31. Там же. С. 136.

⁶⁴ В диссертации начинается на с. 191.

32. *Маркс К.* Формы, предшествующие капиталистическому производству. 1940. С. 23, 24.
33. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. IX. С. 278.
34. Там же. Т. XVI. Ч. 1. С. 89.
35. Там же. С. 91.
36. *Ленин.* Соч. Т. 1. 4-е изд. С. 136.
37. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 141.
38. Там же. С. 143.
39. Там же. С. 90 и 92.
40. Там же. С. 92 и 93.
41. Там же. С. 98.
42. Там же. С. 143.
43. Там же.
44. Там же. С. 140.
45. *Потанов Л. П.* К вопросу о патриархально-феодальных отношениях у кочевников: Автореф. доклада // Краткие сообщения Института этнографии. 1947. В. III. С. 66–67.
46. *Маркс К.* Капитал. Т. III. Ч. II. 1936. С. 544.
47. История ВКП(б). Краткий курс. С. 339.
48. *Маркс К.* Формы, предшествующие капиталистическому производству. ОГИЗ. 1940. С. 23.
49. Вопросы истории. 1945. № 3–4. С. 73.
50. *Маркс К.* Формы, предшествующие капиталистическому производству. 1940. С. 24.
51. *Вяткин М. П.* Очерки. С. 115–116; Вопросы истории. 1945. № 3–4. С. 73, 77, 79.
52. Вопросы истории. 1945. № 3–4. С. 74–75.
53. *Радлов В.* К вопросу об уйгурах // Записки Импер. Академии наук. Т. 72. Кн. I. 1893. С. 68 и *Radloff W.* Aus Sibirien. Leipzig, 1884. В. I. S. 513.
54. *Владимирцов Б. Я.* Общественный строй монголов. С. 37.
55. Из показаний Айдары Сафарова. 12.XI.1764 // ЦГАДА. Ф. 122. К 45. № 14. 1762–1765. Л. 158–159 / Из показаний Уракова и Гуляева 10.IV.1760 // ЦГАДА Ф. 122. К. 32. № 4. 1760. Л. 71 об., 72 об.
56. *Георги П.* С. 131.
57. *Вяткин М.* Очерки. С. III; Вопросы истории. 1945. № 3–4. С. 74.
58. *Вяткин М.* Очерки. С. 163 и сл.; Материалы. Т. IV. С. 3, 21–22 и др.
59. Об этом см. гл. III.
60. *Козин С. А.* Сокровенное сказание. 1941. § 207, 279.
61. Материалы по истории Казахской ССР. Т. II. С. 311 (печатается) (в дальнейшем цитируется — Материалы). Т. II (печатается).
62. Материалы. Т. IV. С. 70.
63. *Вяткин М. П.* Очерки. С. 114–115; Известия КазФАН. Сер. истор. Вып. 1. 1940; *Вяткин М. П.* Казахское общество в середине XVIII в. С. 74–79; Вопросы истории. 1945. № 3–4. С. 74.

64. *Маркс К.* Капитал. Т. III. Партиздат, 1936. С. 543.
65. Материалы. Т. II. С. 323–324 (печатается).
66. Вопросы истории. 1945. № 3–4. С. 80.
67. *Левшин.* Описание. Ч. III. С. 162.
68. Известия КазФАН. Сер. истор. Вып. 1. 1940. С. 4.
69. Записки купца Гока // ЦГАДА. Ф. 122. К. 8. № 4. 1742. Л. 71 об.
70. ЛОИИ. Ф. 267. № 213. Письмо Нуралы А. Р. Давыдову 26.VII.1759.
71. См. прим. 81.
72. См. главу III.
73. *Козин С. А.* Сокровенное сказание. 1941. § 73.
74. Известия КазФАН. Сер. истор. Вып. 1. 1940. С. 5.
75. *Румянцев П.* Киргизский народ в прошлом и настоящем. СПб., 1909. С. 19.
76. *Кабо Р.* Очерки истории и экономики Тувы. 1934. С. 46.
77. *Маркс Е.* Формы, предшествующие капиталистическому производству. С. 23.
78. Материалы. Т. II. С. 312 (печатается).
79. Там же. С. 296.
80. Из показаний Уракова и Гуляева 10 апреля 1760 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 32. Д. № 4. 1760. Л. 71 об., 72 об.
81. Из показаний Абзановых и Утяшева от 24 октября 1764 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 45. № 14. 1762–1765. Л. 173.
82. ЦГИАЛ. Ф. 1264. Оп. 54. Д. 276. 1848–29.⁶⁵ Л. 21.
83. ЦГИАЛ. Ф. Земск. отдел. 8-е делопроизводство. Оп. 861. № 44в. 1811–1823 (продолж.) Л. 202.
84. Отечественные записки. 1830. Ч. 42. С. 82.
85. История Казахской ССР. КазОГИЗ. 1948. С. 126.
86. Там же. С. 107.
87. Истарх Каз ССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 319. Д. № 3490. 1850.
88. *Шахматов В.* Земельные отношения во Внутренней орде в начале XIX века // Известия КазФАН. Сер. истор. Вып. 1. С. 50.
89. *Иванин М.* Внутренняя или Букеевская киргизская орда // Эпоха. 1304. № 12 (декабрь). С. 19.
90. *Вяткин М. П.* Очерки. С. 217, 247–248.
91. *Румянцев П.* Указ. соч. С. 6: «Султаны захватили в свои руки общественные земли, пользуясь властью, полученной от русского правительства».
92. *Маркс К., Энгельс Ф.* Немецкая идеология. Партиздат, 1935. С. 12.
93. *Гавердовский* (рукопись). Л. 71 об.
94. Материалы. Т. IV. С. 506.
95. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50 об.
96. *Вяткин М. П.* Очерки. С. 119.
97. *Георги. П. Ч. II.* С. 181.
98. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 11 об.

⁶⁵ В оригинале явная опечатка. Возможно, здесь — «–49 г.».

99. Рычков П. И. Топография Оренбургской губернии. Оренбург, 1887/1762/. С. 98.
100. Из рапорта майора Ренненкампа 31 марта 1753 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 21. 1753. Д. № 3. Л. 15–16.
101. Самоквасов. С. 168.
102. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 78.
103. Истарх Каз. ССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Л. 36.
104. Radloff W. Aus Sibirien. 1884. В. 1. S. 407.
105. Костенко Л. Средняя Азия и водворение в ней русской гражданственности. СПб., 1871. С. 30.
106. Шмидт Ю. Очерки Киргизской степи. Записки Зап. Сиб. отд. ИРГО. Кн. XVII. Вып. II. 1894.
107. *Le Play*. Les ouvriers européens. Paris, 1855. P. 56.
108. Румянцев П. Указ. соч. С. 52.
109. Radloff W. Указ. соч. С. 417.
110. Гавердовский (рукопись). Л. 67.
111. Там же. Л. 68.
112. Небольсин П. Очерки торговли России с Средней Азией // Записки ИРГО. Кн. 10. 1855. С. 71.
113. Деятельность. 1869. 22. VI. № 98. — Цит. по: Харузин. Киргизы Букевской орды. С. 57.
114. Красовский. Материалы для географии и статистики России. Области сибирских киргизов. СПб., 1868. Ч. II. С. 68–71.
115. Маркс К. Капитал. Т. III. Партиздат, 1936. С. 543.
116. Известия ГАИМО. № 103. С. 359.
117. Бернштам А. Социально-экономический строй орхоно-енисейских тюрок. VI–VIII вв. М.; Л., 1946. С. 5 и 146.
118. Маркс К. Формы, предшествующие капиталистическому производству. 1940. С. 24.
119. Георги. II. С. 126.
120. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 182.
121. Иакинф Бичурин. Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии. Ч. III. С. 64.
122. Тизенгаузен В. Сборник материалов, относящихся к истории Золотой Орды. Т. 1. 1884. С. 286.
123. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 110.
124. Плано Карпини. История монголов. СПб., 1911. С. 24.
125. Георги. II. С. 131.
126. Там же. С. 126.
127. Гавердовский (рукопись). Л. 71 об.
128. Сталин И. В. Вопросы ленинизма. 1939. С. 555–556.
129. Вяткин М. Очерки. С. 115–116.
130. Сталин И. В. Вопросы ленинизма. 1939. С. 556.
131. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. IX. С. 278.

ГЛАВА III КАЗАХСКОЕ ГОСУДАРСТВО В XVIII И НАЧАЛЕ XIX ВЕКА¹

1. Предварительные замечания²

Возникшее на патриархально-феодальной основе казахское государство было *по типу своему* государством феодальным, т. е. оно было организацией классового господства феодальной знати — ханов, султанов, биев, батыров и старшин.

В механизме казахского государства можно обнаружить некоторые черты феодальной государственной структуры. Политическая власть принадлежит каждому собственнику непосредственно и используется им как орудие внеэкономического принуждения для эксплуатации, политическая власть децентрализована, что типично для определенного этапа феодального развития; далее налицо некоторые чрезвычайно слабо выраженные элементы феодальной иерархии. В целом, однако, черты феодальной государственности выражены здесь настолько слабо, и, что еще важнее, в механизме казахского государства имеются такие существенные особенности, что нельзя безоговорочно определить это государство как феодальное. Ибо, если, определив как феодальное (а не патриархально-феодальное) казахское общество, мы исказили бы его сущность и закрыли бы путь к пониманию происходящих в нем процессов и законов его развития, то, определив как феодальное казахское государство, мы очень мало подвинемся вперед в понимании механизма этого государства. Нельзя согласиться с С. П. Толстовым, утверждавшим, что у казахов и киргизов «развитым формам феодальных отношений соответствуют также *вполне развитые формы феодального государства*» [1]. С. П. Толстов аргументирует это свое утверждение тем, что «киргизский манап и казахский султан опирались на отделенную от народной массы и противостоящую ей вооруженную силу своих дружинников-джигитов, вооруженной челяди». Но, во-первых, ниже

¹ В содержании диссертации слово «века» обозначено сокращенно: «в.». В тексте диссертации в названии главы слово приводится полностью. Название главы в диссертации С. Л. Фукса расположено на отдельной с. 198.

² В диссертации начинается на с. 199.

будет показано, что казахский хан и султан не располагал собственными вооруженными силами, достаточными для осуществления власти, и опирался на поддержку старшин. Во-вторых, «особая сила», отделенная от народа и противостоящая народу, есть самый общий и необходимый признак существования эксплуататорского государства вообще, и наличие этого стержня *всякой* государственности еще ничего не говорит в пользу «развитых форм феодального государства».

Нельзя также согласиться с определением в «Истории Казахской ССР» казахского государства XVI в. как «относительно централизованного феодального государства», в основе единства которого «лежит развитая система вассальных отношений», нельзя признать правильным понимание его как более развитого феодального государства, нежели такие «более ранние государственные объединения», как Киевское государство и империя Карла Великого [2]. Выше было уже отмечено, что «развитая система вассальных отношений» при отсутствии земельной собственности могла быть в лучшем случае «вассалитетом без лена» и, следовательно, системой дофеодальных, а не феодальных отношений. Попытка же противопоставить казахское государство, как *феодальное*, Киевскому государству и империи Карла Великого, как дофеодальным, или вообще «более ранним» государственным объединениям чрезвычайно наглядно дискредитирует всю концепцию казахской государственности, принятую авторами «Истории Казахской ССР». Империя Карла Великого возникла в связи с появлением аллода³, свободной частной земельной собственности, вытекающей отсюда концентрацией земельной собственности и созданием класса крупных землевладельцев. Ее созданию предшествовало разложение кровно-родственных союзов, особенно в связи с переселением франков на римскую территорию. Сословие простых свободных людей, ранее лишь экономически зависевших от вотчинников, теряет в это время свою свободу и становится в отношении феодальной зависимости [3]. В VIII в. развивается сеть настоящих рынков и на ярмарку св. Дионисия⁴ под Парижем сходятся купцы Испании, Прованса, Ломбардии и других областей. Регламентируется система мер и весов, развивается денежное обращение, чеканка монеты является королевской монополией, среди повинностей крестьян имеет место уже и денежный оброк. При таком характере производственных отношений империю Карла Великого обычно характеризуют

³ Аллод — отчуждаемое и переходящее по наследству земельное владение. Аллоды крупных собственников со временем превратились в феодалы (подробнее см.: Аллод // История государства и права. Словарь-справочник / Под ред. М. И. Сизикова. М.: Юрид. лит.-ра, 1997. С. 11).

⁴ Дионисий (Вакх) — в греческой мифологии бог виноградарства и виноделия.

как феодальное, а не дофеодальное государство [4], и считать ее «более ранним» государственным объединением, нежели казахское государство XVII–XVIII вв., совершенно очевидно не приходится.

В дофеодальном Киевском государстве⁵, в «империи Рюриковичей»⁶ бесспорно наличие городских центров торговли, но и высоко развитого, отделенного от сельского хозяйства ремесла, развитого обмена и денежного обращения. Широкая внешняя торговля быстро разрушает изолированность даже отдаленных от основного днепровского пути племен. Сильный рабовладельческий уклад и торгово-ростовщическая эксплуатация — все это дает картину значительно более высокого уровня производительных сил и большой классовой зрелости производственных отношений, нежели в Казахстане в XV–XVIII столетиях. Уже этого достаточно, чтобы отвергнуть представление о казахской государственности как государственности более высокого типа, нежели дофеодальные империи Карла Великого и Рюриковичей. К тому же понимание единства этих империй, как основанного на завоевании, принятое «Историей Казахской ССР», совершенно недостаточно. Единство это было продуктом быстрого прогрессивного развития и орудием решения важнейших исторических задач, поставленных этим развитием перед франками и славянами. Если население организовано только в мелкие общины, не имеющие общих интересов, то, — пишет Энгельс, — «условием дальнейшего существования нации становится государственная власть, возникшая и все более их эксплуатирующая» [5]. Создание дофеодальных империй и есть, прежде всего, создание такой власти, являющейся условием дальнейшего самостоятельного существования народа. Относительное единство империи Карла Великого было, в частности, необходимым условием отражения угрожавшей франкам внешней опасности, когда «саксы вторглись в рейнские области франков, авары в Баварию, арабы через Пиренеи в Аквитанию» [6]. Относительное единство дофеодальной империи Рюриковичей соответствовало как стремлению княжеско-дружинной верхушки держать в своих руках путь «из варяг в греки», так и стремлению всех славянских племен обеспечить свое независимое существование от опасных посягательств наступающих со всех сторон соседей. Объединительные стремления «Руси» и успешные завоевания (которые были бы невозможны без предварительного объединения), никогда не увенчались бы успехом,

⁵ Имеется в виду Древнерусское государство.

⁶ Империя Рюриковичей — государство династии Рюриковичей, русских князей в период IX–XVI вв. Родоначальник династии варяжский князь Рюрик согласно летописной версии умер в 879 г. Первоначально княжил в Ладоге, затем вместе с братьями Синеусом и Трувором был приглашен в Новгород.

если бы они не совпадали с коренными потребностями всего общества и не пользовались энергичной его поддержкой. Акад. Б. Д. Греков⁷ указал ту прогрессивную историческую задачу, ту большую политическую программу, за осуществление которой боролось восточное славянство в рассматриваемую эпоху [7]. История объединения сохранила достаточно примеров решающего участия самих славянских племен в этом объединении. Если от процесса создания славянского ядра империи перейти к созданию державы, простиравшей свое господство от Кавказа до Дуная, то и здесь нельзя сводить *основу* созданного единства к завоеванию. Часто военный потенциал славянских племен, их военная техника и военная организация уже задолго до создания империи Рюриковичей были достаточны для того, чтобы одерживать победы над таким сильным противником, как Византия, и сыграть огромную роль в определении судьбы Восточно-Римской империи. Но в период существования у славян строя военной демократии этого оказалось недостаточным для создания империи. Следовательно, завоевание было лишь способом создания империи в наиболее широких ее границах, действительной же основой созданного относительного ее единства были силы прогрессивного развития, обеспечившие объединение славян днепровско-волховского бассейна.

Определяя казахское государство как *феодалное*, мы конструировали бы, таким образом, «феодалное» государство на базе значительно более низкого уровня производительных сил и более отсталых производственных отношений, нежели производительные силы и производственные отношения *дофеодалных* империй. Одного этого достаточно, чтобы отвергнуть приведенное выше определение сущности казахского государства, данное в «Истории Казахской ССР». Оно так же неприемлемо, как неприемлемо сведение к феодализму патриархально-феодалных отношений казахского общества. И дело здесь не в термине, не в определении, а в том ошибочном представлении о путях развития казахского государства, которое следует за признанием его феодальным государством. Отсюда именно вытекает возможность переоценки его силы, мощи и перспектив его развития. Для того же, чтобы выяснить, чем отличается казахское государство от феодального, какова особенность его развития и в связи с этим каковы были реальные перспективы этого развития, для этого нужно обратиться к рассмотрению его структуры, его механизма. Конкретное историко-юридическое исследование

⁷ Греков Борис Дмитриевич (1882–1953) — академик АН СССР, историк. Автор трудов по истории России, южных и западных славян, русского крестьянства. В числе основных работ: «Киевская Русь», «Крестьянство на Руси с древнейших времен до XVII в.».

покажет, что государственная организация классового господства у казахов была построена преимущественно на использовании старого механизма родоплеменной организации и племенной государственности и что феодальные государственно-правовые отношения, не получившие сколько-нибудь серьезного развития, отнюдь не были господствующей, общей формой политической организации казахского общества.

Механизм и структура казахского государства существенно отличаются его от феодальных государств оседлых народов. Казахское государство не знает «разделения подданных по территориальным делениям» (Энгельс). Исходным звеном организации государственной власти, низшей ячейкой политической организации является здесь не территориальное объединение людей, а «родовые» объединения и их подразделение, хотя кровные связи уже потеряли здесь свое *решающее* значение, и «род» цементируется в основном политической властью биев и старшин, широко использующих для осуществления своей власти патриархально-родовые пережитки. В низшем звене государственной организации, т. е. в кочевой общине сородичей, отсутствует государственный аппарат, отделенный от народа, отсутствуют те особые отряды вооруженных людей, специальной задачей которых является государственное принуждение. Отсутствуют и «вещественные приделки» такого аппарата в виде тюрем и проч. Господство эксплуататорских групп внутри общины обеспечивается, главным образом, использованием экономической зависимости сородичей и «авторитета» родовой знати. При отсутствии государственного в собственном смысле слова аппарата в основной низшей ячейке политической организации центральный государственный аппарат также находится в зародышевом состоянии. Казахские ханы и султаны, как правило, непосредственно не имеют такого аппарата государственного принуждения (гвардии-полиции, армии), *который был бы достаточен для поддержания классового порядка и покорности своих вассалов*. Они не в состоянии монополизировать в своих руках даже судебную деятельность. В казахском государстве нет еще феодально-организованной армии и, как следствие эмбрионального состояния государственного аппарата, отсутствует упорядоченная система налогов. Отсутствие зависимости по «земле» делает отношения вассалитета крайне неустойчивыми, непрочными. Отсюда резко выраженное большей частью отсутствие единства государства, крайняя слабость центральной власти и эфемерный непрочный характер достигаемого временами объединения государства.

2. Казахский «род» как низшее звено государственной организации⁸

Рассмотрение казахского государства следует начинать характеристикой «рода» как своеобразной ячейки государства, как низшего и вместе с тем основного звена всей казахской государственности. Основного потому, что государственная власть, стоящая *над* родами, в Казахстане обычно крайне слаба, а порою и вовсе отсутствует. Даже в периоды, о которых принято говорить как о периодах наивысшего расцвета и могущества казахского государства, центральная власть являет собою политическую надстройку, лишённую устойчивости и развитого аппарата принуждения. Центральную власть нельзя здесь поэтому рассматривать как основной рычаг государственного механизма. Значение казахского «рода» как главного звена казахской государственности вытекает из того, что решающие отношения эксплуатации и классовой борьбы здесь складывались внутри рода. Только в конце XVIII в. классовая борьба эксплуатируемых превращается в массовое антифеодальное движение.

Основной слой класса эксплуататоров в казахском «родовом» обществе — это родовая знать. Территориальной общине, волости, марке, хотя она и классово дифференцирована, противостоит, в качестве *основного* эксплуататора, феодал-помещик, земельный собственник, выделившийся из общины или пришедший извне и подчинивший общину. В казахской кочевой общине основная группа эксплуататоров — родовая знать находится *внутри* общины. Дело не в том, что знать «белой кости», ханы и султаны, по сравнению с родовой знатью, довольно малочисленна. Дело в том, что повинности кочевников по отношению к султанам не вытекали непосредственно из их отношений в процессе производства, не были феодальной рентой. Право хана на долю в военной добыче, обязанность поданных поставлять хану и султанам скот для убоя и доения, обязанность содержать хана и султана во время его приезда были отношениями дофеодальными, эти отношения ближе к дани и налогу, они вытекали из роли хана как военачальника или покорителя (см. подробнее об этом ниже). Между тем решающими для политической структуры являются в конечном счете те отношения господства-подчинения, которые складываются в процессе производства.

Основное для казахского общества отношение эксплуатации осуществлялось в рамках рода путем использования родовой знатью рабочей силы сородичей в «коллективном» хозяйстве, средства производства которого были преимущественно частной собственностью родовой

⁸ В диссертации начинается на с. 207.

знати. Ханы и султаны не вмешивались во внутриродовые отношения. Следовательно, здесь же, внутри рода должен был существовать механизм внеэкономического принуждения, выполняющий задачи, осуществляемые обычно местными органами феодального государства или вотчинной полицией, вотчинной юстицией и т. д.

Что же представляет собою родовое объединение как низшая и основная ячейка государственной организации казахского общества во все времена существования казахского государства?

В дореволюционной литературе Н. Аристов убедительно показал, что казахский «род» никогда не был объединением, построенным на началах чисто кровных. На группировку населения в родовые объединения многочисленные экономические и политические факторы на протяжении тысячелетий влияли не менее, а более сильно, чем кровная близость. Потребность в пастбищах, в объединении для совместного кочевания, в объединении под властью военачальников для агрессии и обороны и т. д. — все это сплошь и рядом содействовало сплочению в одну группу чужеродцев. Но особенное значение должно было иметь включение в состав рода зависимых подвластных и эксплуатируемых, как отдельных лиц, так и целых групп, на что, впрочем, Н. Аристов не обратил внимания. Он подчеркнул, однако, одну интересную сторону процесса формирования родов, фактически не основанных на кровных связях. Именно то, что подобные «родовые союзы *народным сознанием приравняются к родовым единицам кровного происхождения*, хотя в состав их входят нередко части равных родов в даже семьи и группы иноплеменников» [8]. Н. Аристов объяснял это «могучим влиянием родового быта». Было бы, конечно, правильней отвести живучесть родовой формы к фикции кровного единства происхождения членов рода за счет условий кочевого скотоводства, при которых существование общины, основанной на территориальных связях, невозможно, а единственно возможной *формой* общинной связи является связь кровно-родственная, действительная или фиктивная. При этом и там, где кровная связь фиктивна, и там, где она реальна, она является лишь идеологической основой единства общины, фактором же, обеспечивающим реальность объединения, является власть, сосредоточенная в руках родовой знати. Ясно, следовательно, что, говоря о значении для казахского «рода» кровно-родственных связей, мы не имеем в виду преемство тех родовых и племенных связей, которые сложились на базе первобытно-общинного строя. Древнейшие родовые объединения тюрков и монголов, из которых сложилась казахская народность, многократно дробились, распадались и собирались из чужеродцев задолго до образования казахской народности. Речь идет лишь о сохранении сильно подточенного

принципа кровно-родственной связи как принципа объединения поколения, родов и отделений. Не следует, между прочим, переоценивать значение завоеваний для разрушения кровно-родственных связей. Основным фактором разложения были не внешнеполитические события, а классовая дифференциация казахского общества. Авторы «Истории Казахской ССР» подчеркнули большую роль завоеваний, в частности монгольского, в классовом разложении общины и разрушении кровно-родственных союзов [9]. Между тем замкнутый характер кочевой общины-рода на базе примитивного натурального хозяйства должен был сделать ее мало чувствительной к политическим бурям. Энгельс отмечал, что «постоянный деспотизм и сменяющееся господство кочующих завоевателей в течение целых тысячелетий не могли уничтожить древнего общинного быта» [10]. Маркс с одобрением цитирует отчет английской палаты общин об индийских делах, где об индийской общине говорилось: «Жители этих сел нисколько не беспокоились по поводу крушения и деления королевств... ибо основы их внутреннего хозяйства оставались неизменными» [11].

Социально-экономическая сущность «рода», несмотря на неясность ряда существенных деталей, в основном раскрыта в советской исторической литературе и раскрыта правильно. Наличие внутри казахского рода классов и феодальной *по типу* эксплуатации ни у кого не вызывает сомнения. Это и порождало потребность в организации систематического подавления неимущих в интересах знати. Наличие такой организации подавления делает «поколение», «род», «отделение» политической административной единицей, звеном государственной организации. Вместе с тем «поколение», «род», «отделение» как государственная организация, отмечена чрезвычайным своеобразием, а именно отсутствием территориальной связанности населения и очень слабым развитием особого аппарата государственного принуждения. Отсутствие территориальной связанности восполняется, как мы видим, связью кровно-родственной, а последняя потеряла уже здесь то решающее значение, которое позволяло ей в доклассовом обществе на базе общественной собственности на средства производства и коллективного труда быть основным принципом родового объединения. Место общественной собственности заняла местная собственность, хотя и со значительными пережитками родовой коллективности. Но коллективная форма хозяйствования в связи с особыми условиями кочевого скотоводства сохранилась в интересах эксплуататорской знати, создавая тем самым почву для того, чтобы сохранять значение кровно-родственной связи вместо отсутствующей территориальной связи. Здесь следует подчеркнуть, что в организации казахского государства вообще

чрезвычайно слабо выражено то «разделение поданных государства по территориальным делениям», которое Энгельс отмечает как одну из черт, отличающих государство от родовой организации. Пределы власти казахского хана определяются не принадлежностью ему определенной территории, а признанием его власти родоначальниками, независимо от места нахождения данных родов. Конечно, известная степень территориальной близости является условием реальности ханской власти, и откочевка часто служит способом отказа от подданства. о казахах, нападавших на русскую границу, хан Тауке, по словам Скибина и Трошина⁹, говорил, что «управы де ему на них дать невозможно, для того: живут на дальном расстоянии» [12]. Но территория кочевания сама по себе не определяет подданства. На одной и той же территории кочуют подданные разных владельцев. Во второй половине XVIII в. Младший и Средний жузы представляли собою отдельные ханства, имели своих отдельных ханов. Однако П. И. Рычков отмечал в то время, что на летовках Младшего жуза кочуют казахи Среднего жуза, «ибо у них между собою в том никакого раздела не бывает» [13]. Это замечание Рычкова надо понимать не в том смысле, что между отдельными жузами и внутри жузов не было споров о кочевках, но лишь в смысле отсутствия государственных границ между подданными отдельных жузов. Само собою разумеется, что это в еще большей степени относится к отсутствию каких-либо административных границ в пределах каждого жуза. Подвластность казахов даже после административных реформ царизма, вводивших административно-территориальное деление, определялась родовым, а не территориальным признаком, и в русских официальных документах она продолжала обозначаться так: «киргиз» такого-то рода, такого-то отделения, ведомства такого-то родоначальника-старшины.

Отсутствие территориального деления зависит, конечно, от кочевого образа жизни, но этой зависимостью не исчерпывается. Казахская знать держится за родовую организацию, борется против территориального разделения, потому что «род» наилучшим образом обеспечивает сохранение ее господства. Кочевое хозяйство не является абсолютным препятствием к введению территориального разделения кочующих подданных. Царизму такое территориальное разделение удавалось осуществить. По свидетельству оренбургской администрации в основу деления «области оренбургских киргиз», т. е. Малого жуза, на Восточную, Среднюю и Западную части «принято правило, чтобы киргизы разных частей во время летних кочевек сколь возможно меньше смешивались

⁹ Ф. Скибин и М. Трошин — русские посланники в ставке Тауке-хана в 1864–1865 гг. (см. подробно: История Казахстана. Т. 2. С. 436).

между собою», и это стремление удалось реализовать так, что смешение «получается лишь как немногие исключения» [14]. Точно так же и в Сибирской степи, т. е. в Среднем жузе, как это констатирует в 60-х гг. комиссия Гирса, разделение на округа по реформе 1822 г. установило границы кочевания и заставило казахов кочевать в пределах определенного округа [15]. При этом родовое начало уже при определении округов Среднего жуза и «частей» Малого жуза было сильно ущемлено. «Устав о сибирских киргизах» 1822 г., правда, устанавливает, что «округа преимущественно состояются из тех волостей, кои, считаясь в одном роде или поколении, обykle уже быть совокупно» [16], но при проведении реформы эта рекомендация «преимущественно» нарушалась. При разделении же на «части» Малого жуза, как указывает А. Добросмыслов, родовое начало вовсе не было принято во внимание [17]. Более детальное административно-территориальное деление (территориальные волости, аулы), предусмотренное еще уставом 1822 г., однако, оказалось трудно осуществимым и в 60-х гг. Существовавшее в это время, по крайней мере, в оренбургской степи подразделение было все еще «основано, большей частью, на родовом начале» [18].

Трудности, встреченные царским правительством при попытках замены родового разделения его казахских поданных разделением территориальным, объясняются не только тем, что территориальное разделение отгесняло кочевое скотоводство. Ожесточенное сопротивление казахов территориальному разделению вызывалось тем, что территориальное разделение ломало основы родовой организации патриархально-феодалного казахского общества и подрывало власть родоначальников. Царское правительство прекрасно это понимало. Также хорошо понимали это и казахи, протестовавшие против территориальной реформы. Один из султанов Среднего жуза писал по этому поводу Броневскому: «Как по пословице говорится, что ни одна дикая лошадь не была на конюшне, так точно как бы для оной предназначается смерть, то и для киргизов открытие дивана¹⁰ расстройство или гибель» [19]. Родовая внутритерриториальная организация была исконным принципом казахской государственности. Стремление царизма ввести последовательно проведенную до нижнего звена территориальную организацию было вызвано желанием искоренить последние остатки казахской государственности. Так и смотрела на это комиссия Гирса, когда связывала

¹⁰ Диван — в странах Ближнего Востока в Средние века первоначально — реестр податей и налогово-податное ведомство. В Золотой Орде и некоторых других государствах Средней Азии — центральные органы управления и организации власти (в частности, исполнительной власти) по различным вопросам и направлениям деятельности.

разделение на волости и аулы с задачей «ослабления родового начала» [20]. Гродеков также подчеркивает, что разделение кочевого населения на волости и аулы по закону 1867 г. имело «целью разъединение киргизских родов, ибо признавалось вредным в политическом отношении соединение большого рода под властью одного родоначальника» [21]. То же отмечал и Паллас: «Соединение многочисленного рода властью родоначальника могло затруднить поддержание спокойствия в степи» [22].

Все это, бесспорно, свидетельствует о том, что типичному для государства вообще территориальному разделению подданных в казахском государстве противостоит объединение их по «родам», т. е. по признаку действительной или мнимой кровной связи. Но это не может быть основанием к тому, чтобы отрицать наличие государства у казахов и оспаривать данную выше характеристику «рода» как звена *государственной* организации. Цитированное выше известное указание Энгельса, что государство отличается от родовой организации разделением подданных по территориальным делениям, не может [использоваться] механически хотя бы потому, что здесь и при родовом, догосударственном строе также отсутствует указанная Энгельсом предпосылка «связь членов рода с определенной территорией» [23]. Перед нами лишь одна из особенностей государства кочевников, которая обуславливает крайнюю слабость, неразвитость их государственной организации в сравнении с государственной организацией оседлых народов. Это последнее обстоятельство чрезвычайно существенно для понимания казахского государства и его истории.

Кровно-родственные отношения сохраняют и в XVIII, и в XIX вв. значение цементирующего начала. Но рядом с ними усиливается значение политического момента, играющего ту же роль. Момент политический проглядывает, например, в предании об объединении ханом Тауке семи самостоятельных родов в один род Жети-ру (Семиродцев)¹¹. Роды эти были будто бы объединены для того, «чтобы их от Алчинцев каким ни есть способом оборонить», так как в одиночку они не могли сопротивляться произволу со стороны сильного рода Алчин¹² [24]. М. П. Вяткин

¹¹ Жетіру — название казахского рода Младшего жуза (см: *Тынышбайұлы Мұхамеджан. Қазақ халқының тарихына қатысты материалдар. Жетіру // Қазақ шежіресі. Целиноград: Қаламгер, 1991 (ары қарай — Мұхамеджан Тынышбайұлы. Қазақ халқының тарихына қатысты материалдар. Жетіру / Қазақ шежіресі). 38–39 б.; Жетіру // Маданов Х. Кіші жүздің шежіресі. 101–108 бб.).*

¹² Алчин (Алшын) — общий собирательный этноним Младшего жуза. По преданиям казахов, до Тауке-хана Младший жуз состоял из алшынского союза разных родов, и Тауке-хан соединил семь слабых родов Среднего жуза и дал им имя жетыру, т. е. семь родов. Младший жуз стал после этого делиться на две части: алшын и жетыру. Предположительно в середине XVIII в. алшынский союз разделился на части — алимұлы

приводит ряд примеров в доказательство того, что в XVIII в. родовое кровно-родственное объединение не совпадает с объединением административным. Родовым старшинам подвластны либо отдельные части рода, или несколько родов, или отделения разных родов [25], и внутри рода оказываются в качестве подвластных чужеродцы, причем блюстители «родового начала» бии и старшины не только не находят в этом ничего предосудительного, но сами являются инициаторами включения определенных лиц в чужие им роды. Так, в знаменитом «Обете» 1803 г. родоначальники «старшины, бии, мурзы, батыры, уважаемые люди и все киргиз-казахи» просили ввиду «воровства» многочисленных бедняков, бродящих возле границы, распределить и распылить этих бедняков по всем родам и поручить им «подходящую работу» [26].

Беднота в данном случае оказалась — вследствие невозможности из-за отсутствия скота кочевать, — вне своего рода и, следовательно, вне единственно возможного у казахов административного подчинения и принуждения. Обеспечить такое принуждение в казахском государстве можно было только путем включения бедноты в какой-нибудь «род», который в этом случае отчетливо выступает в отношении бедняков как чисто административная организация, ибо кровные связи тут совершенно ни при чем. С согласия старшин такое же мероприятие — «разделить по аулам и причислить навсегда к своим командам» — рекомендует оренбургский военный губернатор кн. Волконский в отношении всех непокорных казахов, продолжавших грабить русские купеческие караваны [27]. Царская администрация всегда смотрела на род только как на хотя и нужную, но весьма неудобную административную единицу, и такой взгляд имел серьезный резон в самом существе рода. Особенно важно подчеркнуть то, что включение бедняков-чужеродцев в состав рода осуществлялось не только путем государственного, административного насилия, но и под давлением нужды и разорения. Об этом ясно говорит следующее сообщение Гавердовского: «Киргисцы бедные с малыми семействами вступают обыкновенно в аул под покровительство богатого старейшины и для снискания себе безопасности должны угождать своим покровителям, перенося иногда насилия» [28]. Сородичу же незачем вступать под «покровительство» старейшины: он и так находится под таковым. Упадок значения кровных связей в начале XIX в. толкнул

и байулы. Младший жуз стал состоять из вышеперечисленных двух частей и жетыру (семиродское поколение является калькой казахского жетыру). С этого времени алшын становится собирательным именем всего Младшего жуза, включая и жетыру. Алшын — название казахского рода (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких орд, и степей. С. 513–514; *Мұхамеджан Тынышбайұлы.* Қазақ халқының тарихына қатысты материалдар. Алшын // Қазақ шежіресі. 31–32 бб.).

Гавердовского даже к ошибочному отрицанию вообще значения кровной связи для объединения казахов в аул, отделение, род. Указав на ослабление кровных связей, Гавердовский пишет далее: «А от сего произошло, что *связи народные и общественные основаны у киргисцов единственно на личной безопасности*. Сии причины, соединив несколько семей, составили аул или улус... несколько таковых улусов, *сближенных родством...* составляют удел» и т. д. [29]. Изложение Гавердовского, как мы видим, не отличается последовательностью, но интересно, что такой сведущий писатель, как Гавердовский, так низко оценивал значение кровного родства для родовой организации казахов.

Таким образом, род превращается в административную единицу. Крово-родственные отношения из момента, внутренне связывающего, объединявшего родовичей в силу традиции и расчета на взаимную помощь и защиту, превращаются в признак, наличие которого дает основание требовать подчинения старшине и аульной знати, интересы которой старшина представляет. В казахском праве это вырождение кровнородственных начал родового объединения не выражено достаточно категорически. Но обычное право калмыков, у которых род развивался в основном в том же направлении и на той же кочевой основе при большей мощи кочевой государственности — отразило аналогичный процесс чрезвычайно выпукло. Так, в повелениях и приказах Галдан-Хунг-Тайджия, относящихся к 1678 г., указано: «Ежели которого оттока¹³ люди от улуса своего замешаются с людьми другого улуса, и таких людей собирать и определять их по прежним оттокам; а буде найдутся и такие, которые в отоках еще не были, их вновь раздать такожде по оттокам» [30].

Решающий момент для характеристики казахского рода как звена государственной организации, как внетерриториальной административной единицы, — это государственный характер осуществляемого родовыми властями принуждения. Существует ли здесь для этого особая сила, сила, не совпадающая с населением, противопоставляющая себя населению, власть, действующая в интересах эксплуатирующего меньшинства против большинства трудящихся? Такая власть здесь безусловно налично, хотя к ней придется отнести замечание Энгельса: «Эта власть может быть весьма незначительной, почти незаметной в обществах с еще неразвитыми классовыми противоречиями...» [31].

Органом родовой власти являются стоящие во главе различных родовых объединений родоначальники, именуемые старшинами, биями или батырами. Почетные звания биев и батыров очень часты

¹³ Здесь и далее в оригинале: «отоках» — с одним «т».

у родоначальников. Наличие этих званий не меняет характера власти родоначальника, свидетельствуя, да и то далеко не всегда, лишь о том, что данный родоначальник не только один из богатейших людей аула, отделения, рода, но выделяется также своим умением разрешать споры (бий), либо отличился как лихой предводитель в военных столкновениях (батыр). Так как старшинское достоинство и звание бия имеет тенденцию к наследственному закреплению, то звание бия далеко не всегда свидетельствует о судейской мудрости родоначальника и часто является просто титулом знатности и богатства. Подробно вопрос о биях как судьях рассматривается в очерке о судоустройстве. Здесь же задача ограничивается общей характеристикой власти родоначальника, независимо от того, именуется ли он старшиной, носит ли звание бия, батыра, мурзы, тархана¹⁴ и т. д.

Источники и литература дают довольно значительный материал для характеристики власти родоначальников, хотя данные эти имеют достаточно конкретный характер, главным образом, тогда, когда речь идет о старшинах — родоначальниках крупных родовых объединений, ибо они-то в первую очередь интересовали царскую администрацию. Все имеющиеся у нас данные единогласно подтверждают, что подлинным основанием власти родоначальника любого масштаба является его богатство, к которому лишь могут присоединяться и некоторые личные достоинства, ценные в администраторе и вожде родового объединения, как, например, административный опыт, судейская опытность, дипломатические способности, искусство военного предводителя. Родоначальник должен быть способен осуществлять свою власть, должен

¹⁴ Тархан — титул в ряде восточных стран, известный со времен Монгольского государства Чингис-хана, дающий определенные привилегии его обладателю. Согласно Джувайни, тарханы у Чингис-хана — это «те, кто освобождается от обязательной уплаты дани и кому выделяется часть от добычи, захваченной в каждом военном походе; они могут являться к хану без разрешения и позволения, когда бы ни пожелали» (см.: *Ата-Мелик Джувейни. Чингисхан. История завоевателя мира* / Пер. с англ. М.: Изд. дом «Магистр-Пресс», 2004. С. 27).

По мнению дагестанских историков, термин «тархан» («свободный от налогов») пришел (в Дагестан) из Хазарии (см.: *Гаджиев М. Г., Давудов О. М., Шихсаидов А. Р. История Дагестана с древнейших времен до конца XV в. Махачкала: Изд. ДНЦ РАН, 1996. С. 276*). Некоторые российские историки государства и права считают «тархан» термином тюркского происхождения и определяют его как, во-первых, «название феодала (князя) у средневековых тюркских народов, в Хазарском каганате IX–X вв.» и, во-вторых, как «освобожденные от уплаты налогов земля и другое имущество феодальной знати в Закавказье, Средней Азии, Казанском, Астраханском и Крымском ханствах». Кроме того, «тарханские грамоты» разьяняются как «грамоты, дававшиеся Золотой Ордой церкви, монастырям и князьям на налоговый, судебный и другие иммунитеты (см.: *История государства и права: Словарь-справочник* / Под ред. М. И. Сизикова. М.: Юрид. лит., 1997. С. 254).

владеть силою принуждения. Поэтому лучшим претендентом на пост родоначальника всегда будет тот, кто является главой «многочисленного семейства», под каковым понимается здесь не только союз кровных родственников, но и весь круг подвластных и зависимых людей. При таком понимании семейства богатство и «многочисленность семейства», конечно, совпадают. Принадлежность к сильному и влиятельному роду также лучше обеспечивает возможность осуществления власти; старость, при прочих равных условиях, дает гарантию житейского опыта; принадлежность к семье бия, батыра, старшины создает презумпцию о пригодности к выполнению этих функций.

Решающая роль богатства, как основания власти родоначальника, хорошо подчеркнута в довольно многочисленных «описаниях», «сведениях» и «известиях» XVIII в. «В каждом роде начальствует у них тот, которой богатее и почитается между ими разумнейшим», — говорится в «Описании о кирхис-кайсацком народе», составленном в 1747 г. П. Рычковым [32]. о том же, несколько подробнее, говорит и записка «О киргискайсаках» конца XVIII в.: «Подлой народ во всяких случаях большее послушание оказывает старшинам во уважение их персонального качества *богатства и количества рода...*»; «старшин делают по собственным народа избраниям не только по старшинству лет, но и по старшинству рода и чрез достоинство их, яко то, кто разумнее прочих и которой может разбирать междуусобные их споры и ссоры и делать по оным справедливое разсуждение, а при том и *кто больше имеет фамилии и сродников и скота...*» [33]. Гавердовский говорит, что бии и батыры присваивают себе власть «соответственно состоянию своему и изворотливости» [34]. В «Известии о киргис-кайсацком народе, сочиненном в коллегии иностранных дел» отмечается, что пост старшины достигается также военной доблестью. Речь идет о старшинах-батырах: «Всяким родом предводительствует старшина, сие звание получается и по старшинству лет, а не меньше также и по приобретенной славе в удачном предводительстве при нападении на окрестные народы» [35]. Так как войны с «соседними народами» ведутся всегда сравнительно крупными силами, то воинская слава служит основанием для того, чтобы стать старшиной, преимущественно в крупных родовых объединениях. В середине XIX в. д'Андрэ заметил, что звание бия может получить лишь тот военачальник, который, «благоразумно действуя войском, цель этих действий будет клонить к общему благу, как то к защите своих соплеменников от нападений хищников или соседних к орде прилежащих азиатских народов. Но предводитель какой-либо шайки барантовщиков, имея в виду лишь один грабеж, как возмутитель общественного спокойствия не может именоваться бием» [36].

Разумеется, мало быть ловким джигитом, удалым барантовщиком, чтобы стать старшиною аула, от которого требуются совсем иные качества. Но хорошие полководцы в роли старшин больших родов, в роли главных старшин встречаются нередко. Таков знатный старшина, известный Букенбай-батыр¹⁵, который в 1731 г. жаловался Тевкелеву, что «от непостоянного киргис-кайсацкого жития себе имеет великое беспокойство, понеже при всяких военных случаях в первых огнях и выездах бывает он Букенбай, и в первых может и погибнуть, как и четыре брата его большие в таких же случаях Хонтайшау¹⁶ убиты» [37]. Его роль знатного старшины несомненно связана с его выдающейся ролью в борьбе казахов с Джунгарией. Таким же старшиною-батыром является «главный старшина Кирейской волости Кужебердей». К нему, «как оной почитается у них наездником», обращается в 1771 г. Аблай с требованием выступить «со всеми киргисцами своими» против калмыков [38]. Само собою разумеется также, что у этих старшин-полководцев налицо и богатство, и «многочисленная фамилия», хотя, может быть, приобретенные в результате выдающихся воинских подвигов.

В конце XIX в. акад. В. Радлов дает характеристику биев-старшин, которая от того, что мы узнаем из источников XVIII в., отличается разве только некоторой переоценкой значения идеологического момента в господстве биев. Стоящий во главе отделения бий — это, по Радлову, «лицо богатое, духовно одаренное, справедливое и сильное большой семьей». Одни из биев приобретают свое положение «справедливостью, правосудием и мудростью», другие «обширностью семьи и богатством» [39]. В другой работе В. Радлов говорит о биях-старшинах как о лицах, «которые отличаются происхождением от родов, бывших прежде могущественными, богатством, духовными способностями, справедливостью, но, главное, большим количеством родичей, могущих, в случае надобности, поддержать слово делом» [40]. Если бы мы позволили себе довериться этим характеристикам В. Радлова, то пришлось бы сделать вывод, что в конце XIX в. духовная одаренность, справед-

¹⁵ Қанжығалы Бөгембай Ақшаұлы, Богембай батыр (1680–1778) (аргын) — полководец, командующий, предводитель всеказахского ополчения в Отечественной войне казахского народа против джунгарской агрессии в 20-х гг. XVIII в., дипломат, один из организаторов всенародной освободительной Отечественной войны с джунгарами. Его ополченцы сражались с яицкими казаками, джунгарами, вооруженными силами Цинской империи (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 126, 141).

¹⁶ Хунтайджи (хонтайдзи) — титул джунгарских ханов Батура (годы правления: 1635–1653) и Цеван-Рабдана (1697–1727). Остальные джунгарские правители — Сенге (1654–1670), Галдан (1670–1697), Галдан-Цэрэн (1727–1745), Цэван-Дорджи-Намджи (1745–1750), Лама-Доржи (1750–1753) и Давац (1753–1755) (см.: Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 439).

ливость, мудрость и правосудие биев-старшин играли даже большую роль, чем в XVIII в., роль в закреплении за ними функций власти. Источники XVIII в. были трезвее в оценке оснований власти биев-старшин, и как бы для того, чтобы устранить им же навеянное сомнение по поводу действительных оснований этой власти, В. Радлов не слишком последовательно сообщает, что власть этих мудрых, справедливых и правосудных начальников покоится на простой узурпации: «Власть бия есть, в сущности всегда власть, захваченная силой известной семьи или ее представителем, которую другие признают лишь понуждаемые к тому обстоятельствами» [41]. Ясно, что возможность узурпации дается только богатством и сопровождающей богатство «многочисленностью фамилии». Момент узурпации в установлении власти старшин задолго до Радлова отметил также, хотя и не очень четко, Гавердовский. В его «Обзрении» имеется следующее примечание: «Хотя достоинство биев и батырей приобретает не без опасного к тому предуготовления, а иногда сначала, как будто шутя, придается первое говорунам, а другое удалцам, но, наконец, мало по малу, с сим названием присвоят они себе и власть соответственно состоянию своему и изворотливости» [42]. В этом плохом положении нетрудно все же разглядеть мысль, что богачи и изворотливые люди используют свою славу биев и батырей для того, чтобы *присвоить* себе власть, узурпировать ее.

В связи с отмеченным у Гавердовского и Радлова узурпаторским характером власти биев-старшин следует рассмотреть вопрос о значении наследственности и выборности в установлении этой власти. Хотя совершенно ясно, что в условиях феодализма сила, а не право определяет возможность занятия тех или иных командных постов, и в этом смысле цитированные авторы вполне правы, говоря об узурпации власти старшинами, однако трудно себе представить, чтобы обычное право отказалось от регулирования порядка замещения места родоначальника. И действительно, источники сплошь и рядом говорят то о наследственности власти старшин, то о выборности старшин.

Цитированная уже записка «О киргискайсаках» конца XVIII в. прямо говорит, что «в родах киргиз-кайсацких старшин делают *по собственным народа* избраниям» и что «сей чин не наследственной потомкам его а единственно то для старшин за персональное его достоинство делается» [43]. В «Описании» Н. Рычкова 1747 г. также читаем, что «в улусных... старшинах бывают у них люди выборные по разуму и богатству...» [44]. Следует, может быть, отметить также, что при Тауке, по преданию, главные старшины жузов были также избраны; как сообщает об этом Гавердовский, «старики по совету Тявки хана выбрали трех старшин» [45].

Литературные источники XIX в., напротив, как правило, подчеркивают наследственный характер власти старшин. По Броневскому, «Бий — есть начальник одного из родов — он управляет аулом... право на звание бия есть наследственное» [46]. По Баллюзеку, власть биев «была наследственной в их потомстве до тех пор, пока не сменялась их династия новыми лицами», приобретаемыми «общую любовь», а вместе с нею и власть будто бы «без всякого... со стороны их соперничества и пагубных для народа интриг с первыми» [47]. По Красовскому, и в древнейшие времена казахи не знали выборности ни ханов, ни старшин. «Каждое племя управлялось своим старшиною, власть которого тоже была освящена преемственностью в роде...» [48]. В очерке о судеустройстве ниже приводятся еще многочисленные свидетельства наследственности биев, поскольку речь идет о биях-судьях. Это, несомненно, имеет значение и для настоящей темы, поскольку, особенно для XVIII в., вряд ли можно провести границу между биями-судьями и биями-старшинами, что подробнее аргументируется в том же очерке о судеустройстве. Кроме того, легко указать и на конкретные случаи преемства старшинской власти по наследству. Сын известного старшины Жанибек-тархана¹⁷ Даутбай-тархан¹⁸ стал старшиной после смерти отца. Интересно, что он считал себя наследственным владельцем и писал об этом Войекову в ноябре 1768 г. так: «По наследству отца моего нахожусь у того ж киргис кайсацкого народа главным командиром старшиною» [49]. В прошениях и жалобах, подписанных казахскими старшинами, мы нередко также встречаем биев, сыновей биев, например, «Кобек-бий сын Косбай-бия¹⁹» [50]. Только наличием наследственности можно объяснить существование между старшинами местничества, о котором сообщал переводчик Гуляев, докладывавший Неплюеву, что при переписи старшин, прибывших на торжество «выборов» Нуралы, между ними начались ожесточенные споры из-за старшинства, ибо «всяк себя хотел лучше предпочитать» [51].

¹⁷ Жанибек-тархан — полное имя Шакшак Жанибек Кошкарулы (Шакшак Жәнібек Қошқарұлы) (1693–1752), тархан, бий, батыр племени аргын Среднего жуза; соратник Абулхаир-хана, активный участник многочисленных казахско-джунгарских войн, один из руководителей антиджунгарского народного ополчения (см. о нем: Жәнібек тархан: Деректі повесть және поэмалар мен құжаттар / Жалпы ред. басқ. Қ. Сәрсекеев. Алматы: Аймақ, 1994; Ерофеева И. В. Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. С. 298, 299, 300, 305; Төреқұл Н. Даланың дара ділмарлары. I–II кітап. Алматы: Қазақстан, 2001. 194–201 бб.).

¹⁸ Даутбай-тархан, сын Жанибек-тархана, принимал участие в событиях крестянской войны под предводительством Е. Пугачева, обменивался с последним сообщениями (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 218–219).

¹⁹ Тархан Кара Кобек-бий, сын Косбай-бия (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 134–135).

В том, что одни источники говорят о выборности, а другие о наследственности старшин, не следует видеть противоречия. Различные источники просто отражают тот сложный переходный порядок преемства, при котором, по словам Энгельса, наследственность выражается в «обычном избрании... преемников из одних и тех же семейств», которое позже переходит в наследственную власть [52]. Это один из пережитков ранних дофеодальных форм государственности, которые так характерны для казахского государства и которые, как увидим ниже, определяют также и порядок замещения ханского престола. Следовало бы, возможно, обратить внимание на то, что сообщения о выборности старшин относятся к XVIII в., тогда как источники XIX в. большей частью говорят о наследственном характере власти старшин. Это вполне соответствует и теоретическому представлению о постепенном, в меру развития феодальных отношений укреплении начала наследственности должностей.

Перейдем теперь к вопросу об объеме власти старшин и о механизме ее осуществления. Само собою разумеется, что объем и характер власти старшин зависит прежде всего от того, имеем ли мы дело со старшиною крупного или мелкого родового объединения. Нас в данном случае меньше интересует такой «главный старшина», как Жанибек-тархан, который, по словам Неплюева, был «между киргис-кайсаками не менши ханов сплек» [53], либо старшина Большого жуза Туле-бий²⁰, о котором в «сказке» Мансура Асанова в 1744 г. также сказано было, что он «в Ташкенте больше хана владельцем почитается» [54]. о деятельности и власти таких крупных старшин уместно говорить там, где речь пойдет об органах центральной власти казахского государства. Здесь же мы попытаемся выяснить объем и механизм осуществления власти старшины низового родового объединения, о чем и говорят цитируемые ниже источники. Власть старшин велика. В. В. Вельяминов-Зернов характеризует биев-старшин как «главную основу внутреннего распорядка в степи» [55]. «Владея родами, — говорит указанный автор, — бии давали им направление и склоняли их в ту или другую сторону». В. Радлов подчеркивает, что влияние бия «простирается на все дела общественной группы, которая ему подчиняется». Значение данного родового объединения «возрастает со значением и влиятельностью руководящего им бия. Благодаря ему связь между аулами укрепляется,

²⁰ Төле би Әлібекұлы — казахский бий, имел звание «Төбе бия» (старшего бия), титул батыра, был правителем Ташкента (см.: Төрекұлов Н., Қазбеков М. Қазақтың би-шешендері. 1, 2-кітап. Алматы: Жалын, 1993. 44-88 б.; Зиманов С. З. Три законодателя и легенды века // Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования. Т. 1. Алматы: Жеті жарғы, 2004. С. 152; Төле би // Там же. С. 209–382).

подплемя получает большее влияние сравнительно с другими подплеменами, отдельные семьи, даже целые аулы присоединяются к нему, так как находят в этой новой общине лучшую защиту своих интересов. Таким образом возникают часто из новых, вначале незначительных подплемен, благодаря личному влиянию бия, сильные влиятельные общины, имя бия становится для этой общины новым племенным именем, которое не утрачивается и после смерти бия» [56]. Такой роли бия в жизни родового объединения вполне соответствует огромная его власть. Недаром Гавердовский говорит, что отдельные семьи составляют «как бы собственность родоначальников», и оценивает законы Тауке как попытку «ограничить самовластие родоначальников постановлением кратких законов». В 60-х гг. XIX в. Гейнс, ознакомившись с политической сущностью казахского рода, писал: «Родоначальники — безусловные владыки своих родовичей. Их приговор окончателен и исполняется немедленно. Адаевцы²¹ рассказывали, что старший брат убил младшего за то, что он не хотел исполнять приказания Махамбета²²» [57]. По «Обету» 1803 г. старшины, главы рода, представляют своих сородичей во всяком споре. Всякий обиженный членом другого рода должен, чтобы «добиться своего права», «докладывать главам рода», которые своей властью решают вопрос об удовлетворении. По сравнению с законами Тауке здесь власть старшин значительно возрастает, но и законы Тауке в начале XVIII в. устанавливали, что «разбирать ссоры и произносить приговоры над виновными должны, если не сам хан, то правители и старейшины тех аулов, к которым принадлежит истец и ответчик...» [58].

Некоторые наблюдатели отрицали [наличие] у старшин власти. Паллас, например, сообщает: «Многочисленный киргизский народ живет в неограниченной вольности в сравнении калмыков, которые так много

²¹ Адай — казахский род Младшего жуза.

²² Утемисов Махамбет (1802–1847) — один из руководителей народно-освободительного восстания в Букеевском ханстве в 1836–1837 гг. (см.: *Таукелев А. Н. Политические идеи общественных движений в Младшем жузе в первой четверти XIX в. // Юридические науки (КазГУ). Алма-Ата, 1976. Вып. 6. С. 3–11; Аманшин Б. Дауылпаз ақын // Өтемисов Махамбет. Жыр-семсер. Өлендер. Алматы: Жазушы, 1979. 5–14 бб.; Махамбет. Песни воина. Алма-Ата: Жазушы, 1989; История Казахстана. Т. 3. С. 337–344; Народно-освободительное движение казахов в 1836–1838 годах: Документы, материалы, статьи. Алматы, 1992; Асфендияров С. Восстание Исатая Тайманова, Кенесары Касымова и других. Освободительное движение периода завоевания // История Казахстана (с древнейших времен). С. 159–166; Ақын тағдыры. Зерттеулер. Судьба поэта. Исследование: 1927–1946 / Ред. совет: Анес Г., Зиманов С., Кекильбаев А. и др. Алматы: Арыс, 2003. — См. также: *Махамбет Өтемісұлы. Шығармаларының төрт томдық академиялық жинағы. 1-4 т. Алматы: Ғылым, 2003.**

малых властителей над собой имеют. Каждый киргизец живет так, как вольный господин... Однако, каждое *поколение или аймак* имеет над собою главного, которому все, происшедшие от одного колена, оказывают *добровольное послушание*» [59]. П. И. Рычков сообщает со своей стороны, что «власти *надлежащей* не только старшины, но и сами владельцы над народом *почти* не имеют; разве тогда, когда для добычи ездят или защищаются от неприятелей своих, ханам и старшинам своим повинуются и по их приказам собираются и поступают» [60]. По сообщению Георги, «и такие определения, которые сделаны с общего согласия всех аймакских начальников, исполняются народом токмо по толику, по колику они ему угодны, и всяким частным человеком, когда только предвидит он себе от того пользу, нарушаются» [61]. В записке «О киргискайсаках» конца XVIII в. читаем: «Когда оные старшины, ханские дети и прочие солтаны, в случае народного какого либо требования, служат им по желанию их, то за то они киргиз-кайсаки их любят и почитают, а в противном случае пренебрегают» [62]. Приведем еще мнение генерал-губернатора Игельстрема²³, изложенное им в объяснительной записке 1789 г., что «тот только слушается старшин и расправ, кто сам желает» [63].

Число подобных высказываний можно было умножить. Но опровергают ли они приведенные выше сообщения Гавердовского и Гейнса, мнение Вельяминова-Зернова и Радлова о безусловной и твердой власти старшин в отношении подчиненных им родовичей? Думается, что ни в какой мере не опровергают. Чтобы убедиться в этом, следует, прежде всего, обратить внимание на различный характер источников, говорящих в пользу сильной власти старшин и отрицающих таковую. Гавердовский был в плену у казахов и видел власть старшины рода, так сказать, вплотную. Гейнс обследовал социальные и политические отношения казахов со специальной целью выяснить удельный вес и значение родового начала, чтобы определить отношение к нему при предстоящей реформе. Его интересовало именно звено родовой казахской организации, поскольку все высшие звенья казахской государственности были уже к тому времени уничтожены. Что же касается наблюдателей, отрицавших сильную власть старшин, то это, во-первых, ученые-

²³ Игельстром Осип Андреевич (Отто Генрих фон Игельстром) (1737–1817) — генерал от инфантерии, барон, позднее граф (1792); симбирский и уфимский генерал-губернатор (1784–1790), наместник псковский (1792), наместник киевский и черниговский (1793), главнокомандующий русскими войсками в Варшаве (1794), оренбургский военный губернатор (1796–1798) (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 507 (комм. 72); *Семенов В. Г., Семенова В. П.* Губернаторы Оренбургского края. Оренбург, 1999; *Ерофеева И. В.* Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 20).

путешественники, как Паллас и Георги, которые видели аул проездом и интересовались общественными отношениями казахов лишь попутно наряду с географией, геологией, зоологией, ботаникой, этнографией и т. д. Способ наблюдения не давал им возможности вникнуть в существо внутривидовых отношений. Они охотнее останавливаются на характеристике казахского политического строя в целом и склонны подчеркнуть то, что бросается в глаза своей необычностью с точки зрения европейских представлений о политической жизни. Поэтому Георги говорит о «необузданной вольности» казахов, о том, что «не хочет никто из них быть у другого рабом или слугой», что «все равны вольные люди», хотя тут же отмечает наличие богатых и бедных, «дворянства» и рабов [64]. Поэтому и Паллас находит возможным утверждать, что «киргизский народ живет в неограниченной вольности», что «каждый киргизец живет так, как вольный господин» [65]. Оценка власти старшин, даваемая представителями царской администрации во второй половине XVIII в. (Рычков, Игельстром и др.), также есть продукт того особого угла зрения, под которым производились наблюдения. В эту пору, когда царизм в Казахстане ставил ставку преимущественно на ханов, превращаемых в агентов царизма, пограничная администрация не имела достаточной возможности ознакомиться с внутривидовыми отношениями казахов. Ее представления о силе и влиянии органов государственной власти в Казахстане складывались под впечатлением крайней слабости тех органов центральной власти, ханской и султанской, с которыми она повседневно сталкивалась. Что пограничная администрация даже в первой четверти XIX в. не знала, как ей надлежало бы знать, политической структуры казахского общества, об этом очень убедительно говорит Добросмыслов: «Мы не знали ни числа поколений и родов в этих ордах, весьма часто смешивая эти понятия и значительно увеличивая число родов в Малой орде, принимая за роды отделения и подотделения, ни места кочевков, установленных обычным народным правом, ни нравов, ни обычаев, ни даже действительных поколений и родов» [66].

Следует также обратить внимание на неопределенность свидетельств источников, подвергающих сомнению наличие власти у старшин. Паллас рядом с «неограниченной вольностью» констатирует наличие «добровольного послушания». Рычков говорит, что у старшин «почти» нет «надлежащей» власти. Нетрудно себе представить, какую власть этот представитель абсолютистской, полицейской державы считал «надлежащей». Георги говорит, собственно, не о власти старшин, а о силе постановлений, сделанных «с согласия всех аймакских начальников». В записке «О киргискайсаках» сбиты вместе «старшины, ханские дети

и прочие солтаны». Для оценки, например, сообщения Игельстрема нужно иметь в виду, что в конце XVIII в. царское правительство возложило на главных и родовых старшин ряд полицейских обязанностей по осуществлению своей колонизаторской политики и о власти этих старшин судило по тому, как эти задачи, глубоко враждебные национальным интересам казахов, осуществлялись старшинами. Негодность такого критерия для понимания характера власти старшин, как органа казахской национальной государственности, совершенно очевидна.

В силу таких особенностей этой категории источников нужно отдать предпочтение сообщениям Гавердовского и Гейнса, свидетельствующим о наличии у старшин сильной власти. Для XVIII в. и начала XIX в. наличие такой власти бесспорно. Оно подтверждается также той ролью, которую играла родовая знать в «годы великого бедствия», ее неоднократно доказанной способностью оспаривать власть ханов и султанов. Нет оснований считать, что сильная власть родовой знати, родоначальников, старшин, биев над сородичами связана только с успехами родовой знати в ее борьбе со знатью «белой кости», которые имели место в XVIII в. Структура и механизм казахской государственности таковы, что старшины не черпают свою власть из власти ханов и султанов. Напротив, хан силен поддержкой родовой знати. Такие учреждения, как выборы хана родовой знатью, ежегодные съезды знати для решения важнейших дел, совет старейшин, военная помощь знати хану — это древнейшие учреждения казахского государственного строя. Они имели смысл только потому, что родовая знать на всех этапах крепко держала в своих руках родовые союзы.

Итак, наличие сильной власти у старшин не вызывает сомнений. Они «безусловные владыки своих родовичей» (Гейнс), последние же «составляют как бы собственность родоначальников» (Гавердовский). Как же осуществляется во внутривидовых отношениях классовое принуждение, каков механизм власти родоначальника, действующего в интересах родовой знати?

Решающим, в конечном счете, фактором, обеспечивающим подчинение, является экономическая зависимость массы сородичей от родовой знати. Здесь и «скудные», уже получившие «родственную помощь» в форме сауна и в «знак благодарности, приглядывающие за скотиною своих благодетелей» [67]. Здесь все маломощные, которым «помощь» богатых сородичей может каждый день понадобиться, как избавление от голодной смерти. К тому же даже независимо от прямой материальной помощи каждый рядовой казах, не являющийся собственником больших стад, знает, что с небольшим количеством скота он не может кочевать самостоятельно. Этого не позволяют условия кочевого

скотоводства, и он вынужден цепляться за родовое объединение, а следовательно, вынужден подчиняться родоначальнику, старшине, родовой знати, которые могут и изгнать его из рода, лишив покровительства рода и возможности совместной кочевки. Рядом с зависимостью экономической стоит не менее, а иногда и более сильная зависимость, вытекающая из полной беззащитности одиночки-кочевника в степи. Любой хищник отгонит, «отбарантует» его скот, захватит прочее имущество, а иногда уведет и его самого с семьей, если за ним не стоит род, готовый защитить его и ответить на нарушение его интересов репрессией. Всякий казах хорошо знает пословицу: «Когда кочерга длинна, руки не жгутся; когда твоих родичей много, люди не тронут тебя». Он вынужден покориться самому несправедливому требованию, чтобы не оказаться вне рода. Понятно, что на такой почве легко вырастает и прочно закрепляется то «добровольное послушание», о котором говорит Паллас.

Помимо «добровольного» послушания, вытекающего из экономической и других форм зависимости, действует и прямое насилие. Старшины располагают средствами для осуществления такого насилия. При отсутствии какого-либо специального полицейского аппарата они используют для осуществления полицейского насилия отдельных родовичей из числа зажиточных и заинтересованных в поддержании классового порядка в ауле и тех, которые идут на поводу у богатых. Таким путем обеспечивается как выполнение распоряжений старшины, так и выполнение судебных решений. Выше приведено сообщение Гейнса об убийстве старшим братом младшего за невыполнение приказания аульных властей. Ниже [68] приводятся наблюдения того же Гейнса, Георги и д'Андрэ по поводу способа исполнения приговоров при отсутствии всяких исполнительных органов, из которых видно, что бии-старшины для осуществления насилия пользовались содействием «хороших людей», которые принуждали непокорных к послушанию силой и «добровольно, а не по непременному долгу», брали на себя роль экзекуторов при телесных наказаниях. К этому нужно добавить еще, что богатый и имеющий «многочисленную фамилию» старшина-бий всегда мог использовать в качестве экзекуторов членов этой «фамилии», т. е. своих домочадцев, как ближайших родственников, так и принадлежащую к его дому челядь. Таким образом, при внимательном рассмотрении механизма, обеспечивающего господство-подчинение внутри рода, можно обнаружить общественную власть, уже не совпадающую непосредственно с населением и ему противостоящую, т. е. власть государственную. Уже одно то обстоятельство, что принуждение осуществляется «хорошими людьми» и их подручными, свидетельствует об обособлении от общества силы принуждения, хотя здесь эта сила еще почти

совпадает с силой самого господствующего класса. Далее, органы родовой власти монополизированы вполне родовой знатью, и тем самым также уже отделены от народа. П. Рычков хорошо определил характер казахской государственности, заметив: «Правительство в тех ордах по большей части походит на демократическое, ибо кто в каком роде старее и богаче того и почитают» [69]. «Демократический» принцип в отличие от сословно-феодального заключается в непосредственном господстве богатых. То же читаем у Георги: «Роды или аймаки избирают себе старшин из знатнейших и самых богатых дворян. Начальникам их нет ни малейшего жалованья; да и повиновения малым там больше оказывается против того, какое бы и без начальства изъявляемо им было по богатству их и прилепению к ним как простого народа, так и других богачей» [70]. И здесь основной рычаг власти определен ясно, это непосредственное экономическое давление — богатство и «прилепение» к нему. Обособлению органов власти содействует и то, что к богатству, как основанию для занятия должности старшины, присоединяется, как видно из сообщения Рычкова и Георги, знатность. Выступающие в роли старшин особенно часто батыры и бии представляют собою знать, хотя и не составляющую сословия, но передающую, как мы уже видели, свое достоинство вместе со своим богатством по наследству. Это содействует закреплению власти в руках обособленной от народа и тесно спаянной группы знати [71].

Особенность рассматриваемой нами слабо развитой государственной организации родового объединения заключается, следовательно, в том, что знать и богачи — «хорошие люди», управляют при помощи аппарата, отделенного от массы трудящихся, но совпадающего с самой знатью. Последняя осуществляет государственное принуждение собственными, так сказать, руками. Это оказывается возможным потому, что классовые противоречия здесь недостаточно развиты и противоположность классовых интересов недостаточно обнажена. Она успешно маскируется патриархально-родовой формой общественной организации казахов, о сохранении которой знать проявляет непрерывную заботу. В результате знать, непосредственно осуществляющая власть и принуждение, располагает для этого не только силой экономического давления и возможностью применить насилие, но и «авторитетом» патриархально-родовых вождей, который дает ей возможность использовать для целей подавления сопротивления трудящихся самих трудящихся, не прибегая к созданию из них особой военной или полицейской силы, отделенной от народа. Хотя «авторитет» этот является только идеологическим оружием подавления масс и как таковой играет второстепенную роль рядом с грубым насилием и силой богатства, однако

без учета этого авторитета механизм принуждения в казахском государстве во всем его своеобразии понять невозможно. Конечно, в основном этот «авторитет» является тщательно сохраняемым знатью в своих интересах пережитком отдаленной доклассовой эпохи, когда глава рода пользовался действительным, без кавычек, авторитетом старейшего, мудрейшего и опытного руководителя всей хозяйственной и общественной жизни рода, когда вождь был только лучшим воином. Теперь «авторитет» власти оторван от того реального содержания, которое породило его, но его удается еще поддерживать, может быть, потому, что в рядах богачей-старшин-биев изредка все еще встречаются и опытейшие судьи, и красноречивые ораторы, и способные военачальники-батыры, и ловкие изворотливые дипломаты, умеющие лучше рядового скотовода уладить спор с соседним родом. Наличие подобного пережитка объясняет нам, почему источники наши постоянно отмечают, что в старшинах ценят их мудрость, способность разбирать споры, красноречие, опытность в делах народных, воинскую доблесть, наконец, старость. Все это отчасти верно, с одной лишь существенной оговоркой, что все эти прекрасные качества имеют значение лишь там, где речь идет о претендентах достаточно богатых и достаточно прочно опирающихся на сильный род, на «многочисленную фамилию».

Использование патриархально-родовой формы для нужд классового господства хорошо выражено в существовании института «аксакалов», которых не следует смешивать со старшинами. Гродеков определяет аксакала как «лицо, которое пользуется, по родовитости, наибольшим авторитетом в данном месте» [72]. Сабатаев говорит, что это звание получают старшие по летам и в зависимости от степени богатства пользуются влиянием часто и за пределами рода [73]. Самое название «аксакал», т. е. «белобородый», дает основание полагать, что для положения аксакалов богатство и знатность лишь постепенно стали играть решающую роль. Следовательно, аксакалы являются одним из примеров использования древнего авторитета и влияния стариков для укрепления позиций родовой знати. Эту роль стариков-аксакалов следующим образом отметил Игельстром. Оправдываясь по поводу возводимого на него Гранкиным²⁴ обвинения в укомплектовании расправ маловлиятельными людьми, он в «объяснении» 1789 г. писал: «В расправы судьи выбраны... большею частью все старики... и киргисцы, как всем известно, в великом почтении содержат все аксакалов, они им подают во всем

²⁴ Гранкин Д. А. — полковник, адъютант барона О. А. Игельстрема (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 80, 90, 92, 95, 104, 116; История Казахстана. Т. 3. С. 229, 230).

советы, руководствуют и, словом, совершенно управляют ими. Чернь за то полагается на них и жребий свой, без всякого сомнения, кладут на таковых» [74]. В дальнейшем звание аксакала перестает связываться со старостью и закрепляется за богачом. Если прежде, по словам Коншина²⁵, казахи различали аксакала как почтеннейшего в ауле старика и «аул-адама»²⁶ как первого богача в ауле, то к началу XX в. «аул-адам» узурпировал также и звание «аксакала» и звание это стало наследственным и его семья, пока эта семья не обеднеет. Такой богач-«аксакал» стоял, разумеется, во главе аула. При двух «аксакалах»-богачах аул распадался на две части [75].

3. Казахские «родоначальники»-старшины²⁷

*А. Старшины как решающая политическая сила.*²⁸

*Б. Советы и съезды старейшин.*²⁹

*В. Право старшин на государственные доходы и право выбирать хана.*³⁰

*Г. Время установления господства старшин.*³¹

А.

Сколь бы децентрализованным ни было казахское государство, как бы часто оно ни распадалось на отдельные, терявшие между собой связь части, сколь бы немощны ни были силы единства, они все же проявляли себя постоянно в непрерывном стремлении казахов к объединению, в малоуспешных и кратковременных попытках такого объединения. Хан был номинальным главою политического объединения казахов, действительными же носителями политической власти в этом объединении были родоначальники-старшины.

Роль старшин как решающей политической силы в XVIII в. проявляется достаточно ясно, несмотря на то, что вплоть до «реформы»

²⁵ Коншин Н. Я. (1864–1937) — юрист, адвокат, политический ссыльный, отбывал ссылку в Семипалатинске, член Западно-Сибирского отделения географического общества, лектор комитета по устройству народных чтений, секретарь статистического комитета Семипалатинского подотдела Туркестанского отдела Императорского русского географического общества, принимал активное участие в открытии краеведческого этнографического музея в Семипалатинске. Был знаком с Абаем (см.: *Черных С.* Друг Абая (Н. Я. Коншин) // *Простор* (Алма-Ата). 1979. № 6. С. 103–110; *История Казахстана*. Т. 3. С. 560, 562, 621, 684, 685, 693, 696; *Ерофеева И. В.* Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 56).

²⁶ «Адам» — каз. «человек».

²⁷ В диссертации начинается на с. 245.

²⁸ В диссертации начинается там же.

²⁹ В работе Фукса начинается на с. 262.

³⁰ В диссертации начинается на с. 278.

³¹ У Фукса начинается на с. 308.

Игельстрома поддержкой царского правительства пользовались ханы, и правительство всемерно способствовало укреплению политического господства ханов, своих агентов. Без поддержки царского правительства ханы оказывались в отношении старшин совершенно бессильными. Решающее значение старшин и соблазнило Игельстрома к попытке переориентировать политику царизма, отбросить бессильных ханов в качестве орудия этой политики и опереться на старшин, пользовавшихся действительной политической властью. Роль старшин в движении Срыма Датова, в котором им удалось легко парализовать ханскую власть, показывает, что царское правительство в конце концов правильно оценило старшин как силу, превосходящую власть хана. С точки зрения задач колониальной политики ошибка Игельстрома и неудача его «реформы» заключалась в том, что старшины именно потому, что они были основной политической силой в Казахстане, были кровно заинтересованы в сохранении самостоятельной казахской государственности, обеспечивавшей их власть и монополию на эксплуатацию трудящихся казахов. Поэтому от старшин нельзя было ждать последовательной поддержки колониальной политики царизма. При стремлении царизма ликвидировать полностью казахскую государственность старшины становились во главе антиколониального, национально-освободительного движения масс. Коснемся сперва политической власти старшин при преемниках Тауке. Источники ясно говорят о том, что все вопросы внешней политики, дипломатии и войны, вопросы организации власти, в частности, избрание хана, и важнейшие вопросы внутреннего управления, как то поддержание «порядка», т. е. меры политического и судебного принуждения, — что все эти вопросы решались, в конце концов, старшинами. Приведем некоторые факты, показывающие всесторонний характер власти старшин. Несомненно, например, что в области международных отношений сам хан имел только право формального представительства. Заметим при этом, что зависимость хана от старшин вовсе не представляет собою результат упадка ханской власти, относимого ко временам преемников Тауке. Ибо и сам Тауке, этот влиятельнейший и сильнейший хан, делил власть со старшинами, не предпринимая самостоятельно без старшин ни одной серьезной политической акции. Замечательно, к тому же, что для приема иностранных послов у Тауке существует еще буквально такой же древний порядок, какой Ибн-Фадлан³² в X в. нашел у волжских булгар и какой,

³² Ахмед Ибн Фадлан — арабский путешественник X в. Автор сочинения «Записка» (Рисала), в котором описана поездка делегации в составе нескольких человек из столицы арабского халифата к волжским булгарам с целью установления арабо-булгарского союза против хазар и укрепления устоев ислама в среде булгар (см.: История Казахстана. Т. 1. С. 40).

по Моргану³³, существовал в ацтекской военно-демократической федерации племен. По прибытии Ибн-Фадлана с посланием халифа к болгарскому «царю» последний не раньше согласился выслушать это послание, чем «собрал царей, предводителей и жителей своей страны», т. е., конечно, не все население, а тех же старшин. Когда Хуаксотцинко прислали в Мексику послов, вождь ацтекской федерации Монтецума обратился к ним со следующими словами: «Добро пожаловать, братья и сыновья, отдохните немного, так как хотя я и король, но не могу один дать вам ответ, а только вместе со всеми вождями священного мексиканского сената» [76]. Когда Василий Кобяков³⁴ явился к Тауке с дипломатической миссией по поручению русского правительства, Тауке не сразу принял его, а «велел перед себя придти с указом великого государя и иное время, как де казаки с степи съедутся, и на другой день прислал Тевки-хан по ним (Кобякова и спутников его) человека своего и велел им итить к себе, что де ижне с степи казаков съехалось многое число» [77]. Точно так же на приеме Скибина и Трошина он разрешил им «честь наказ» тогда лишь, когда собралась казахская знать, заявив, по словам Скибина и Прошина, что «ниже де перед ним казаков много и все станут слушать» [78]. Кто были эти лица, без которых Тауке не считал возможным принимать послов и вести с ними переговоры? Это не была его свита, ближайшее его окружение. Он ждал казахов, которые должны были «съехаться со степи», их должно было быть много. Скибин и Прошин называют их «казачьей орды татаре», «Тевкихановы татаре», Кобяков говорит о них, как о «Тевкихановых казаках». Возможно, что собрание, в котором Тауке слушал послов, не было замкнутым советом старейшин, организованным «Сенатом». Являться сюда могли также просто свободные, хотя они только поддерживали своих родоначальников-старшин. Здесь также бросается в глаза подобие этого собрания тому, которое собирал царь волжских болгар и в котором наряду с «царями» и «предводителями», т. е., очевидно, родоначальниками и военачальниками, были и «жители всей страны», в т. ч., очевидно, «лучшие люди». Обстановка, в которой Тауке-хан ведет переговоры с русскими послами, напоминает буйное вечевое собрание. На угрозу

³³ Морган Льюис Генри (1818–1881) — америк. историк и этнограф, исследователь первобытного общества. Идеи и результаты Л. Г. Моргана широко использовались в книге Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства» (подробнее см.: *Гольман Л. И.* Энгельс — историк. М.: Мысль, 1984. С. 135–140).

³⁴ Койбагар (Василий) Кобяков — казахский посланник к «белому царю» летом 1725 г. (см.: *Ерофеева И. В.* Миссия Койбагара Кобякова // Ерофеева И. В. Хан Абулхайр: полководец, правитель и политик. С. 137–141).

Андрея Неприпасова³⁵ смирить казахов войною «Тевкехановы казаки закричали перед ним Тевкеханом: нам де с русскими людьми миритца не для чего» [79]. На представление Скибина и Прошина Тауке сам ничего не отвечал, зато «Тевкихановы татары» бахвалились, что заберут в холопы русских, если они пойдут на них войной. Когда Скибин и Прошин жалуются Тауке на грабеж, «все татары, кои прилучились перед Тевкеханом» (здесь как бы подчеркнут неорганизованный состав собрания), «кричали и говорили, чтобы нас всех разнести и побить» [80]. В одних случаях Тауке отмалчивается, в других указывает, что «до русских послов им дела нет», потому что послы — пленники мурзы Кильдея³⁶. Всякое выступление в этом демократическом совете адресуется к совету в целом, к «тевкихановым татарам». Увещание мурзы Кильдея обращаться достойным образом с царскими послами не возымело никакого успеха, потому что «они татаровя тех его речей не слушали».

Из тех же отчетов Скибина, Прошина и Кобякова видно, что важнейшие вопросы политики разрешались не случайными участниками совещания при хане, а казахской родовой знатью. В числе «Тевкихановых татар» был мурза Кильдей, игравший ведущую роль в совещании. Среди них батыр Барху, который разносит Тауша Мергеня за непристойные речи. Если у Скибина и товарищей его все участники совета, принимавшего послов, скрываются за общей характеристикой «казак» или «татар» Тауке-хана, то потому, очевидно, что казахские старшины внешне мало походили на руководящих государственных деятелей, какими их русские казаки-дипломаты привыкли видеть в России, и потому, что они не принадлежали к «белой кости». Единственное, что русские послы могли отметить, это то, что при Тауке вопросы решали «лутчие люди». Их и призвал к себе Тауке для того, чтобы решить вопрос, держать ли ему или отпустить русских послов «и на русские города и слободы им войною ходить ли или мирно жить» [81]. Эти «лутчие люди» не были ни «мурзы», ни султаны-царевичи, которых русские дипломаты хорошо различают и специально каждый раз отмечают. Это были, конечно, старшины, бии, батыры.

³⁵ Андрей Неприпасов был в составе посольства, направленного в июле 1692 г. в Туркестан для улаживания дел между Сибирской администрацией и Тауке-ханом (см.: История Казахстана. Т. 2. С. 436).

³⁶ Кильдей — влиятельный казах, был направлен Тауке-ханом в качестве посла в Россию (см.: История Казахстана. Т. 2. С. 436). По одной из версий, высказывавшейся в литературе, возможно, мурза Кильдей в русских источниках — это отец знаменитого Каздауысты Казыбек-бия — Кельдибек Шаншарұлы (Келдібек Шаншарұлы) из рода каракесек племени Аргын Среднего жуза. Кроме Казыбек-бия, у Кельдибека было еще 6 сыновей (см.: *Өтеулин А., Әлімбеков М. Қазақ шежіресі. Алматы: Ана тілі, 1992. 104-б.*).

Из описания переговоров Тауке со Скибиным, Прошиным и Кобяковым видно, что уже во времена Тауке существовала прочная традиция, в силу которой представлять казахское государство в международных отношениях хан самостоятельно не имел права. Эта традиция сохраняется на протяжении всего XVIII в.

Накануне обращения Абульхайбра к России по вопросу о подданстве он получил согласие старшин добиваться *союза* с Россией. Предложив царскому правительству подданство, Абульхайбр вышел за пределы полномочий. Именно поэтому при появлении царского посла Тевкелева, прибывшего в 1732 г. по личному приглашению Абульхайбра, старшины бурно протестовали, считали возможным требовать его смерти и назначили *«решительное собрание народное»* для совещания о принятии или непринятии присяги на подданство России» [82]. «Решительное» слово в этом вопросе принадлежало не хану, а совету старшин, либо даже еще более широкому кругу представителей господствующего класса — «народному собранию». Совет старшин не ханская свита, не собрание придворных. Это орган, деловым образом входящий в рассмотрение внешнеполитических проблем и решающий их иногда вместе с ханом, иногда обособляясь для этого от хана, иногда в согласии с ханом, часто вопреки намерениям хана. Когда Абульхайбру доставляют письмо Тевкелева, он велит его «прочсть при всех киргисцах» [83], когда к Аблаю прибывает китайский посол, посол переводит грамоту с китайского на калмыцкий язык, «которой он Аблай салтан хотя и сам знает, однако ж для бывших тут киргиз-кайсацких старшин и киргисцов, коих всего более ста человек при том было, перевожена была оная с того калмыцкого языка... и на киргиской язык» [84]. Мы знаем, что Абульхайбр не мог изменить решение совета старшин, высказавшихся категорически против подданства, до тех пор, пока Тевкелеву самому не удалось взорвать это решение изнутри, при помощи знатных старшин Букенбая, Худай-Назара³⁷ и Исета³⁸. Наиболее влиятельные старшины, опираясь на своих подвластных, диктуют хану решение внешнеполитических проблем, даже минуя старшинский совет. Старшина Серке-батыр посылает к Абульхайбру сына своего с тремя казахами и предъявляют ему ультиматум: отпустить в Оренбург задержанного переводчика Араслана³⁹. Он требует от хана «ежели он хан, как

³⁷ Худай-Назар мурза — входил в состав посольства Абулхаира в Петербург в 1733 г. (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 162).

³⁸ Тама Есет — полководец, старейшина рода тама, впоследствии тархан, один из организаторов народно-освободительной войны с джунгарами, командовал крупным подразделением всеказахского ополчения (до 4000 уланов) во многих сражениях с джунагарми (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 135, 138, 141, 142).

³⁹ Араслан Бекметев — переводчик.

народного так и своего благополучия желает, то бы их согласию был послушен» [85]. Партия Серке, «он старшина со своим улусом», не желает «отстать» от России и требует, чтобы хан согласовал с этим свое обращение с царскими агентами [86].

При всяком появлении послов присутствие старшин считается обязательным. Филат Гордеев, командированный с дипломатическим поручением к Аблаю, нашел в ставке Аблая более ста человек знатных старшин, «собранных им для приезде моего», как рапортует Гордеев [87]. «Собрание немалого числа владения его киргисцов» отметил Гордеев в своем рапорте о командировке к Аблаю и в 1760 г. Тогда же он отметил, что китайский посол был допущен к Аблаю также лишь «по съезде многих киргисцов» [88]. Самый церемониал встречи послов предполагает уже обязательное участие старшин. Тевкелева по приезде к Абульхайыру встретили при ханской кибитке двое старшин, которые ввели его в кибитку [89]. Когда царские дипломатические агенты Адгамов и Ибраев прибыли к султану Дос-Али⁴⁰, он выслал встречать их за 2 версты некоторых из «бывших у него на совете старшин» рода Шекты⁴¹, а несколько позже выехал им навстречу с прочими старшинами [90].

Старшины были носителями реальной внешнеполитической власти, с которой власть хана конкурировать не могла. Царское правительство знало это и понимало, что сам хан не может гарантировать реальности ни одного соглашения. Казак Найденов, посланный из Оренбурга для выяснения политической ситуации в Малом жузе в связи с фрондой Абульхайыра, дал такую оценку соотношения сил в жузе между ханом и старшинами: «При всем том ханском сумасбродстве от народа не только никаких противностей он (Найденов), не видел, но еще и все казались ему богосклонными и, почитая те ханские поступки ни за что, говорили ему, Найденову, что без них народной воли ни худа, ни добра последовать не может» [91]. Распоряжения хана Абульхайыра, не соответствующие воле старшин, встречаются насмешкой. Когда он, поссорившись с оренбургским начальством, предложил старшинам откочевать от русской границы, то старшины, «насмехаясь ему в глаза, говорили, чтобы он сам хан куда хочет бежал, а им бежать не от кого и некуда» [92]. И Абульхайыр, сознавая свое бессилие перед старшинами, должен был смириться и, «видя, что его никто не слушает, паче ему ругаются,

⁴⁰ Досалы-султан, его владения располагались в Приаралье, участвовал в событиях крестьянской войны под предводительством Е. Пугачева (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 217, 219, 251).

⁴¹ Шекті — один из самых крупных и многочисленных родов племени Алим Младшего жуза (см. подробнее: *Арғынбаев Х., Мұқанов М., Востров В.* Қазақ шежіресі хақында. Алматы: Атамұра, 2000. 392–393 бб.).

наконец, стал быть потише». Сопротивление старшин парализовало попытки Абульхайыра угрожать царскому правительству разрывом. Как доносил переводчик Араслан Бекметев: «Он имеет намерение от Российской стороны отдалиться, только народ его к тому не соглашается и лучшие люди того весьма не желают» [93]. В таком же положении в 60-х гг. находился и Аблай, связанный старшинами в области внешней политики во всех отношениях. Когда его приглашают на свидание к губернатору Давыдову, «лучшие киргисцы» заявляют, что он не поедет, потому что «они киргисцы его не отпустят» [94]. Из показаний Сафара Салиева видно, что Аблай «склонности имеет более к китайской стороне, нежели к России», но «прочие старшины и киргисцы не желают а ежели б де пожелали тоб давно он Аблай салтан предался в китайскую сторону» [95]. Само собою разумеется, что хотя главное командование ополчением принадлежит хану или султану, но решение вопроса о войне и возможность ведения войны целиком зависит от старшин, которые стоят во главе отдельных отрядов ополчения, приводят его и уводят с собою, если намеченные военные действия не согласуются с их политическими видами. Так, например, уже организованный совместно с Аральским ханом поход Нуралы на Хиву сорвался, так как казахские старшины поссорились с аральскими и вернулись домой. Нуралы остался при Аральском хане, «но только с собственными своими людьми», т. е. с небольшим сравнительно отрядом сородичей и тюленгутов.

Обязательного участия старшин требует всякое применение полицейского принуждения. Хан не в состоянии сам бороться с теми группами населения, которые грабят караваны и вообще нарушают «порядок» в степи. Для применения репрессий, для того, чтобы заставить ослушников подчиняться, хан или султан не только должен иметь на то согласие старшин, но каждый раз привлекает значительную группу старшин для участия в такой полицейско-судебной экспедиции. Для того чтобы отнять у казахов, кочующих по берегам Илека и Хобды, захваченных ими в плен русских, Айчувак посылает к ним «представителей каждого рода» с султаном во главе [96]. Абульхайыр-хан решал возникшие в степи дела, «разъезжая верхом и собрав вокруг себя прославленных и почитаемых аксакалов киргиз казахов» [97]. Только некоторые, очевидно мелкие дела, Абульхайыр решал «своим ярлыком», «сидя дома», но, очевидно, также с совета старшин. Когда Аблау предстояло по требованию китайского правительства изъять в дальних казахских улусах пленных урянхайцев, чтобы вернуть их в Китай, он, так же, как и Айчувак, не в состоянии был сделать это своими силами. Он выехал «с старшинами человек в двадцати» в сторону Туркестана, рассчитывая «по пути и ис прочих родов старшин с собою взять и с ними

обще ехати» [98]. Ералы-султан, получив предписание вернуть имущество ограбленного каравана, прежде всего призвал к себе «довольное число ордынских хороших людей», обсудил с ними вопрос и получил их согласие на карательную экспедицию и лишь затем, «учинив согласие», двинулся со старшинами к ограбившим караван казахам [99]. Таким образом и в области поддержания полицейского порядка все мероприятия осуществляются ханом и султанами с согласия старшин и при помощи старшин. Мы не касаемся здесь судебной функции хана, на которой подробно останавливаемся в очерке судоустройства, но и в этой области хан без биев никогда не действовал.

Связанный волею старшин во всех областях государственного управления хан и династия не пользуются со стороны старшин даже элементарным пиететом, относимым обычно к монарху. К Абульхайыру, по сообщению Гока, постоянно приезжали старшины, которые «журили и бранили» его за стремление кочевать близко от российской границы [100]. Недовольные политикой Абульхайыра старшины угрожали привязать жену Абульхайыра за волосы к хвосту лошади и таскать ее по полю [101]. Являясь к Аблаю с требованием уплаты куна за убитого сородича, члены Атагайского рода, находившегося в непосредственном владении Аблая, совершенно не склонны считаться с тем, что перед ними крупнейший представитель султанской знати Среднего жуза. Они идут к нему, «вооружась немалым собранием», требуют возмещения с «великим азартом» и притом угрожают, что разграбят его, если не получат полного удовлетворения. Все это носит настолько серьезный характер, что, «убоясь», Аблай вынужден выполнить предъявленные ему требования [102]. Старшины не склонны считаться и с династическими интересами хана. После убийства Абульхайыра, вместо того, чтобы мстить за него убийце Бараку⁴², Джанибек-тархан и многие старшины разрабатывают план заплатить семье Абульхайыра кун⁴³ за убийство,

⁴² Барак — султан Среднего жуза. Был основным соперником Абулхаир-хана. Совершил убийство Абулхаир-хана, пытался убить его сына султана Ералы. Суд над султаном Барак в сентябре 1748 г. оправдал его. По преданиям, суд над султаном Барак и его приближенным батыром Сырымбетом, участвовавшим в убийстве хана Абулхаира, состоялся повторно при участии Толе-бия в 1750–1751 гг. В 1749 г. при поддержке бия Толе Алибек-улы Барак был избран ханом. Барак был отравлен и скончался в апреле 1750 г. (см.: *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. С. 239, 286, 297–310).

⁴³ «Кун» — в обычном праве казахов материальная композиция за убийство. Институт «кун» был позднее исследован Н. С. Ахметовой (см.: *Ахметова Н. С.* 1) Институт «кун» в системе обычного права казахов в XIX–начале XX в. // Изв. АН КазССР. Сер. обществ. наук. 1977. № 4. С. 75–83; 2) Институт «кун» в обычном праве казахов и его отмена при Советской власти: АДКЮН. Алма-Ата, 1979; 3) Институт «кун» в обычном праве казахов и его отмена Советской властью. Алматы: Өнер, 1993).

а на ханство пригласить самого убийцу — Барака [103]. Вообще, только сильный и энергичный хан-воин способен был сохранять и власть, и некоторое уважение к себе. А когда Абульхайыр был убит, то, по сообщению Гуляева, дети его вместе с вдовой-ханшей, собравшись для секретного совещания в кибитку, пришли в полное отчаяние, плакали и говорили, что «мы де ныне после смерти Абульхайр хана яко зайцы по разным островам разбиться можем, понеже киргисцы нас не слушают» [104]. Ханы не склонны к уничижительным характеристикам своей власти, они вполне соответствуют действительному положению вещей. И если Абульхайыр, как мы уже видели, сравнивал себя с дикой лошастью, которую и люди бьют, и звери ловят, то Нуралы нашел более точную характеристику своего положения, как хана, целиком и полностью зависящего от казахских старшин. В письме к полковнику Симону⁴⁴ Нуралы сравнивает себя с конем на аркане: «Когда конь привязан будет на крепком аркане, никуда не уйдет, тому подобно и у киргисцов» [105]. Для положения старшин-родоправителей в конце XVIII в. для характеристики их знатности небезынтересна та ошибка, которую допустили в своем описании общественного строя казахов как Георги, так и Гавердовский. Георги относит биев к казахскому «дворянству», указывает, что старшин выбирают «из знатнейших и самых богатых дворян» и что «самому хану оказывается честь и повиновение больше по старшинам, которые бывают отчасти его братья, салтаны, дядья или их друзья» [106]. Гавердовский говорит, что родоправители избирались из «первого сословия», «ханского потомства», «султан, старшин и тарханов», и считает появление представителей «черной кости» в качестве биев, батыров и начальников аулов результатом позднейшего усиления «черной кости». Оба они, следовательно, полагают, что родоправители — старшины, бии, батыры — это «дворянство», знать «белой кости». Это заблуждение отчасти, может быть, объясняется тем, что в это время ханы уже усиленно сажали, как мы увидели на примере Нуралы, своих родственников во главе родовых объединений, чтобы привязать к себе родовые объединения и обеспечить их покорность. Искажало, возможно, картину и все усиливавшееся вмешательство русской администрации. Но главное основание заблуждения как Георги, так и Гавердовского заключалось, несомненно, в том, что по своему положению в казахском государстве, по политическому весу и влиянию, а следовательно, по знатности, старшины-родоначальники не уступали знати белой кости. Недаром царское правительство опасалось,

⁴⁴ Симонов — комендант уральского городка (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 216).

что если оно возьмет в качестве аманата побочного сына хана, то старшины из амбиции не дадут к нему в качестве аманатов своих детей [107]. Очень своеобразно отразил преобладающее значение родовой знати в управлении доктор Большой в своих записках о пребывании в плену у казахов в 1803–1804 гг. Казахи, сообщает он, «управляются слегка (!!!)⁴⁵ ханами, султанами, биями; но более — зажиточными или семьянистыми своими братьями» [108]. Если среди старшин, биев и батыров постоянно налицо люди, которые превосходят хана по богатству, влиятельности и военной мощи, то естественно, что старшины в целом могут держать хана «на крепком аркане». Это состояние хана следует рассматривать как нормальное, можно сказать «конституционное», т. е. соответствующее тем нормам обычного права, которые регулируют политическое устройство. Чрезмерное усиление власти хана, угрожающее политическому господству старшин, не допускается. Эту политическую линию старшин подчеркнул автор записки «О киргискайсаках», сообщая, что ханы избираются старшиною «вольными голосами», «для одного имени», что власть ханов их ничтожна, ибо подлый народ во всяких случаях большее послушание оказывает старшинам» и что для сохранения этого положения «они старшины ни людьми ни богатством своих ханов усиливаются не допускают» [109]. Добавим, что казахские старшины поступали в этом случае точно так же, как новгородские бояре, которые, желая видеть в князе только полководца, брали у него при избрании и приглашении договорное обязательство не приобретать ни на свое имя, ни на имя княгини-жены земельную собственность в районе Новгорода, не приобретать крепостных, зависимых людей и вообще не делать ничего такого, что могло бы превратить князя во влиятельного в Новгороде землевладельца, т. е. именно «ни людьми, ни богатством не усиливаться».

При таком положении у хана было чрезвычайно мало шансов освободиться от опеки старшин. Стремясь усилить свою власть, ханы искали путь к этому в поддержке царского правительства, которое даст им отряд казаков, чтобы поддерживать их престиж перед старшинами или построить у границы крепость, в которой они смогут укрыться от своих подданных. Абульхайыр стремился в противовес старшинам окружить себя незнатными и послушными его воле людьми. Неплюев доносил, что Абульхайыр «добрых людей при себе держит... мало, но болши из незнатных таких, кои его замыслам следуют» [110]. Но попытка опереться на незнатных в борьбе со старшинами была, конечно, явно безнадежной. Так и возник совершенно авантюристический проект

⁴⁵ Три восклицательных знака — в оригинале у Фука.

Абульхайыра уничтожить старшин. Тевкелев сообщает следующие соображения Абульхайыра: «Инако никак не можно сию орду привести в состояние, кроме того, что надобно всех противных старшин искоренить, иных переказнить, а иных послать в дальние города... А ежели де стариков противных всех уходить, а вместо их определить повелено будет указом из молодых, то будет оным определенным молодым старшинам великой страх, а доброжелательным покой». Абульхайыр даже указывал конкретные пути проведения такой операции. Он считал, что для этого нужно построить крепость в устье Ори, пригласить старшин в гости, обещая им подарки, там захватить их, часть выслать, «а на иных для страху тут и казнить» [111]. План государственного переворота, намеченного Абульхайыром, заключался в создании бюрократического государства, в котором «противных стариков» заменят молодые, определяемые по указу, а не выдвигаемые из самого родового объединения. Такие «молодые» были бы уже чиновниками, поставленными над родами сверху и зависимыми, знающими «великой страх» от хана. Можно заметить, следовательно, что Абульхайыр видел корни своей слабости как хана в феодальной оппозиции и отсутствии у него каких-либо рычагов государственного принуждения на местах.

Б.

Постоянное участие старшин в осуществлении центральной власти породило с течением времени и определенные организационные формы этого участия. Это различные «советы старшин». Несмотря на сравнительное обилие источников, так или иначе упоминающих о совете старшин, описать правовые формы деятельности старшинского совета очень трудно, так как источники большей частью, говоря о состоявшемся совете и его решениях, не касаются вопросов организации процедуры. Все же отдельные моменты, относящиеся к организации совета, могут быть выяснены. Мы коснемся ниже только тех советов старшин, значение которых выходит за пределы внутривидовых дел, хотя, несомненно, совет старшин, биев, батыров, аксакалов и вообще знатных людей собирался в каждом роде для решения внутренних своих дел.

Нечто вроде постоянного совета старшин всегда составляет более или менее постоянное окружение хана. Такая группа старшин состояла, например, при хане Тауке в качестве постоянных и обязательных для него советников, без участия которых он не брался за решение больших политических вопросов. Если для приема царских послов Скибина, Прошина, Кобякова Тауке приходилось откладывать время приема, чтобы созвать старшин из степи, то это потому, что в резиденции его, Туркестане, старшины скотоводы-кочевники находиться постоянно не могли,

они были среди тех 20 000 воинских людей, которые, по сообщению Кобякова, кочевали вокруг резиденции хана. Ждать прибытия вызванных на совет Кобякову пришлось, однако, только один день. В составе этого совета находились, следовательно, не все старшины подвластных родов, а лишь те, на которых преимущественно опирался хан и которые кочевали вместе с ним или около его резиденции. Султан Каип⁴⁶, будучи ханом в Хиве, всегда имел при себе в Хиве казахских старшин, частью из своих приверженцев, частью из подвластных отца его Батыра. Старшины эти, как указывает Вельяминов-Зернов, были постоянными его советниками [112]. Такой постоянный совет был, конечно, типично казахским политическим учреждением, хотя Каип вывез его с собой в Хиву. В 1755 г. Нуралы прибыл на свидание с Тевкелевым в Кулагину крепость⁴⁷ в сопровождении своих братьев-султанов, Жанибек-тархана, Казы-султана и «из обретающихся при нем родов старшин довольно числа» [113]. Отсюда также видно, что старшины кочующих с ханом, «обретающихся при нем» родов составляли его постоянный совет. Капитан Н. Рычков видел такой совет старшин при посещении ханской ставки в 1771 г. и описал его в своем дневнике. Он нашел хана сидящим в окружении старшин и, как некогда, при приближении моголистанского хана, Касым-хан послал навстречу Саиду⁴⁸ своих султанов⁴⁹, так и здесь, при приближении русского отряда хан Нуралы⁵⁰ послал ему навстречу окружавших его советников-старшин, чтобы приветствовать прибывших [114]. В состав этого совета, кроме старшин, входили и поддерживавшие хана султаны. о более или менее постоянном составе совета говорит то, что эти султаны, как и старшины, обязаны были являться на совет и им было, так сказать, обеспечено место в совете. Если, например, Батыр-султан⁵¹ «из гордости» сам не являлся в совет при Абульхайыре и его наследниках, то он имел возможность посылать в качестве своего представителя одного из своих биев [115].

⁴⁶ Каип-султан — хан Хивинский (1745–1756), сын султана Батыра.

⁴⁷ Кулагинская крепость построена русскими в период колонизации, имела стратегическое значение в войне Е. Пугачева, восстании И. Тайманова и М. Утемисова.

⁴⁸ Сайид Али дуглат — улусбек эмир.

⁴⁹ См. об этом: *Мухамед Хайдар Дулати*. Тарих-и Рашиди. С. 326–327.

⁵⁰ Исправляется опечатка в имени хана Нуралы.

⁵¹ Батыр-султан — сын казахского Каип-хана и отец хивинского хана Каипа. В 1728 г. был привезен из Бухары и посажен на хивинский престол, но через несколько месяцев смещен. Во внешнеполитических связях являлся сторонником проджунгарской ориентации казахов. Умер ок. 1771 г (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 500; *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. С. 90, 91).

В составе постоянного совета старшин при хане руководящее место должны были занимать те представители родов, которых различные авторы называют — «нак», «ханын-нагы» или «накибами». Близко к ним по положению стоят «аталыки», название которых заимствовано в оседлых средне-азиатских ханствах. В материалах по обычному праву казахов, собранных по поручению Баллюэка и систематизированных султаном Сейдалиным, содержится следующее сообщение об институте «ханын-нагы»: «Для чрезвычайных случаев по совещаниям и для удержания народа в должном повиновении хану, назначались к нему из самого сильного по численности рода два-три влиятельнейших лица, называвшиеся “ханын-нагы” или просто “нак”, т. е. ханские помощники, заменявшие хану постоянное его войско, так как по призыву и по одному мановению их руки сходилась к ним и к услугам хана весь страшный для народа числительною силою их род» [116]. Сюда же относится сообщение А. И. Добросмыслова, что большинство «местных» «родовых» ханов конца XVIII — начала XIX в. находились в большой зависимости от «народных главарей, носивших звание аталыков. Кроме аталыков выбирались в помощь хану четыре советника из богатых и влиятельных людей, носивших название «накибов», без участия которых хан не мог решать дела [117]. Попыткой применить этот старый институт в новых условиях была возникшая у старшин во времена Срыма идея сконструировать власть следующим образом: избрать хана из потомков Абульхайыра и при нем Срым-батыра «советником» [118]. Сам Срым, явившись с тысячами своих сторонников в ханский совет, предлагал аналогичное мероприятие: избрать от алимулинцев Каракубека⁵², от байулинцев его, «дабы они впредь каждый в своем роде наблюдали и, в случае нужды, вспомоществовали учрежденному в их орде ханскому совету» [119]. Все эти «советники», «ханын-нагы» и аталыки представляют собой типичное для казахской государственности учреждение. Их огромная роль при ханах не вызывает сомнения, из этой их роли, из постоянного наличия в совете хана влиятельных старшин, с мнением которых вынужден безусловно считаться хан, ясно, подобные советники-контролеры из старшинской знати составляют основную силу постоянного совета старшин при хане. Смысл такой конструкции постоянного совета старшин заключается, во-первых, в том, что собственных сил «для удержания народа в должном повиновении» у хана не было. Во-вторых, в том, что родовая знать и не хотела предоставлять нужные

⁵² Каракобек (Каракубек, Кара-Кобек) Косбай улы, би аксакал рода торткара, главный старшина от родового объединения алимулы. Алимулы и байулы — родовые объединения казахов Младшего жуза (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 53, 100, 115, 228; История Казахстана. Т. 3. С. 230–231).

для поддержания порядка военные полицейские силы в распоряжение самого хана, а держала при нем своих, так сказать, уполномоченных, под начальство которых поступали сородичи, мобилизуемые накибами, «чтобы держать народ в должном повиновении». Родовая знать боялась усиления хана и не допускала создания у хана постоянного сильного аппарата принуждения. Наконец, существование такого постоянного совета было гарантией, что ни одно важное решение не будет вынесено ханом вопреки интересам знати подвластных хану родов. Такой постоянный совет при хане представляет собой, очевидно, древнейшее учреждение, потому что уже в начале XVIII в. старшины указывали Абульхайыру, что обычай, по которому «ханы без совету старшин *ничего не повинны чинить*», существует «с древних лет» [120].

Какого-либо общегосударственного совета старшин, обеспечивающего представительство всех старшин ханства или жуза, кроме описанного выше постоянного совета, кочующих с ханом старшин и султанов, мы не встречаем. Такой общегосударственный характер носят только весенние и осенние *съезды* старшин и биев, о которых речь будет ниже. Вместо такого общегосударственного совета старшин, каковым не может считаться и постоянный совет при хане, организуется при участии хана по мере необходимости совета старшин отдельных родов. В июне 1758 г. Нуралы, например, сообщает, что он выезжает в род Шекты «для особого внутреннего ордынского совету» [121]. Абулмамбет, которого потребовал к себе из Туркестана джунгарский владелец, отвечал, что он не может ехать «без совету своих старшин в улусах находящихся», хотя при нем, несомненно, имелся совет из старшин родовых объединений, кочевавших с ним в районе Туркестана [122]. Собираясь кочевать в «аральское владение», Абульхайыр зовёт Батыр-султана «и много разных старшин для совету о том его отъезде» [123]. Ханша Бопай⁵³ созывает «частное собрание биев», на котором уполномоченный Батыр-султана предлагает разорвать с Россией [124]. Советы старшин, выходящие за рамки совещания старшин одного или нескольких родов, были редки, да и в таких случаях полного представительства всего жуза или даже двух жузов не было. Для того чтобы такое собрание старшин рассматривалось как собрание общегосударственного масштаба, достаточно было присутствия старшин многих и, главное, влиятельных родов. Такое большое собрание старшин Малого жуза состоялось под руководством Абульхайыра летом 1748 г. Оно выслушало

⁵³ Бопай-ханша — супруга хана Абулхайра (см.: Ерофеева И. В. Хан Абулхайр: полководец, правитель и политик. С. 286–296; *Джон Кэстль*. Дневник путешествия в году 1736-м из Оренбурга к Абулхайру, хану Киргиз-Кайсацкой Орды / Пер. с нем. Штаркенберг В. Алматы: Жібек жолы, 1998. 152 с. 13 ил.).

и одобрило ноту Тевкелева, прослушало нотацию Абульхайыра и ханши Бопай, резко упрекавших старшин в том, что они раньше сопротивлялись российскому подданству, которое теперь обернулось полезными для казахской знати результатами в торговле. Интересно отметить, что регламент старшинского совета предполагал также и самостоятельное совещание старшин без хана. После нотации Абульхайыр «старшин от себя отослал, чтобы они немедленно собрались и советовали, что ему делать, и к нему б пришли и докладывали» [125]. Старшины так и поступили, выработали в своем отдельном совещании рекомендации хану и «с тем к Абульхайыру и пришли». Когда, таким образом, совет закончился, приехали из Среднего жуза Бокенбай-батыр и Жанибек-тархан в сопровождении многих старшин, и тогда начался еще общий совет старшин Малого и Среднего жуза.

В большинстве же случаев совет старшин имеет, как уже указано, узкий характер. Это засвидетельствовал П. Рычков в данном им обзоре политического устройства Казахстана. Сравнив род с российским уездом или волостью, имеющими особых управителей — старшин, П. Рычков указывает, что совместные совещания имеют место лишь в случаях особой в том нужды, и называет такие совещания «семиками (самиками)», т. е. уподобляет их местным территориальным органам литовского дворянского самоуправления [126]. Чего-нибудь вроде «сейма»⁵⁴ Рычков у казахов вовсе не заметил и, говоря о «сеймиках» как единственном способе «соединяться в одно намерение», тут же подчеркнул, что при таком способе организации власти «редко многие роды в одно намерение сообщаются», т. е. что отсутствию единого органа старшинской власти, при политическом безвластии хана, соответствует отсутствие государственного единства.

Советы старшин не имели, как мы видим, определенного состава. За исключением совета старшин при хане они не были постоянно либо периодически действующими учреждениями и собирались от случая к случаю в том составе, который данному политическому случаю соответствовал. Очень мало можно сказать о регламенте деятельности совета старшин, хотя источники сохранили осколки этого регламента, и такого регламента при господстве обычно-правового начала не могло не быть. Уже пришлось отметить, например, что старшины могли совещаться особо от хана, которому сообщали свое решение. Прения могли иметь место и при хане. В этом случае слово брали по старшинству и по значению, весу оратора. Хан мог и не «дать слова», снять вопрос

⁵⁴ Сейм — сословно-представительный орган в некоторых феодальных государствах Восточной Европы.

с обсуждения в совете. Но обойти совет он мог только при поддержке наиболее влиятельных членов совета, опираясь на них. Вот, например, описание заседания совета при хане в 1746 г. в «сказке» Анчухина, Токметева и Федорова. Некоторые султаны и старшины решили было требовать у Абульхайыра освобождения переводчика Араслана, чтобы не портить отношений с царским правительством, и «токмо б о том зачать говорить по старшинству и по близности Исеть-гархану»⁵⁵. Но как Исеть-гархан ему хану о том только вызвался, то он хан, тотчас его удержав от дальших разговоров, сказал, чтобы он помолчал, ибо де он, хан, будет о том с ним советовать особливо наедине, почему он, Исеть, более того говорить и перестал, а затем и прочие старшины вышли от него вон». После совета хан, для того, чтобы Исеть «яко знатной и в народе не без силы, в его намерениях не воспрепятствовал», одарил Исе-тя, и последний «замолчал» [127].

Как принимались решения в совете старшин, что сообщало им обязательную силу? В большинстве случаев меньшинство просто вынуждено было подчиниться решению сильного большинства, и это подчинение вытекало не из силы решения совета, а из силы влиятельных членов совета. Недовольные решением и неспособные добиться его изменения, впрочем, обычно откочевывали от своих противников. Но в некоторых случаях решение совета старшин приобретало общеобязательную силу в результате формального клятвенного его принятия. На «генеральном собрании» хана с султанами и старшинами в Илецкой крепости по поводу выдачи беглых башкир старшины решили возвратить башкир с женами и детьми и «по своему обыкновению для непременного по тому исполнения и чтоб то их положение не нарушено было, утвердили молитвою, которая у них в великой твердости состоит, ибо по оной хан и султаны с старшинами тех киргис касак, кто из них ту молитву нарушит и по тому, что в собрании их положено, исполнять не станет, могут уже наказывать и к тому принуждать» [128]. Отсюда видим, что формально решения совета старшин не считались обязательными и нельзя было принуждать к исполнению их и наказывать за их нарушение, если данное решение не сопровождалось некоей молитвенной формальностью, т. е. м. б. под присягой. Вряд ли это древний порядок, потому что ранние дофеодальные демократические учреждения предполагают единогласные решения и потому не знают потребности в принудительном исполнении коллективно принятых решений. Но наличие таким образом обусловленного принудительного

⁵⁵ Здесь говорится о казахском батыре Тама Есете, который известен также как старшина и бий (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 160, 201).

порядка исполнения бесспорно и вышеприведенное сообщение не одиноко в источниках. Нуралы сообщает губернатору Кречетникову 19 декабря 1775 г., что летом «лучшие люди» явились к нему и «утвердили свое обещание с молитвенным чтением, что уже они впредь к Российской империи худые вымыслы никогда оказывать не отважатся». Он же в письме к Рейнсдорпу⁵⁶ в следующем году сообщил, что в связи с появлением «Невидимки» им были вызваны представители всех казахских родов, которые присягнули не верить «Невидимке» [129]. Аблай, уговаривая старшин принять китайское подданство «во верность залога по их обыкновению (стал) требовать от каждого руки» [130]. По свидетельству Кулсары, при таком требовании старшины, ранее слушавшие уговоры Аблая, все отказались поддержать его, придавая, очевидно, этому формальному акту серьезное обязывающее значение.

Наличие даже этих немногих известных нам моментов регламента советов старшин подчеркивает, что советы старшин были определенным государственным учреждением казахского общества. Самое же определение совета старшин как государственного *учреждения* вытекает, конечно, не из этих деталей обычно-правового регулирования, а из того, что обычное право, как мы видели, прочно закрепляет за советом старшин определенные функции власти и в определенных случаях обеспечивает решениям совета принудительную силу. Пестрота состава советов старшин, нерегулярность функционирования не меняют сущности совета старшин, как органа «старшинской демократии» феодальной по своей классовой природе и родоплеменной по форме.

Постоянный совет старшин, накибов и султанов при хане и созываемые с какой-либо определенной целью «частные» советы старшин какого-либо рода или нескольких родов дополнялись ежегодными съездами всех старшин, султанов и ханов жуза или жузов. Учреждение таких всеобщих съездов Гавердовский, а вслед за ним и Левшин, приписывают хану Тауке. По словам Гавердовского, Тауке определил один осенний месяц для всеобщего собрания посреди степи старейшин, султанов и хана, для решения дел, касающихся целого «общества», и для избрания нового хана. В это собрание нужно было являться непременно вооруженным. Явившийся без оружия не пользовался правом голоса, и младшие не уступали ему места [131]. По Гродекову, съезды эти

⁵⁶ Рейнсдорп Иван Андреевич (1730–1781), генерал-майор — оренбургский генерал-губернатор в 1768–1781 гг. Его имя чаще упоминается в связи с крестьянской войной под предводительством Пугачева и «оренбургскими» произведениями А. С. Пушкина: «Историей Пугачевского бунта» и «Капитанской дочкой». И. А. Рейнсдорп послужил для Пушкина прообразом генерала Андрея Карловича Р. (см.: Губернаторы Оренбургского края. С. 87–102).

происходили всегда в определенном месте на холме Мартубе, в горах около Сайрама. Предметом совещания были вопросы, где зимовать, где летовать, «как достигнуть спокойствия», как воевать [132]. По Гавердовскому, такие «главнейшие народные собрания» собирались только во время войны, при посылке депутатов к российскому двору и при избрании хана, но он имеет в виду здесь съезды старшин конца XVIII — начала XIX в., которые собирались специально близ российских границ по директивам царской администрации [133]. Вообще же любое важное общегосударственное дело, если правящая верхушка нуждалась для осуществления его в поддержке всего господствующего класса, переносилось на эти собрания. Формально эти собрания были как бы высшим органом выражения «народной» воли, к которому обращался совет старшин и хан, чтобы получить санкцию на важнейшие, могущие считаться спорными решения. Когда, например, между отдельными группами старшин и Абульхайыром в ноябре 1732 г. вновь произошло серьезное столкновение по вопросу об отношении к миссии Тевкелева, т. е. принимать ли подданство России, убить ли Тевкелева или отпустить его с миром, то старшины заявили, что они не отпустят Тевкелева «до собрания войска», т. е. до указанного выше общекзахского съезда, который должен был состояться в мае [134]. Когда в апреле 1732 г. Тевкелев предъявлял претензию за ограбление казахами башкир, старшины «стали быть прискорбны» и «сожалая» говорили, что теперь помочь ничем не могут «разве в мае месяце, когда будет собрание и совет, тогда де может быть с совету отыскать и тех плутов наказать возмогут» [135]. Нуралы в январе 1756 г. отказывается дать царскому правительству определенный ответ на полученные им грамоты и указы, содержащие серьезные вопросы. Он не может дать такой ответ в зимнее время, советуясь только с находящимися при нем «малыми улусами», и сообщает, что даст ответ весной, «посоветовав с ордою моею» [136].⁵⁷ Сын знаменитого Жанибек-тархана Даутбай-тархан на требование царской администрации вернуть захваченных русских людей также пишет в ноябре 1768 г. Воейкову⁵⁸: «В том мы в предбудущую весну посоветуем со своим киргис кайсацким народом, отдать или нет, и будем на то ответствовать» [137]. Сколько было ежегодно таких общих съездов, сказать довольно трудно. Тауке, как мы видели, приписывают учреждение ежегодных *осенних* собраний. Цитированные нами источники определенно

⁵⁷ Как и в других местах, здесь сохраняется написание оригинала.

⁵⁸ Воейков А. И., известный русский ученый, писал раздел «климатология» в «Новом энциклопедическом словаре» (Под общ. ред. акад. К. К. Арсеньева. Т. 1–29. СПб., 1911–1916). — См.: *Мұхтар Құл-Мұхаммед*. Орыс энциклопедияларындағы казак шежіресі. 24, 27 б.

говорят о *весенних* собраниях. По Палласу, ежегодно бывало даже три собрания: «По всякий год бывает три собрания старшин и главных из всякой фамилии или поколения, которое тогда решает случающиеся ссоры» [138]. Но Паллас, может быть, имеет в виду какие-нибудь судебные собрания, что, впрочем, маловероятно, так как специальных судебных съездов, да еще созываемых регулярно, не было. Что же касается осенних собраний, то они, наряду с весенним, очень вероятны, ибо такие собрания хорошо соответствуют древним степным традициям. У гуннов, например, собрания бывали в «первой луне», в «пятой луне», т. е. весной, как у казахов и, наконец, еще и каждую осень. Во время осеннего собрания производился учет людей и стад [139]. В связи с этим следует, вообще, отметить, что приписывание Гавердовским и Левшиным хану Тауке учреждения рассматриваемых собраний-съездов есть лишь отражение распространенной в казахских преданиях тенденции преувеличивать роль Тауке как реформатора. Гавердовский, между прочим, и сам высказал предположение, что, приписывая Тауке «изобретение общественных законов», казахи действовали «по пристрастию или незнанию» [140]. Эти собрания-съезды ведут свое начало от собрания «народа-войска» периода «военной демократии». Они даже сохранили некоторые внешние черты этого древнего учреждения. При Тевкелеве старшины еще называли предстоящий съезд «собранием войска». Тауке, по преданию, требовал, чтобы члены собрания являлись в полном вооружении. Участником собрания должен был быть воин-собственник. По Гавердовскому, *обычай требовал*, чтобы на такое собрание приезжали «одни почтенные только люди и начальник семей» [141]. о составе участников собрания, имеющего целью избрание хана, единственного, должно быть, с которым он мог непосредственно ознакомиться, Гавердовский рассказывает так, как если бы там практиковалось что-то вроде системы представительства: «Каждый аул и почти каждая семья избирала из среды своей доверенных людей и посылала их на общий совет». Но это, конечно, очень маловероятно, а самое сообщение легко понять только, если учесть, что при все углубляющейся классовой дифференциации казахского общества уже не все главы семей допускались к активному участию в собрании-съезде. Вместо мало состоятельных в качестве их патрона являлся старшина аула с немногими главами богатейших семей. Беднота же, потерявшая давно всякий вес в собрании, формально все же не изгоняется из такового, присутствуют и те, кто не является «хозяином кибитки». Отсюда замечание Гавердовского, что несмотря на ограниченный обычаем состав собрания «ныне участвуют в советах все без разбору». Перед нами, таким образом, еще один деформированный новым классовым содержанием институт древней родоплеменной организации на службе патриархально-феодального общества.

В.

Обладая в казахском государстве огромной политической властью, контролируя хана и будучи его основной опорой, старшины закрепили за собой право на участие во всех доходах, которые могла принести государственная деятельность. Все, чего хан мог добиться в результате войны или дипломатии, он должен был делить с ними, подлинными хозяевами государства. Хан-полководец и дипломат должен был обеспечить поступление доходов, выгод. Такой взгляд на хана господствовал в древности у родоплеменной знати, а еще раньше у населения, объединявшегося под знаменем прославленного военного вождя. о «царевиче Темучине», до того как он стал деспотическим феодальным властелином, Чингис-ханом, джурьятские племена, по словам Рашид-Эддина, говорили как о вожде, который «снимает платье, которое носил и отдает; с лошади, на которой сидел, сходит и отдает» [142]. о нем говорили как о «человеке, питающем войско и содержащем хорошо улус». Элементы подобного воззрения на хана, сохранившись от глубокой древности, питают известный казахский обычай «хан-талау», заключающийся в том, что на выборах хана избиратели разбирают по рукам имущество хана. Но дело, конечно, не в этих пережиточных представлениях. Они только сообщают взгляду, что хан обязан делиться своими доходами со старшинами, прочность древнего традиционного отношения. Действительное же основание права старшин на государственные доходы заключается в положении старшин как хозяев страны.

Указанное право старшин, как и все почти их права, не связано с упадком ханской власти при преемниках Тауке; оно предусмотрено в «постановлениях» самого Тауке, когда власть хана была в зените. Предположенная законами Тауке ежегодная подать в размере $\frac{1}{20}$ части имущества (или дохода), которой Тауке пытался обложить всех свободных казахов («всякого могущего носить оружие, кроме султанов»), предназначалось в пользу хана и *правителей народных*. Под правителями народными здесь можно понимать только старшин. Таким образом, при попытке ввести новый вид государственных доходов Тауке должен был учесть право старшин на все виды таких доходов. К таким доходам принадлежат также всякого рода дани, контрибуции и военная добыча, полученные в итоге успешной войны, подарки и жалованье, которые получали ханы от царского правительства. П. Рычков сообщал, что ханы «с народа никогда ничего себе требовать не могут, но еще сами лучших из них людей ласкают и дарят» [143]. Такие «подарки» были традиционной обязанностью хана и правом старшин. Тевкелев выражался точнее, докладывая, что старшины не согласятся, чтобы хан не получал у царского правительства жалованья, «ибо у них древний обычай, что

полученное им должен он всем старшинам разделять» [144]. И действительно, старшины не ждут доли в этих подарках как ханской милости. Нет, все, что приносят послы, они бесцеремонно рвут у хана и распределяют сами как свою законную добычу. Как только Тевкелев передал Абульхайыр-хану привезенные с собой для хана подарки и вышел из ханской кибитки, в которой собрались старшины, «того же часу стали дуван дуванить ее императорского величества жалованье, что прислано было и Абульхайр-хану, с великим криком и дракою и ис кибитки все, что есть вынесли на поле и стали делить с великою дракою, плетями и саблями между собою бились» [145]. Когда Аблай отказался делить с бывшим при нем «лучшими людьми» подарки, полученные им от покоренных городов, то старшины заявили, что отказываются ему помогать, и намеченный Аблаем поход сорвался [146]. Каип, будучи ханом в Хиве, хорошо знал свои обязанности по отношению к старшинам улуса своего отца Батыр-султана. Без их помощи он не мог бы удержаться в Хиве, они являлись на выручку, когда хивинцы ему угрожали, и не раз спасали его в трудные минуты. Поэтому Каип «для одного отца своего и киргисцов на хивинцов немалой подбор наложил и заплатит принуждал» [147]. Право старшин на получение своей доли во всех государственных доходах, во всем том, что поступает хану, было настолько бесспорно, что Абульхайыр, не желая делиться со старшинами своими доходами, получаемыми от царской администрации, должен был постоянно скрывать их. Когда в мае 1718 г. прибыла миссия Бориса Брянцева⁵⁹, то к ней в полночь пришел от Абульхайыра Бекбулат⁶⁰ и потребовал, чтобы подарки, присланные сибирским губернатором, были доставлены хану ночью [148]. Матвей Арапов, посетивший в 1747 г. Барак-султана, докладывал по возвращении, что Барак призвал его ночью, отобрал государево пожалованье, а письмо не взял и велел прийти с ним днем при старшинах, «чтобы они про присылку к нему награждения не ведали» [149]. Нуралы-хан не удовлетворился тем, что по указу Коллегии Иностранных Дел должен был получать 400 рублей явно и 200 рублей секретно и требовал всегда все 600 рублей «себе скрытно от киргисцов», присылая за этим жалованьем по ночам [150].

Формой проявления политической власти старшин являются также выборы хана, при помощи которых обеспечиваются старшинский

⁵⁹ Борис Брянцев, Яков Тарыштин и толмач Кабай Мамеев были направлены послами в Туркестан из Тобольска в 1718 г., позже Б. Брянцев был вновь специально послан в казахские степи (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 112, 127).

⁶⁰ Бекбулат был во главе посольства Абулхайр-хана, направленного в Тобольск к российским властям в 1729 г. Ерофеева И. В. так жепишет о нем: «... неким Бекбулатом...» (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 114; Ерофеева И. В. Хан Абулхайр: полководец, правитель и политик. С. 150).

контроль за тем, чтобы место хана было занято кандидатом, наиболее удобным старшинам. В развитом феодальном государстве порядок преемства власти сюзерена в основном определяется порядком перехода собственности. Политическая власть, принадлежащая суверену как крупнейшему собственнику, переходит по наследству вместе с собственностью. Престол, как и собственность, делается и предметом завещательного распоряжения. Избрание же хана есть несомненный остаток древней племенной государственности и если, к тому, избрание сохраняется не как бессодержательный обряд, а имеет политический смысл, если в нем выявляется, какой из кандидатов в ханы пользуется поддержкой наиболее влиятельных групп господствующего класса, то выборность хана должна рассматриваться как существенная черта казахской государственности, и такая черта, которая подчеркивает ее феодальную незрелость. В литературе между тем прочно установилось мнение, что власть казахских ханов была наследственной и что выборы никакого политического значения не имели, будучи пустой церемонией. Заметим, что мнение это впервые было высказано не раньше начала XIX в., и оно было сперва лишь простой констатацией порядка престолонаследия, утверждавшегося в этот время усилиями царского правительства. Так нужно понимать замечание Путинцева, что султаны — это все вообще ханские дети, «кроме тех, кои утверждаются *по назначению отца* в ханское достоинство, преимущественное сие звание дается большему сыну» [151]. Такой же смысл имеет и утверждение Броневского, что «ханы во владение ордой вступали наследственно по первородству» и это «сопровождалось отправлением deputаций к российскому и китайскому правительствам» [152]. Путинцев не писал истории ханской власти, а давал в своей записке «О киргиских законах» в 1809 г. описание действующего в Казахстане права. Ссылка Броневского на обязательность утверждения хана Среднего жуза российским и китайским правительством также достаточно ясно говорит, что его замечание о порядке престолонаследия у казахов может относиться только к порядку, установленному со второй половины XVIII в. царизмом.

Взгляд, что наследственность ханской власти была исторически основным и постоянным принципом организации этой власти, впервые пытался обосновать М. Красовский. Он утверждал, что выборность ханской власти была совершенно чужда началам казахской государственности, что «древние так называемые выборы были не что иное, как празднества по случаю вступления наследственного хана на престол», что выборы второй половины XVIII в. были плодом политики царизма, который «навязал» казахам непонятный для них способ преемства ханской власти путем выборов, чтобы создать почву для разжигания

междоусобий. По Красовскому, на всем протяжении казахской истории до смерти Тауке в преемстве ханской власти прочно господствовало династическое начало с переходом власти к старшему в роде. В качестве аргумента, постоянно повторяемого до наших дней всеми сторонниками этого взгляда, Красовский указывал, что власть хана, утвердившись в начале XVI в. в доме Жадиги⁶¹, держится в этом доме до XVII в., переходя к старшему в роде [153].

Очень близка к этим взглядам точка зрения А. Чулошникова⁶² и М. Вяткина, которые считают, что власть хана не была выборной, ибо она, как указывает М. Вяткин, воспроизводя аргумент Красовского, «до начала 20-х гг. XVIII в. непрерывно сохранялась в руках потомков Жадига, составляя как бы родовое достояние этой султанской фамилии, считавшейся старшей» [154]. «Выборы, — говорит М. Вяткин, — были не более, как торжественным признанием власти нового хана, хотя сама власть уже передавалась по наследству» [155]. В «Истории Казахской ССР» хотя и отмечается, что занятие престола сопровождалось борьбой за власть между султанами, что претенденты на престол добывались его не только ссылками на родство с покойным ханом, но и силой оружия или благодаря многочисленным и влиятельным родственникам,

⁶¹ Дом Жадиги — от имени Жадик-султана (Джадик, Джадек, Джадик, Йадик, Джаук, Жадиг), сына Джаныбек-хана (ок. 1469/70 — ок. 1473/74) — одного из основателей Казахского ханства. С конца XVI в. и до начала XVIII в. в Казахстане постепенно складывалась определенная традиция наследования верховной власти, согласно которой титул общеказахского хана стал преимущественно привилегией одной ветви потомков Джучи, происходивших по линии султана Джадика. В силу указанной традиции члены династии казахских султанов, происходившей от султана Уснака (Усек, Усяк, Осек), другого сына хана Джаныбека, по представлениям казахов того времени, не обладали легитимными правами на ханский престол и поэтому играли менее заметную политическую роль в казахских жузах. Хан Абулхаир принадлежал именно к данной ветви чингизидов и в связи с этим не считался в кругах казахской знати законным претендентом на верховную власть (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 483, 494, 495; *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. С. 90, 91, 92; Лекции И. В. Ерофеевой «Евразия вне государственных границ: в реальном историческом времени». Летний университет «Транснациональное сотрудничество Западного Казахстана и Южного Урала (г. Актобе, 17–31 июля 2000 г.). Фонд Сорос-Казахстан — Актюбинский университет им. К. Жубанова. 24 июля 2000 г.; *Султанов Т. И.* Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 155–156).

⁶² Чулошников Александр Петрович (1894–1941) — историк, выпускник историко-филологического факультета Петербургского университета (1916), кандидат исторических наук (1935), старший научный сотрудник Ленинградского отделения Института истории АН СССР (1936), первый председатель правления Общества изучения Киргизского (Казахского) края (1920), автор работ по истории казахов и киргизов (см.: Библиография обществоведов Казахстана. Алма-Ата: Наука, 1986. С. 451).

хотя и описываются бурные многодневные собрания, на которых производились выборы, однако указывается, что «ханская власть переходила по наследству от отца к сыну или к другому близкому родственнику умершего хана» [156]. Авторы «Истории Казахской ССР» не считают, следовательно, избрание хана только пустой формой, но и не выясняют действительное соотношение выборности и наследственности ханской власти, предпочитая подчеркнуть переход власти по наследству от отца к сыну. Игнорирование политического смысла выборов здесь, во всяком случае, также налицо. Между тем выборы хана есть акт политической борьбы в рядах господствующего класса, они имеют практическое значение для политической жизни Казахстана, давая возможность тем или иным группировкам знати закрепить свои позиции, получив «своего» хана. Необходимость выборов вытекает из политического строя казахов, из патриархально-феодально-старшинской демократии и характеризует ее особенности. Выборы хана есть в этом смысле существенная черта казахского политического строя, а не только традиционное торжество коронации.

Общий ход развития от выборности к наследственности органов власти Энгельс описал следующим образом: обычное избрание приемников военачальников и вождей из одних и тех же семейств лишь мало-помалу, в особенности со времени установления отцовского права, «переходит в наследственную власть, которую сперва терпят, затем требуют и, наконец, узурпируют; закладываются основы наследственной монархии и наследственного дворянства» [157]. При этом (как мы уже имели возможность отчасти заметить, рассматривая вопрос о выборности старшин) на ранних ступенях развития классового общества противопоставление выборности наследственному занятию государственных должностей не может иметь абсолютного характера. К существовавшему здесь порядку занятия должностей всегда относится сказанное Энгельсом о должности базилевса: «Если у греков при господстве отцовского права должность базилевса обычно переходила к сыну или к одному из сыновей, то это лишь доказывает, что сыновья могли рассчитывать на наследование в силу народного избрания, но отнюдь не служит доказательством законного наследования помимо такого избрания» [158]. Самый государственно-правовой институт выборности хана есть несомненный, очень ясный реликт древнего военно-демократического строя. Институт этот в казахском обществе используется и в пору господства феодальных отношений. Из формы осуществления демократии для свободных он делается способом обеспечения демократии для патриархально-феодальной знати, старшин. Но и в этих новых классовых условиях данный институт сохраняет отмеченную

Энгельсом особенность. Выборность сочетается с наследственностью, и можно сказать, что если ханская власть до начала XVIII в. сохранялась в руках потомков Жадиги, то это значит только, что потомки Жадиги могли преимущественно рассчитывать на избрание их ханами, но не доказывает еще наличие наследственной монархии. о последней мы могли бы говорить только в том случае, если бы доказано было, что обряд избрания хана у казахов потерял свое политическое значение и превратился в пустую формальность. В действительности, однако, дело обстояло вовсе не так.

Источники XVII в. слишком скудны для того, чтобы осветить вопрос о порядке смены ханов. Они затрагивают преимущественно вопросы внешнеполитической жизни. Это преимущественно летопись войн, и вопросы социальной истории едва освещены в них. Мы находим в них, по интересующему нас вопросу, только отмеченный Красовским и другими авторами факт сохранения в XVI и XVII вв. ханства в доме Жадиги. В этом доме ханская власть переходила к братьям и сыновьям предшествующего хана. Но требовал ли этот переход санкции старшин, сопровождался ли он, следовательно, выборами, имевшими существенное политическое значение, или таковые были пустой церемонией, об этом источники ничего не говорят нам, как вообще ничего не говорят нам о роли старшин. Такое молчание источников Красовский счел достаточным для вывода о существовании династической наследственной власти, не связанной выборами. Однако гораздо более обстоятельные источники XVIII в. показывают нам уже в начале XVIII в. институт выборов хана старшинами в действии и говорят о нем как об институте древнем, традиционном. Более того, по самому характеру своему этот институт не мог возникнуть только в XVIII в. Следовательно, нельзя молчание источников XVII в. о выборности хана принимать за свидетельство отсутствия выборности или наличия только функции выборов. Напротив, это молчание приходится отнести за счет неполноты освещения источниками XVII в. внутренней политической жизни во всех отношениях. Допустимо, следовательно, попытаться восполнить этот пробел за счет источников XVIII в.

Значение этих источников в данном случае отнюдь не умаляется тем, что это в большинстве случаев, хотя далеко не всегда, донесения представителей царской администрации. Они заслуживают доверия прежде всего потому, что для царского правительства существовавший у казахов порядок замещения ханского престола имел огромное практическое, политическое значение, а там, где речь идет о практической политике, литературные фантазии и измышления, способные ввести начальство в заблуждение, не поощряются. У деятелей царской администрации,

кроме того, не было никаких поводов преувеличивать значение принципа выборности. Подобный демократический способ организации власти царское абсолютистское правительство лишь терпело в силу необходимости, относилось к нему с явным неодобрением и стремилось его искоренить. В одном из указов 1768 г. подчеркивалась, например, желательность, «чтобы назначение ханов производилось без выборов, по высочайшему соизволению, во избежание того, чтобы не усилить и не привести к большому своевольству легкомысленный и многолюдный киргизский народ и чтобы не поставить ханов в зависимость от народа» [159]. Но игнорировать выборность ханов, при всем отрицательном отношении к ней, царское правительство не могло. Оно могло только, и действительно сделало это, постепенно сводить ее к пустой формальности, прикрывавшей назначение хана царской администрацией.

Царской администрации положительно известно было, что престолонаследие у казахов определяется не правом наследования, а избранием. Тевкелев сообщил об этом в 1732 г. после первых же переговоров с Абульхайыром. Среди мотивов, которыми Абульхайыр объяснял Тевкелеву свое стремление принять российское подданство, на втором месте стоит указание, что ханы у казахов «не наследные, а он Абульхайыр желает, чтобы протекциею ея императорского величества быть ему самовластным и дети б его по нем были наследники...» [160]. Позднейшие казахские ханы считали, что, приведя казахов в российское подданство, Абульхайыр выговорил, в качестве вознаграждения, наследственность ханской власти. Шир-газы Айчувак-улы так писал в обращении к царю: «По договору, заключенному на незыблемо крепких условиях, ваши славные и священные предки... обещали нашим предкам вечное и непрерывное ханствование их потомкам и переход ханского достоинства к другому роду. Поэтому наши предки склонили головы перед высочайшим российским престолом и стали его подданными» [161]. В представлении Тевкелева и Рычкова Коллегии Иностранных дел от 22 января 1759 г. читаем: «В киргис-кайсацком народе ханской чин и всегда был ненаследственной и доставался обыкновенно таким салтанам, которые *хотя б и не ханские дети были*, только б к народным делам были способны и в воинских случаях проворны (одни простые киргисцы и старшины ханами быть у них не могут) и *когда кого большая часть старшин и народа удостоит в ханы* и, по старинному обыкновению, при некоторых церемониях на кошме поднимут, *тот и именовался у них ханом*» [162]. В записке «О киргискайсаках» конца XVIII в. указывалось, что «ханы и солтаны учреждаются над сими народами по национальному их обычаю и по выбору народному из детей ханских и солтанских старшиною вольными голосами...» [163].

Буквально то же самое писал Тевкелев о Старшем жузе в «описании казахских родов», записанном в книгах Азиатского департамента: «А в Большой орде ханов выбирают из киргиз-кайсацких салтанов... и ханы у них не наследные, но выборные, потому и прежних ханов никто не знает, понеже у них письменных историй не имеется» [164]. Впечатление Тевкелева, что казахи Старшего жуза не знают своих прежних ханов, не заслуживает, очевидно, особого доверия, но оно правильно отражает отсутствие династических традиций, обычно столь распространенных и культивируемых в наследственных монархиях.

Что касается Среднего жуза, то здесь можно привести сообщение Чокана Валиханова об избрании ханом Аблая, которое после всего сказанного выше нельзя уже считать свидетельством исключения: «Народ единогласно избрал его в ханы, как более достойного из всех своих султанов, помимо наследственных прав, которые имели по киргизским законам дети Абульмамбета» [165].

В связи с проектами устранения фрондирующего Абульхайыра Коллегия иностранных дел доносила в 1747 г. Сенату⁶³: «У киргиз-кайсацких ханы бывают по народному избранию, и с российской стороны в то вступаться неудобно». Неудобно потому, что путем выборов определяется лицо, пользующееся среди казахской знати наибольшим влиянием и поддержкой. Хан, поставленный царским правительством без выборов, не будет пользоваться нужной властью. Конечно, рассуждала Коллегия, можно «российской стороне» «вступить» в выборы и добиться «избрания» нового хана «из салтанов той же фамилии, из которой все киргиз-кайсацкие ханы от народа избираются». Но одних лишь наследственных прав совершенно недостаточно, чтобы быть ханом. Абульхайыр силен «не по ханскому уряду», а «по его хитрости и великой фамилии», которые обеспечили ему избрание, и потому путем фальсифицированных выборов и создания хана-марионетки Абульхайыр-хана «от ханства отрешить невозможно» [166]. Желая иметь в качестве своего агента хана, пользующегося среди знати известным влиянием, царское правительство не только допускало избрание хана, но даже отказывалось иногда от всякого вмешательства в избрание. Упомянутый выше указ 1768 г., подчеркнувший желательность устранения выборности,

⁶³ Сенат, Правительствующий Сенат — высший государственный орган в России в 1711–1917 гг., подчиненный императору. Учрежден Петром I как высший орган по делам законодательства и государственного управления, с 1-й половины XIX в. — высший судебный орган, осуществлял также надзор за деятельностью государственных учреждений и чиновников. По судебным уставам 1864 г. — высшая кассационная инстанция (см., напр.: *Щенетов В. И.* История государственного управления в России. М.: Гуманит. изд. центр ВЛАДОС, 2003. С. 168–170).

объясняет, что от выборности все же нельзя было отказаться потому, что «правительство не могло знать, кто именно из султанов наиболее соответствовал ханскому званию» [167].

Когда после убийства Абульхайыра возник вопрос о новом хане, Неплюев очень решительно обращал внимание правительства на то, что нельзя игнорировать принятую у казахов систему выбора хана. «Ханы бывают у них не по наследству, — писал он, — но по народному избранию и тако ежели от стороны ея императорского величества в то, чтоб ханы их были наследственные вступиться, а их киргис-кайсацкие старшины и народ того не похотят и не примут, то принуждать их к тому неудобно, а начав оное, иногда и не без предосуждения быть может» [168]. Таким образом, Неплюев опасался даже, что нарушение принципа выборности может повлечь за собой серьезное и опасное для царского правительства сопротивление. Вследствие этого Гуляеву и другим посланным на выборы запретили вмешиваться и оказывать сопротивление воле старшин, а приказали, «чтобы они, где партия сильнее будет, к той бы и приклонились» [169]. Все эти многочисленные и категорические утверждения источников XVIII в. о выборности хана тем более важны, что с середины XVIII в. выборы все более и более превращались в фикцию, и, следовательно, порядки середины и второй половины XVIII в. не могли сами по себе дать почву для подобных категорических утверждений, если бы выборность не имела глубоких корней в прошлом, если бы наблюдатели XVIII в. не имели дела с давно сложившимся и прочно укоренившимся в политической жизни институтом. Интересно, что, даже перерождаясь и отживая, институт этот сохраняет черты, свидетельствующие о политической действительности выборного начала. «Выборы» Нуралы были, например, по общему мнению, только карикатурой на выборы в прошлом. Одной из причин такого окарикатурения было давление царской администрации на политическую жизнь казахов в целом, но давление это оказалось столь эффективным потому, что развитие феодализма в Казахстане разложило старшинскую демократию и сосредоточило фактическую власть в ее среде в руках небольшого количества наиболее богатых и влиятельных старшин. «Известие о киргис-кайсацком народе, сочиненное в коллегии иностранных дел» так и говорит, что правительство легко «преуспело» в своих стараниях о выборе Нуралы, «потому что для сего только нескольких старшин соглашение было надобно...» [170]. Заметим, что хотя выборы происходили «не так, как у них прежде сего бывало публично, но токмо выбранными изо всех родов 10 человеки знатными баями, да и то в ханской кибитке», но на съезде все еще присутствовали «разных чинов более 1000 человек», и они вовсе не были статистами.

Нуралы заявил, что ему нужно старшин «утвердить и уверить по их обыкновению, дабы ему были несомнительны в исполнениях». Он сказал старшинам, что ни одно дело ему иначе «как чрез них исполнять невозможно», он просил, чтобы «они прежде ему в верности своей утвердились и о том бы все между собой прежде советовали и его, хана, утвердили». И тут, очевидно, возник «конституционный» вопрос, как могут старшины, не участвовавшие в избрании, присягать на верность хану. Возникшие были споры успокоил влиятельный Исет, заявив, что хотя он при избрании и не был, но от верности не отступит. Тогда и прочие участники съезда собрались перед палаткой хана и принесли присягу [172]⁶⁴. Таким образом, все присутствующие на этих фальсифицированных выборах сохраняли ясное представление о том, что процедура выборов вовсе не лишена политического смысла, что их произвольно лишили права фактического участия в выборах, что отсюда, пожалуй, они и подчиняться таким образом избранному хану не обязаны. Хан понимал, что ему нужно просить старшин о доверии, что без этого он не будет пользоваться их поддержкой. Но откуда бы взялись все эти представления, если бы в XVI–XVII вв. в Казахстане существовала наследственная ханская власть?

Политика царизма по вопросу о выборности хана заключалась не в «навязывании» казахам будто бы чуждой им системы выборов хана, как это ошибочно утверждал Красовский, а в использовании издавна принятого у казахов выборного начала как удобного способа протаскивать в ханы ставленника царизма, по возможности не слишком раздражая старшин, права которых при этом узурпировались. Царское правительство, с одной стороны, желая иметь верную царизму династию, не отказывалось от некогда данных Абульхайыру обещаний наследственно закрепить ханство за его потомками. С другой стороны, как гласит «справка» Министерства иностранных дел начала XIX в., «чтобы киргизский народ, грубый и своенравный, пользовавшийся правом избирать для себя вольными голосами владельцев... не счел установления наследственных ханов противным его свободе, ему оставлено было сие древнее преимущество предков его» — выборы, которые, однако, фальсифицировались царизмом. Даже в 1819 г. управляющий Министерством иностранных дел Нессельроде⁶⁵ высказался против замены

⁶⁴ Сноска [171] в оригинале рукописи на с. 294 пропущена.

⁶⁵ Нессельроде Карл Васильевич (1780–1862) — граф, министр иностранных дел, вице-канцлер, канцлер (1816–1856). При нем был образован в 1819 г. Азиатский департамент, в ведение которого вошли и дела, касавшиеся Казахских Орд и всех азиатских народов. Директором Азиатского департамента был назначен К. К. Родофиникин (1819–1837). Почти в то же время учрежден особый Азиатский комитет для дел, касавшихся Оренбургского края и торговли русских с Азией,

Ширгазы Арынгазыем, с мотивировкой, что «выбор хана предоставляем всегда самим киргизцам, по невозможности принудить их признать кого-либо против воли их» [173].

Сохраняя по указанным выше соображениям «выборность» хана, царское правительство отвергло домогательства Нуралы, желавшего, как и отец его Абульхайыр, установить наследственность ханской власти и закрепить за своими детьми право на престол. Не помогла и ссылка на якобы установившуюся практику, на то, что сам Нуралы после смерти Абульхайыра унаследовал престол. Высочайший указ от 17 января 1768 г. «разъяснял» по этому поводу, что «народ предоставил ханское достоинство в Меньшей орде потомкам Абульхайыра, но не старшему в роде, а достойнейшему» [174]. Предписывалось поэтому от утверждения сына Нуралы наместником престола воздержаться. Таким образом, царское правительство умело использовало казахское обычное право как для того, чтобы на ханском престоле не появлялись вовсе уже безвластные, не пользующиеся поддержкой старшин и потому бесполезные ему ханы, так и для того, чтобы не выпускать из рук распоряжение ханским престолом. Допустив прямое наследование престола, которого домогались, вопреки обычному праву, Абульхайыр и Нуралы, царизм потерял бы возможность в случае нужды влиять на замещение престола; выборы же хана открывали для такого воздействия широкие возможности. Левшин поэтому писал, что заменить выборы назначением хана «было опасно и не нужно» [175]. Понимая полезность института избрания хана для колониальной политики царизма, правительственные органы стали вникать в существо относящихся сюда обычно-правовых норм и проявляли даже некоторую эрудированность в этих вопросах. Не лишена с этой точки зрения интереса небольшая теоретическая дискуссия между министерством и оренбургской администрацией, о которой сообщает Левшин. Оренбургская администрация, разрабатывая вопрос о преемнике Нуралы, опираясь на правила казахского обычного права о наследовании, полагала, что «по обычаям киргизским после смерти Нуралы следует быть ханом одному из братьев его, а не сыновей». Но министерство категорически отвергло этот взгляд. Оно указало, что «правило наследства в частной жизни не должно быть применяемой к преемничеству ханского достоинства, ибо оно всегда переходило от одного лица к другому не иначе, как по избранию народа» [176]. Приведенных данных, полагаем, достаточно для того, чтобы отвергнуть распространенный в нашей литературе взгляд, сводящий выборность

просуществовавший с 1819 по 1846 г. (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 494; Астраханские губернаторы. Историко-краеведческие очерки. С. 60).

хана только к торжественной церемонии. Выборы хана в XVIII в. имели серьезный политический смысл, и смысл этот в основном тот же, который наполнял содержание выборов в глубокой древности, в ранних классовых обществах. Выборы указывали на лицо, пользующееся доверием родовой знати, обеспечивали ему поддержку этой знати, а следовательно, и реальную власть, поскольку без поддержки старшин, как мы видели, хан был бессилён. Доверие и поддержка могли основываться на качествах хана как полководца и военного организатора, на его богатстве и многочисленности сородичей, делающих его влиятельным и сильным, на его способности поддерживать внутренний порядок, на правосудности его и способности вникать в разбирательство тяжб [177]. Так, например, старшины, ходатайствовавшие о признании ханом Арынгазы, основывали свою просьбу на обещании Арынгазы, что «он будет приносить пользу обеим ордам, рассылая по всему нашему журту свои ярлыки, уничтожая воров, искореняя барымту, обеспечивая свободное передвижение караванов и открывая торговые базары» [178]. Это, конечно, поздний идеал хана — гаранта «порядка». Раньше, в XVI–XVII вв., когда шла борьба с узбеками или джунгарами, от хана требовались преимущественно воинские доблести. В этом же ходатайстве об утверждении Арынгазы хорошо выражена и связь выборности с «наследственностью». Свою уверенность в том, что Арынгазы будет хорошим ханом, старшины подкрепляют такого рода соображением: «Мы выбрали (Арынгазы) в ханы, находя его подходящим и будучи уверенными, что он будет таким же хорошим, как и его предки» (там же). Из тех же, очевидно, соображений, что избрание хана из определенной семьи гарантирует соответствующие его качества, старшины — сторонники Арынгазы, считали необходимым оправдывать отца Арынгазы, Абулгазы, от обвинения его в грабежах [179].

Во второй половине XVIII в. бесполезно было уже выбирать хана, если на то не было «повеления» царского правительства. С этим знати приходилось считаться. Но при нейтралитете царской администрации требование, чтобы хан был выборным, вновь всплывало на поверхность. Султан Каратай⁶⁶ был законным преемником хана Есыма⁶⁷, как старший

⁶⁶ Каратай-султан, второй сын Нуралы-хана, внук Абулхаир-хана, был избран ханом (1806–1824) султанами Младшего жуза без привлечения представителей народа, однако оренбургский губернатор Игельстром назначил ханом Айшуака (1797–1805) (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 233, 289; *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. С. 295).

⁶⁷ Есим-хан (1795–1797), сын Нуралы-хана, назначенный оренбургской администрацией ханом, был убит повстанцами Срыма Датова (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 233; *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. С. 295).

после него брат и внук Абульхайыра. Приверженцы Срыма заявили, однако, протест против избрания его ханом только узким кругом его сторонников, ссылаясь на то, что в таком порядке избрания содержится грубое нарушение порядка замещения ханского престола. Хан должен быть избран «волей народа», если право назначения не узурпирует царское правительство. Ханская же фамилия не вправе выбирать хана. «Как смела ханская фамилия, — говорили сторонники Срыма, — когда нет повеления, сами собою и без всякого общества к выбору его приступить?» [180]. Сам Каратай, ссылаясь на свои наследственные права на престол, учитывает, что без «всенародного избрания» он не будет законным ханом, и потому, как сообщали заседатели ханского совета, «просит всего нашего народа, чтобы назвать его ханом» уже после того, как избран ханом своими сторонниками [181]. Позже Каратай оспаривает права на ханство Арынгазы, ссылаясь на то, что Арынгазы не был избран, что на избрание его родоправители «не согласны, да и печати своей не прикладывали, а равно от подведомственных им киргиз согласия не отбирали» [182].

Значение выборности хана подчеркивается еще своеобразным «правом отзыва» хана, не имеющим, правда, в XVIII в. практического значения. На это право как на исконное право подданных ссылаются заседатели ханского совета, оправдывая отстранение Жан-торе⁶⁸ и избрание Каратая. Так как Жан-торе не решался выезжать в степь для выполнения своей обязанности чинить суд и расправу, то «народ наш, не уповая от него начальства, принужденными нашлись, по нашему киргизскому обыкновению назвать ханом султана Каратая». Дается даже общая формула «права отзыва»: «Довольно вашему сиятельству известно, что народу нашему, дедам и отцам, не полезный хан отставляется от звания» [183].

О том, что выборы хана не были пустой формальностью, говорит также и обряд избрания хана. Яркое описание процедуры избрания дает Гавердовский. Впоследствии этим описанием воспользовался, как обычно без всякой ссылки на Гавердовского, Левшин [184]. А. Гейнс, очевидно, взял то же описание уже из вторых рук, у Левшина [185].

Гавердовский дает живую картину процедуры выборов, настолько важную для понимания их механизма и классового содержания, что

⁶⁸ Жанторе (1759–1809) — сын Айшуак-хана, внук Абулхаир-хана, хан Младшего жуза в 1805–1809 гг. Был убит султаном Каратаем (см.: *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. С. 295; *Касымбаев Ж.* Государственные деятели казахских ханств в XVIII — первой четверти XIX вв. Хан Жанторе (1759–1809): (Личность во взаимодействии с номадным обществом и сопредельными странами). Т. 3. Алматы: Білім, 2001; *Ерофеева И. В.* Родословные казахских ханов и кожа XVIII–XIX вв. С. 49).

ее, несмотря на обширность, следует здесь привести. «В прежние времена, — пишет Гавердовский, — по смерти хана каждой аул и почти каждая семья избирала из среды своей доверенных людей и посылала оных на общий совет в определенное место; но ныне участвуют в советах все без разбору... Когда киргизцы для выбора хана со всех сторон соберутся, и многие близкие роды приходят туда со своими аулами, тогда начинаются взаимные угощения. Солтаны, желающие взойти в любовь народа, истощают все способы, дабы удовлетворить алчность посетителей... В продолжении сих увеселений между тюбями и аймаками идут суждения. Сперва оные начинают два сословия кара-сюек и ак-сюек, т. е. простолюдины и дворяне, потом нарочито собираются родовые советы, где из среды себя собирают почтеннейших людей, долженствующих в общем собрании решительно согласиться о назначении владетеля народа». Накануне выборов на поле совета собираются «все старейшины, солтаны и депутаты, которые садятся в порядке по старшинству родов... Народ, стекаясь толпами, располагается по частям в некотором от сего места отдаленье; после чего начинается совет, он не всегда оканчивается в один день, ибо иногда, в случае несогласия, относятся с мнением к народу и собирают от него голоса» [186].

Описанием этим бесспорно устанавливается, во-первых, широкий круг лиц, активно участвующих в избрании хана. При руководящей роли старшин активную роль играют в выборах еще и «депутаты», сидящие рядом со старшинами. «Депутат» — это, очевидно, и есть те «почтеннейшие люди», которые выделяются на предвыборных родовых советах для непосредственного участия в выборах. Даже «народ», т. е. все вообще «доверенные люди» аулов, которые прибыли на выборы, и случайные участники собрания, кочевавшие поблизости и явившиеся на выборы целыми аулами с чадами и домочадцами, располагаясь в отдалении, не остаются вовсе пассивными. При серьезных разногласиях старшины и депутаты пытаются опереться на присутствующую толпу народа и «собирают от него голоса». В описании Гавердовского процедура выборов совершенно исключает возможность понимания их как чисто формальной церемонии. Идет подкуп избирателей, и султаны истощают все способы, дабы удовлетворить алчность участников съезда. Ведутся совещания по родам, споры тянутся по несколько дней, возникают разногласия и т. д. Левшин дополняет эту картину еще сообщением, что среди участников совещания имеются какие-то «главнейшие ораторы», которые по вечерам дают своей группе отчет об итогах дня и выясняют мнение группы по спорным вопросам [187].

Не следует при оценке значения описания выборов, данного Гавердовским в начале XIX в., упускать из виду, что здесь описана

процедура, являющаяся результатом вырождения института выбора ханов. Сохраняя выборы хана, царское правительство энергично обламывало и уродовало этот институт. Мы уже указали выше, что это было легко сделать, так как развитие феодальных отношений способствовало быстрому сужению круга избирателей. Практика царской администрации, отменявшая традиционный порядок выборов, узаконена была сенатским указом 9 ноября 1792 г. «Об обрядах выбора и утверждения киргис-казацких ханов и их достоинстве», который устанавливал, что выбирает хана «собрание лучших токмо людей, от народа доверенность имеющих» [188]. Очевидно, традиция публичности и широкого участия населения в выборах хана не была еще окончательно преодолена и в конце XVIII в., так что понадобилось и после «избрания» Нуралы ограничить специальным актом круг избирателей «лучшими токмо людьми». Но и после этого *элементы* общего участия населения в выборах хана, как видно из описания Гавердовского, не были вовсе искоренены. Настолько они были живучи!

Вообще у казахов были древние и очень устойчивые бытовые традиции, относящиеся к выборам и к «народным собраниям». Ни XVIII, ни XIX век новых обрядов в этой области не создавали, а только искажали старинные. Интересно, что организация избирательных собраний, весьма подобная той, которую описал Гавердовский, отчасти сохранилась у казахов до конца XIX — начала XX в. Она использовалась при выборах волостных и аульных старшин и биев.

При абсолютном различии политического смысла обстановка выборов старшин по царскому законодательству в некоторых отношениях воспроизводит древнейшую бытовую сторону выборов. Это и понятно. Вводя выборность низшей царской администрации из казахов, правительство использовало прочно сидевшие в быту казахов традиции выборности. При отсутствии таких традиций было бы, конечно, совершенно невозможно организовать какие-либо выборы среди отсталого и неграмотного населения. Авторы многочисленных проектов реформ всегда цеплялись за обычай казахов выбирать ханов и биев. Так, например, проект Временного положения о военно-народном управлении в Туркестанской области, составленный Комиссией Романовского, по мысли авторов, должен был строиться на правиле «не ломать сразу народной жизни», т. е. не ломать бытовые учреждения, не вызывать тем ненужного озлобления, а использовать максимально эти учреждения и, в частности, институт выборности, как форму осуществления колониальной политики. В объяснительной записке к этому проекту подчеркивалось, что введение выборности биев не противоречит казахским обычаям, что выборы напоят казахам выборы хана, что

«положительно известно, что у киргиз и прежде выбирались старшие бии...». Здесь, между прочим, мы находим еще один пример уже упомянутого сочетания наследственного и выборного начала: «Старший бий не есть в строгом смысле наследственная власть. По смерти старшего бия его место занимает не всегда старший его сын, а иногда и младший, и не всегда член его семейства, а иногда даже не родственник» [189]. Взглянув на описание выборов аульных и волостных старшин в Тургенской долине в начале XX в., нельзя не согласиться с тем, что бытовые детали этих выборов напоминают выборы хана и что от всей обстановки выборов веет глубокой древностью. Вот это описание, приводимое Г. К. Гинсом⁶⁹ в статье его «В киргизских аулах».

Подъезжая к одной из Тургенских долин, путешественники увидели «всадников без числа», «которые собрались в этой долине и ехали туда со всех сторон по склонам гор». «Через неделю ожидался выборы волостных и аульных старшин, и здесь собрались выборщики для агитации и предварительных обсуждений возможных кандидатур. В центре поляны, где толпище было особенно густо, видно было, как время от времени сталкивались между собой отдельные группы, слышались оттуда буйные крики и глухой гул одобрения и недовольства. Одному киргизу выбили глаз, и драка приняла серьезный оборот. Иногда кровопролития на выборах бывают очень жестоки и серьезные.

Подъезжаем ближе. Перед нами в разных местах плотные круги всадников; посреди круга сидят на корточках старики и совещаются. Молодежь ждет решения...» [190].

Итак, на выборы приходит масса народа. Старики в центре обсуждают и решают вопрос. Народ окружает их плотной стеною, являя собою что-то вроде *Umstand*, который у германцев или ирокезов сопровождал всякое заседание совета, влияя на его решения, криками выражая свое одобрение или недовольство. Но описанное Гинсом предвыборное собрание чрезвычайно близко также к известному уже нам со слов Гавердовского собранию для выборов хана. В обоих случаях собрание носит массовый характер. Выборам предшествуют агитационная кампания и широкое обсуждение кандидатур отдельными группами. Переговоры и обсуждение ведут «лучшие люди», прислушивающиеся, однако, к голосам своих сородичей. Вот почему, несмотря на глубокое политическое различие древнейших родовых собраний, собраний, избирающих хана в XVIII в., и карикатуры на родовую демократию при выборах аульных и родовых старшин в начале XX в., можно все же констатировать

⁶⁹ Г. К. Гинс в начале XX в. изучал хозяйство и быт казахов, переселенцев дунган и уйгур (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 498).

поразительную устойчивость избирательной процедуры у казахов и нельзя не видеть, что она никогда не сводилась к пустой обрядности, а заключала в себе действительную возможность выражения воли все более и более суживающегося круга избирателей. Будучи по своему происхождению формой осуществления родовой демократии, выборы превратились в способ разрешения противоречий в рядах родоплеменной знати и долго выполняли эту задачу до тех пор, пока не стали орудием политики царизма. Такая эволюция института выборов не дает нам, однако, оснований сводить их к пустому и политически бессодержательному церемониалу. Напротив, в свете всех приведенных выше данных следует признать, что выборы хана были эффективным средством осуществления демократии для господствующей «чернокостной» знати, что они выражают зависимость хана от старшин и наряду с другими чертами государственного устройства казахов подчеркивают архаичность политического строя казахов, неразвитость феодальных государственно-правовых форм.

Г.

О какой бы форме выражения политического господства старшин мы ни говорили, шла ли речь о советах старшин, воле которых вынужден был подчиняться хан, о приставленных к нему контролерах-помощниках, «ханын нагы», о ежегодных осенних и весенних съездах старшин, решавших важнейшие дела государства, о праве старшин на государственные доходы, наконец, о выборах хана старшинами, — мы всюду подчеркивали исконный, традиционный характер и древнейшее происхождение этих институтов, а следовательно, древность политического господства старшин.

В литературе, однако, господствует взгляд, что политическое господство старшин в XVIII в. есть главным образом результат серьезных изменений общественной и политической структуры Казахстана в начале XVIII в. К концу XVII — началу XVIII в. относят усиление родовой знати и упадок общественного значения знати «белой кости» на почве углубления процесса феодализации. М. П. Вяткин говорит о «возросшем в *огромной степени* политическом значении старшин», о «кризисе ханской власти султанов», связывая этот кризис с феодальной раздробленностью как новым для начала XVIII в. явлением и с обнаружившейся в «годы великого бедствия» военной беспомощностью ханов [191]. о том же говорит и «История Казахской ССР с древнейших времен» [192]. Изложенный нами материал позволяет думать, что в начале XVIII в. в действительности никакого серьезного кризиса ханской власти и изменения политической структуры казахского общества не

произошло. Старшины издревле были действительными носителями политической власти, иначе невозможно понять, почему формы осуществления ими власти непосредственно приводят нас к институтам племенной государственности, тогда как подобные формы в XVIII в. зародиться, конечно, не могли. Ханы и до указанного «кризиса» были преимущественно князьками новгородского типа, т. е. военными вождями, и старшины в лучшем случае подчинялись им «по малу». Нам удалось выше установить, что накануне «кризиса» самый сильный из ханов Тауке был почти столь же политически бессилён, а старшины так же командовали в ханском совете, как и в XVIII в. У нас нет данных о взаимоотношениях ханов и старшин в XVII в. Но можно ли на основании, например, запутанного сообщения Гавердовского, что «ныне происходящие от черных костей столько же усилились; они часто приобретают себе титул биев, батыров, входят в родство с султанами и начальствуют многими аулами» [193], делать вывод, что командная роль старшин в политике возникает только в XVIII в., незадолго до того, как писал Гавердовский. Такой вывод был бы неправильным. Сообщение Гавердовского сопоставляет современное ему положение «чернокостных» старшин с положением «черной кости» в неопределенной древности, но ничего не говорит о времени усиления «черной кости». Его «ныне» имеет совершенно неопределенный характер. Но на чем, собственно, основано утверждение М. П. Вяткина, что рост влияния знати «черной кости» есть продукт развития общественных отношений в XVII в. Сам М. П. Вяткин утверждает, что этот процесс не может быть прослежен на всех его этапах, но «о нем можно с уверенностью говорить на основании тех итогов, к которым он пришел к концу XVII — началу XVIII века» (там же). Однако бесспорные итоги, на которые ссылается М. Вяткин, имели бы значение доказательства роста влияния знати «черной кости» лишь в том случае, если было установлено, что на предшествующем этапе, например, в XVI в., старшины-родоначальники не пользовались таким влиянием. Между тем это положение, как, впрочем, и противоположное, по состоянию источников вряд ли может быть документально доказано. Косвенные же указания говорят, как мы уже отчасти видели, в пользу предположения, что старшинам, биям, батырам всегда принадлежала важнейшая политическая роль в казахском государстве, возглавляемом ханами-чингизидами, и что к самой глубокой древности относится «древнее обыкновение», о котором говорил Игельстром: «иметь хана, отделя только его от управления народом».

Не должно, например, вызывать сомнения то обстоятельство, что после разделения казахов и узбеков узбекские ханы, утвердившие свою власть преимущественно в оседлых областях Средней Азии, могли,

опираясь на оседлые земледельческие районы и городские центры, сравнительно быстро ликвидировать те государственно-правовые формы, которые были наследием кочевой государственности. Здесь были многовековые традиции сильной деспотичной ханской власти, опирающейся на наемную гвардию, на поддержку городской купеческой знати и успешно сопротивлявшейся попыткам феодалов ограничить деспотическое единодержавие какими-либо учреждениями феодальной демократии. Ведя постоянную борьбу с соседями-кочевниками, узбекские ханы не имели причин поощрять сохранение наследия их собственного кочевого прошлого в государственном устройстве или в придворном церемониале. Все же, в силу наличия у них значительной массы подданных-кочевников, они еще и в XVII в. должны были считаться с традициями кочевой жизни и «родового» строя. Из приводимого акад. В. Бартольдом описания церемониала при дворе узбекских ханов, составленного в 30-х или 40-х гг. XVII в., видно, что за ханским столом, правда, уже на местах второй очереди, сидят старейшины родов или племен, входивших в Узбекский союз. Перечислив всех сидящих за ханским столом, автор описания Махмуд сын эмира Вели добавляет: «Все упомянутые степени и места относятся к разряду высокостепенных эмиров и людей, пользующихся доверием и свободных от беспокойства; *обычное право* этого высокого племени (узбеков) называет всех их *биями*» [195]⁷⁰. Бии-старшины родоправители, сохранившие еще в XVII в. при дворе узбекского хана положение «высокостепенных эмиров», — не свидетельствуют ли они своим присутствием за ханским столом, что в узбекском ханстве, из которого выделились казахи, в XV и XVI вв. бии-родоправители были такой же правительствующей верхушкой, как и при Тауке-хане? Далее, несомненно, что если бии сохранили хотя бы формально высокое положение при дворе узбекского хана, где для этого, в силу указанных причин, было уже очень мало оснований, то тем меньше данных полагать, что бии не были в XVI и XVII вв. правительствующей группой при казахских ханах, которые, не имея собственного значительного войска и полиции, могли править только при содействии биев. Отсюда следует сделать вывод, что соотношение власти между ханами и старшинами, наблюдаемое нами при Тауке, не [дает] оснований рассматривать как результат «возросшего в огромной степени политического влияния старшин» [196] и что это соотношение политических сил в основном характерно и для XVI–XVII вв., т. е. для всех этапов развития казахской государственности. Заметим, между прочим, что Гавердовский самые законы Тауке объясняет стремлением последнего «ограничить самовластье родоначальников» [197].

⁷⁰ Сноска [194] в оригинале рукописи на с. 309–312 пропущена.

Взгляд, по которому в конце XVII — начале XVIII в. власть хана начинает сменяться политическим господством старшин, до этого будто бы не имевшим места, основан не на сопоставлении конкретных исторических данных, а на факте господства старшин в XVIII в. и на ошибочном представлении, что оно могло возникнуть только в результате процесса феодализации. Эта концепция сформулирована в «Истории Казахской ССР»: «Процесс феодализации, ярко обнаружившийся в XVII в., привел к усилению родовой знати и одновременно к упадку общественного значения знати “белой кости”» [198]. Но гораздо обоснованней было бы предположение, что с политическим господством старшин-родоначальников казахский народ начал в конце XV в. свою самостоятельную историю и что политические бури, пронесшиеся над ним до этого, монгольское завоевание и подданство чингизидам не сломали, как это показывает положение узбекских биев, векового господства старшин, характерного для тех древнейших племенных союзов кочевников, в которых на классовой основе сохранялась родоплеменная организация.

Старшины, как основная политическая сила, образующие решающий совет при государе, характерны, например, для государства гуннов еще до начала нашей эры. Их государь Ме-те собирает предводителей народа, чтобы ответить на ультиматум татар. Они возводят в 95 г. до н. э. на престол младшего брата Ху-ло-ку; они же несколько позже, вопреки последней воле Ху-ло-ку, обеспечивают престол его сыну. При возникновении конфликта между двумя группами гуннских старшин оппозиционная группа уводит свой народ к усуням, так же, очевидно, как казахские бии увели свой народ к Жанибеку и Гирею⁷¹ в Моголистан. Попытка одного из танжу-королей Во-ен-кью-ти дурно обращаться со старшинами и посягать на собственность подданных повлекла за собой восстание, в результате которого Во-ен-кью-ти вынужден был покончить с собой. Танжу-король Ху-ханси совещается со старшинами, желая предать смерти своего брата. Поддержка старшин дает ему возможность устранить всех своих политических противников. Со старшинами же пытается сперва решить этот Танжу вопрос о признании китайского подданства. Интересны обстоятельства, при которых Ху-хан-си решился на этот шаг и его последствия. Желание привести гуннов в китайское подданство продиктовано было Ху-хан-си неспособностью отстоять свой престол от многочисленных сильных соперников. Он рассчитывал в этом отношении на помощь Китая. Но старшины

⁷¹ Здесь имеется в виду откочевка султанов Жаныбека и Гирея в 1458–1459 гг. в Моголистан, на земли Западного Жетысу (см. об этом подробно: *Мухаммед Хайдар Дулати*. Тарих-И Рашиди. С. 108; *Шайбани-наме* // МИКХ XV–XVIII вв. С. 91–128; История Казахстана. Т. 2. С. 319–327).

гуннов отклонили это предложение еще более решительно, чем это сделали через 1700 лет казахские старшины в отношении российского подданства, предложенного Абульхайыром. И мотивы отклонения подданства старшинами гуннов созвучны тем, которыми руководствовались казахские старшины: как первым, так и вторым было безразлично, сохранит ли данный хан или танжу власть или же власть перейдет к другому танжу или хану, что они и подчеркнули. Важно сохранить самостоятельность народа, т. е. независимость старшин, их монополию на эксплуатацию сородичей или соседних народов. Не добившись согласия старшин, Ху-хан-си с частью верных ему подданных прикочевал к границам Китая, спасаясь под крыло китайского императора, и в этом отношении, как видим, ни Абульхайыр, ни Нуралы ничего нового не выдумали, когда стремились при обострении политического положения в Жузе прижаться к оренбургской укрепленной линии. Ху-хан-си был, впрочем, счастливее казахских ханов. Абульхайыру русская администрация только обещала построить у границы город «для охраны и утверждения вечно на ханстве его и наследников» и чтобы «тех ханов удобнее было в подданстве утвердить и в их касацких народах усилить» [199]. Дать хану значительный воинский отряд царское правительство тоже не считало удобным. Ху-хан-си же получил от китайского императора шестнадцатитысячную гвардию «как для защиты, так и для подавления мятежников». После смерти Ху-хан-си, оставившего престол малолетнему сыну от первой жены, возник все же спор о престолонаследнике. Матери кандидатов упорно отказываются от этой чести для своих сыновей, ссылаясь на возможность народных волнений. Одна из них прямо говорит, что при малолетстве кандидатов заботу о государстве могут взять на себя «главы народа», т. е. старшины, чем вновь подчеркивается, что старшины фактически правили государством [200].

Государство гуннов⁷² было варварским племенным государством. Политическое господство в нем старшин и военная преимущественно роль главы государства есть характерная форма варварского государства — племенного союза там и до тех пор, пока этот государственный племенной союз не превращается в варварскую дофеодальную империю типа империи Чингис-хана или империи Рюриковичей. Тогда родоплеменные союзы и возглавляющая их родовая знать подвергаются

⁷² Государство гуннов (сюнну, хунну) — первое крупное раннеклассовое объединение на территории Центральной Азии (см.: История Казахстана. Т. 1. С. 245–271. — Иная трактовка в работе: Дюков Л. В. Военная демократия усуней, кангюев и хуннов // История государства и права Казахской ССР. Ч. 1 / Под общ. ред. С. С. Сартаева. Алма-Ата: «Мектеп», 1982. С. 11–15. — См. также: Гумилев Л. Н. Хунну. М., 1960).

разгрому, а власть родовых старшин узурпируется выдвинутым новой имущественной аристократией ханом-императором. В Казахстане, как это уже указано выше (см. гл. I и II), не было условий для создания дофеодальной империи и ликвидации племенной политической организации. Империя Чингис-хана, коренным образом преобразовавшая политическое устройство господствующих племен, не ломала общественно-политическое устройство своих подданных, кочевников Казахстана, ограничиваясь обложением их данями в пользу победителей и общим подчинением их назначенным монгольскими ханами наместникам. Кочевники Казахстана должны были, следовательно, сохранить племенную государственность и донесли политическую форму варварских племенных государств до XV–XVII вв., создав в этих архаических политических формах патриархально-феодальное казахское государство. Говоря о сохранении политической формы варварских племенных государств, не следует, конечно, сомневаться в том, что дальнейшие шаги в развитии частной собственности и углубление эксплуататорских отношений внутри родовых объединений постепенно деформировали племенную государственность, что здесь шел и медленный процесс феодализации самой формы. Но вместе с тем нельзя не видеть, что еще при Тауке государственный строй казахов есть в большей мере результат консервации древнейшей племенной государственности, нежели продукт развивающихся феодальных отношений. И нет оснований видеть в государстве Касыма, Хакк-Назара и Тевеккеля более высокую стадию государственного развития, чем империя Чингисхана и Рюриковичей, противопоставлять первые как «относительно централизованные феодальные государства», покоящиеся «на развитой системе вассальных отношений», вторым как «дофеодальным» государствам, основанным на завоевании [201]. То, что сторонники изложенной в «Истории Казахской ССР» точки зрения принимают за продукт феодализма, за «развитую систему вассальных отношений» — ограничение власти хана старшинами, — это не политическое отношение, возникающее на почве феодализации, не вассалитет, а специфическая черта варварского племенного государства. Сходство государственного строя казахов с государственным строем гуннов, на котором мы выше останавливались, тождественная роль в нем родоначальников-старшин в их взаимоотношениях с ханом-танжу говорит в пользу наличия здесь преимущества древних форм кочевой государственности. Отсутствие у казахов в XV–XVII вв. ленных отношений в связи с ведущей ролью кочевого скотоводства и отсутствием земельной собственности лишает всякой почвы предположение, что в основе политической структуры казахского государства при хане Тауке или ранее лежали феодальные отношения вассалитета между ханом и старшинами.

4. Власть казахских ханов⁷³

Установив, что нижнее звено казахской политической организации, поколение, отделение, род, представляет собой организацию государственного принуждения, хотя аппарат принуждения здесь слабо развит, перейдем к рассмотрению государственного механизма в его высших звеньях и казахского государства в целом.

Первое, что всегда бросалось в глаза представителям царской администрации при ознакомлении с казахским государством, — это крайняя слабость органов власти и резко выраженная децентрализация. Такая структура государства настолько не соответствовала представлениям деятелей абсолютистской монархии о том, каким должно быть государство, что они отказывались временами признавать строй казахского общества государственным. Лучшие знатоки казахской политической жизни Тевкелев и П. Рычков в представлении коллегии иностранных дел 22 января 1759 г. докладывали, что «народное правление» во всех казахских жузах «толь конфузно, что по нынешнему его состоянию ни с какою формою правления сравнить его невозможно. Весь народ ни о каких политических законах не знает и общих интересов не понимает; за общее добро все почитают они одну только вольность и безопасность, отчего они... не только старшинам, но и владельцам своим прямо не подчиняются, разве того, когда их влечет к тому лакомство их или какой-нибудь другой собственный интерес...» [202]. В начале XIX в. слабость ханской власти и децентрализованность государства произвели на Левшина такое впечатление, что он заговорил даже об «анархии». «Непрочность властей, неопределительность оных, слабость, свобода переходить из под одной к другой, отсутствие законов, ненаказанность преступлений — очень близки к тому понятию, которое обыкновенно разумеется под словом анархия» [203]. Левшин, впрочем, тут же оговаривается, что это — анархия «не в строгом смысле», ибо, как практический деятель царской администрации, он понимает, что перед ним пусть своеобразная, но все же реальная государственность, которую невозможно просто отрицать, с особенностями которой нужно практически считаться.

Понимал это и П. Рычков, который не ограничился поэтому жалобами на «конфузность» казахской политической системы и невозможность уложить ее в рамки известных ему форм правления, и пытался все же как-либо определить эту политическую систему. Он пришел при этом к выводу, что «народное правление» казахских жузов может «названо быть

⁷³ В диссертации начинается на с. 319.

родовым или семейным и так похожим несколько на демократию» [204]. В согласии с Рычковым Игельстром утверждал, что образ правления у казахов «имеет совершенное подобие республиканским» [205]. Заметим мимоходом, что от печальной памяти «теоретиков», которые характеризовали казахское общество даже в XIX в. как родовое, П. Рычков выгодно отличался тем, что он не переставал подчеркивать решающую роль частной собственности, богатства в этой «родовой», «семейной» демократии. Гораздо ближе к пониманию существа политического строя казахов подошел Гавердовский, который со свойственной ему глубиной понимания общественных и политических отношений казахов нашел, что «собственное правление в киргизских ордах можно было бы причислить к сеодальному (т. е. феодальному. — С. Ф.), если бы не затмевалось оно ныне правом сильного» [206]. Если Гавердовскому и чуждо было понимание феодального права как «кулачного права», то он во всяком случае сделал не лишенный основания вывод из многовластия, элементов иерархии властей и непосредственной связи политической власти с собственностью, которые он увидел в политической жизни Казахстана.

Мы обратили уже внимание на то, что русские авторы подходили к оценке казахского государства с точки зрения подданных абсолютистской монархии; это особенно понятно в связи с тем, что они были, как правило, крупными чиновниками этой монархии. Но не следует все же переоценивать вытекающую из этого их положения ошибочность суждений. Не следует думать, что достаточно было русскому царскому чиновнику увидеть перед собою патриархально-феодалное общество кочевников, чтобы, сравнив его с Российской империей, заговорить об анархии. Если бы это было так, то свидетельства большинства наших источников, во всяком случае поскольку они носят оценочный характер, ровно ничего не стоили бы для исторической науки. Но это вовсе не так. Сталкиваясь с другим государством кочевников, с Джунгарией, царская администрация совсем иначе оценивала его политический строй. Так, в одном из документов Сената читаем: «он зенгорской владелец войска своего имеет довольное число, к тому же он и особлютной (абсолютный) владелец и все его подданные во всяком послушании у него состоят и что он делать захочет, то оные без всякого прекословия исполняют...» [207]. Здесь абсолютистский характер власти джунгарского контайши сильно преувеличен. Но наличие у кочевников джунгар, в отличие от казахов, сильной ханской власти подмечено правильно. Недаром, как увидим ниже, в XVIII в. казахские ханы, мечтая о сильной власти, всегда усматривали желанный идеал сильного владельца у джунгар, калмыков⁷⁴.

⁷⁴ Об этом же подробно пишет И. В. Ерофеева (см.: *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик).

Нуралы жаловался, например, что, будучи ханом, он не имеет «страсти-тельной власти» и потому не может чинить исполнение указов, как это делает калмыцкий наместник Дондук-Даши⁷⁵ [208]. Казахские владельцы никогда не упускали случая посетовать на слабость собственной власти, на слабость казахской государственной организации вообще. Не говоря уже о непрерывных жалобах ханов на свое бессилие, с которыми нам еще придется столкнуться ниже, представители казахской знати часто отмечают слабость своей государственной организации в целом. Это хорошо выражено, между прочим, в письме Эрали от 9 сентября 1755 г. Неплюеву, в котором Эрали сообщает, что он не может знать, куда бегут из Казахстана башкиры, «ибо у нас не такое как у вас *караульное государство*» [209]. В многовековой истории Казахстана политическое объединение казахов, даже неполное, было скорее исключением, нежели правилом. Когда такое объединение все же возникало, то во главе его стоял главный хан, всегда, как и прочие ханы, чингизид, т. е. действительный или мнимый потомок Чингис-хана. Что же представляли собою, как владельцы, главные ханы?

Прежде всего, даже самые сильные из них, например, Тауке, возглавляли не все, а лишь большинство казахских родов, и рядом с главным ханом были и ханы, не признававшие его главенства. Но и те ханы, а их всегда было много, которые признавали главного хана, вовсе не подчинялись ему безоговорочно.

Типичную картину ханского многовластия, при номинальном наличии главного хана, нарисовал Бокенбай-батыр в беседе с царским посланцем Тевкелевым в декабре 1731 г. В Старшем жузе, кочевавшем отдельно от Среднего и Младшего «в дальнем расстоянии к бухарам», был «хан особливой именем Чолбарс⁷⁶... А в Средней Орде два хана Шемяка-хан⁷⁷ да Кочек-хан⁷⁸, два салтана Барак-салтан⁷⁹, Аболмамать

⁷⁵ Дондук Даши (Дундук Даши) — с 1741 г. наместник Калмыцкого ханства, с 1757 г. — хан волжских калмыков (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 499).

⁷⁶ Жолбарыс-хан (ок. 1690–1740) — хан Старшего жуза, участвовал во всеказахском съезде на Ордабасы осенью 1726 г., придерживался позиции сближения с Россией, был убит (см.: *История Казахстана. Т. 3. С. 99, 138, 163, 170*).

⁷⁷ Семек-хан (Шемяка) (?–1737) — хан Среднего жуза, сын Тауке-хана. Выдвинулся в число лидеров казахского народа в период джунгарского нашествия. Возглавлял группировку казахской знати, придерживавшуюся прорусской ориентации (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 492).

⁷⁸ Кушик-хан (ок. 1718 — ок. 1750) — сын Турсун-хана, правитель рода садыр объединения найманов, участвовал во всеказахском съезде на Ордабасы осенью 1726 г. (см.: *История Казахстана. Т. 3. С. 100, 138*).

⁷⁹ Барак-султан — сын Турсун-хана, правитель родов найманов и части конратов (см.: *История Казахстана. Т. 3. С. 100*).

салтан⁸⁰. А в Малой Орде один Абулхаир хан, Салтанов двое и т. д.» [210]. Направляя в Россию посольство с предложением подданства, Абульхайыр поручил ему заявить, что он делает это предложение «с согласия всех ханов и всего войска киргис касакского». По прибытии Тевкелева в Казахстан, выяснилось, что это была со стороны Абульхайыра дипломатическая ложь. Но Абульхайыр имел все же некоторые формальные, так сказать, основания выступать от имени казахского государства в целом, так как считался «главным ханом». Он не без основания считал «перед другими ханами и салтанами себя первенствующим». Тевкелеву стало известно, что «после Тавке хана Абулхаир хан был главным и много чинил по своей воле, не имея ни от кого препядствия», пока не вызвал недовольства своим обращением с просьбой о российском подданстве. Достоинство Абульхайыра, как главного хана, признавали другие ханы. Так, хан Среднего жуза Семеке (Шемяка) в беседе с Тевкелевым признал, во-первых, что «у них главный Абулхаир хан», во-вторых, что решение Абульхайыра просить о российском подданстве тем самым имеет и для него некоторую силу. Не желая, однако, чтобы выгоды от приведения казахов в российское подданство достались одному Абульхайыру, он хотел вступить в это подданство самостоятельно «не по совету Абулхаир хана, но сам своим желанием» [211]. Как видно, серьезного значения в смысле подчиненности иерархия ханов (главный и меньшие ханы) не имела. Приказывать меньшим ханам главный хан не мог, он должен был действовать в согласии с ними, как и со старшинами. Имея за собой большинство, он, конечно, мог заставить подчиниться несогласных. Но несогласное большинство, как это имело место в описанном случае, вовсе не считало для себя подчинение обязательным. Поэтому Семеке-хан считал, что по вопросу принятия российского подданства Тевкелеву нужно договариваться с каждым из ханов, султанов и старшин Среднего жуза в отдельности: «а протчих де ханов и Салтанов он, Тевкелев, увидит де весною в мае месяце а с ними же сам договариватца будет» [212]. Впрочем, он обещал Тевкелеву в этом отношении свое содействие.

Хотя, таким образом, главный хан не имел ничего общего с единодержавным всеказахским государем, но он считался необходимой фигурой в казахском государстве. Царское правительство одно время желало ликвидировать эту фигуру, считая более удобным для себя иметь дело

⁸⁰ Абулмамбет (Абулмагамбет, Абул-мамбет, Абулмухамет, Абал-Мамбет-хан, Абул-Мамбет-хан, Убалмамбет) — султан, впоследствии хан Среднего жуза (1739–1771), сын Болат-хана, возглавля аргынов, часть найманов и конратов, участвовал во всеказахском съезде на Ордабасы осенью 1726 г. (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 100, 138).

с несколькими самостоятельными и друг другу враждебными ханами, нежели с одним главным, однако Тевкелев указал, что «по киргискому обычаю отнюдь без одного главного хана быть не может» [213]. Суть дела в том, что при крайней децентрализованности государства казахов иерархия ханов и существование главного хана были единственной формой политического объединения. Поэтому существование главного хана всегда признавалось необходимым, даже если власть его была чисто номинальной. С положением главного хана были связаны некоторые церемониальные преимущества. Нуралы, например, именовали «высоким» ханом. Возможно, что был и особый церемониал избрания главного хана. Некоторое указание на это содержится в прошении биев и батыров от 5 октября 1748 г., где сообщается, что Нуралы уже избран ханом представителями Младшего и Среднего жуза, т. е. всеми в данном случае возможными избирателями, но собрание не решается без царского «фирмана» «возвести его в главные ханы» [214].

Для характеристики положения главного хана коснемся истории возведения в ханы Батыр-султана. Батыр-султан отнюдь не был пешкой в политической жизни Казахстана. Он был 3 года ханом в Хиве. Сын его Каип был в Хиве ханом 11 лет [215]. После избрания его ханом семья покойного Абульхайыра, возглавляемая ханшей Бопай, серьезно обеспокоилась, видя в нем соперника Нуралы, претендента на престол главного хана. Ханшу Бопай успокаивали, убеждая ее, что он, Батыр, «на ханство поднет по неотступной только его просьбе, да и то для одного только виду, и опасности от него никакой быть не может». Но беспокойство семьи Абульхайыра не было пустой тревогой. В рассылаемых им воззваниях Батыр-султан решительно заявлял, что он «старшей и ханом быть ему, а не Абулхайрханским детям»⁸¹. Нуралы боялся, не хотел видеть Батыра даже в своем совете в качестве подвластного хана и угрожал старшинам, что если они выберут Батыра ханом, то «хотя де нас всех здесь убьют, однако де наш Айчувак останется» и расправится с ними при поддержке царского правительства, «вас всех погубит и сие пространное кочевание вам утаснить может». В избрании Батыра ханом Нуралы видел, следовательно, даже угрозу жизни всей ханской фамилии. Можно думать, поскольку здесь на одной стороне фигурирует главный хан, что на него восстал другой крупный владелец, добивающийся «короны», чтобы воцариться над всей страной. А по проверке оказывается, что этот так испугавший семью Абульхайыра претендент на ханское достоинство действует просто движимый мелким честолюбием

⁸¹ Батыр-султан был сообщником Барак-султана (см.: *Ерофеева И. В.* Хан Абулхайр: полководец, правитель и политик. С. 299).

в погоне за титулом и без всяких претензий на широкий объем власти. На упрек Жанибек-тархана, что он, Батыр, домогается ханской власти при наличии избранного уже хана Нуралы, Батыр объяснил, что так как сын его Каип состоит уже ханом в Хиве, то ему, Батыру, «от такого звания остаться бещестно, но хотя над малым числом у киргисцов ханом быть должно». Выборы Батыра, как единогласно доносили в своих «сказках» мулла Абдрезяков и Найденов, не имели никакого отношения к большой политике. По сообщению самих избирателей они выбрали Батыра «для получения от него... подарков, как он... немало за то их дарил». Среди избирателей были и те, которые выбирали Нуралы. В погоне за ханским титулом, который, несомненно, имел значение для положения его сына Каипа в Хиве, Батыр щедро одарял их за счет средств, получаемых для этого от сына. Батыр вообще не усматривал никакой коллизии в избрании его ханом при наличии уже избранного ханом Нуралы. Ссылаясь на пример Среднего жуза, в котором Кучак-хан «живет между киргизами ханом», хотя не весь жуз признает его таковым, Батыр указывал, что и они с Нуралы могут «порознь свои улусы иметь», владея каждый обособленно теми, кто их выбрал. Он, следовательно, считал теперь существование главного хана вообще ненужным [216]. Позже, однако, под давлением царского дипломатического агента, капитана Андрея Яковлева, указавшего на то, что в качестве главного хана Нуралы утвержден царским правительством, Батыр подчинился, явился в совет Нуралы, признал его главным ханом и «вспоможение во всем чинить ему хану обще с киргисскими старшинами обещал». С этого времени и те казахи, которые избирали Батыра ханом, признали верховную власть Нуралы и стали называть его «большим ханом» [217]. В этом сообщении интересно отметить, что, отказавшись сперва от претензий на звание главного хана, а затем и просто самостоятельного, независимого хана, Батыр, этот грозный соперник главного хана, оказался в положении рядового старшины-родоначальника, обязуясь оказывать главному хану помощь «обще с киргисскими старшинами». Впрочем, подобного рода обязательства имели в лучшем случае значение временных соглашений. Даже султаны — члены ханской семьи не считали подчинение главному хану своим долгом и постоянной обязанностью. Брат Нуралы, султан Эралы тоже претендовал на полную самостоятельность, на непосредственное, минуя главного хана, подданство России. «Хотя Нуралы хан и большей мне брат, — писал он, — однако мне он никакого дела зделать силою приказать не может, но я по собственной моей верности и усердию е.и.в. особливо служу» [218]. Точно так же и сам Нуралы не посчитался с тем, что отец его Абульхайыр был главным ханом, и самостоятельно договаривался с Тевкелевым о принятии российского

подданства, получал за это подарки и обязался платить ясак «с своего владения» [219].

Таким образом, наличие главного хана, номинально стоящего во главе всего или значительной части казахского государства, вовсе не означало наличия центральной власти даже в том относительном смысле, в каком это возможно в период феодальной раздробленности. «Известия о киргис-казаках», написанное в период ханства Нуралы, вполне правильно поэтому отмечало, что «никто из сих мнимых властелинов, ни сами ханы ничего *относительного к целой орде* предпринять не в состоянии» [220].

Слабость власти главного хана по отношению к меньшим ханам и султанам в XVIII в. вполне оправдывает утверждение о ханском и султанском многовластии. Прав был Красовский, утверждая, что после Тауке «мы не видим уже в степи ханской власти в ее первоначальном значении, а видим только толпу претендующих на эту власть султанов» [221]. Мы оставляем, впрочем, пока открытым вопрос о том, была ли эта власть в ее «первоначальном значении» и при Тауке намного сильнее. Содержащееся в материалах Баллюзека сообщение о продолжительном периоде в истории казахов, «когда каждый род управлялся особым ханом» [222], заключает в себе, несомненно, некоторое преувеличение, но что весь XVIII век характеризуется наличием многих ханов, что некоторые из них были вовсе мелкими владельцами, — это нужно считать бесспорным. В своих записках о пребывании в плену у казахов в 1803–1804 гг. доктор Савва Большой описывает «чиктанского хана» Абулгазы Каипова. «Состояние хана, — пишет Большой, — самое бедное: все его богатство состояло тогда в восьми дойных овцах, двух коровах, трех или четырех верблюдах и одной лошади; напротив того, у простых киргизцев, как то Танзака и Каракубека, тысяч до десяти считается овец и тысяч до пяти лошадей» [223]. «Чиктынский»⁸² хан Абулгазы Каипов есть, по-видимому, не кто иной, как внук упомянутого Батыра и отец знаменитого Арынгазы, избранного в 1815 г. ханом в том же роде Шекты. Лишенный ханства в Хиве, он «удержал титул свой в управляемом им роде Чиклинском киргизцев, не признавая ни подданства России, ни хана Орды». Кочуя в долине Сыр-Дарьи, он вместе со своими сыновьями в течение нескольких лет грабил купеческие караваны, идущие из Бухары в Россию, и за это был лишен жалованья из царской казны. Под его эгидой был ограблен караван Гавердовского, в котором находился доктор Савва Большой. Впоследствии сторонники Арынгазы, стремясь обелить родословную своего претендента в главные ханы, утверждали,

⁸² Чиктынский — шектинский.

что «Абул-Газис⁸³ не имел той власти над своими подданными, которую сумел приобрести его сын и, не быв в состоянии заставить слушаться себя, он не имел средств помешать грабежам» [224]. В этой апологии справедливо очевидно только одно, что заставить подчиняться себе таких «подданных», как Танзак и Каракубек, по сравнению с которыми он был просто нищим, Абул-Газис, действительно, не мог. Этот хан был мелким кондотьером на службе у крупных скотоводов рода Шекты. А между тем он числился одним из видных политических деятелей казахского жуза; от него зависело безопасное прохождение караванов; в противном случае царское правительство не стало бы платить жалованье.

Мы отнюдь не собираемся утверждать, что бедность есть типичное свойство казахских ханов, даже самых мелких. Легко допустить, что доктор Большой застал Абул-Газы в тяжелый период его политической карьеры. Мы готовы даже вспомнить, что и знаменитый Ван-хан керейтов так оскудел однажды, что «кормился тем, что до капли отдаивал пять коз, да вытачивал из верблюдов кровь» [225]. Он, кстати, в этот момент поразительно похож на Абул-Газы с его осьюмой дойными овцами и двумя коровами. Но за этой внешней общностью судьбы, низводящей ханов в силу превратностей военно-политической карьеры на положение нищих, нетрудно усмотреть чрезвычайно важный момент для характеристики казахских ханов, о котором подробнее придется говорить еще ниже. В качестве ханов здесь сплошь и рядом выступают не крупные феодалы-скотовладельцы, а воинственные предводители, необходимые каждому роду ввиду постоянных столкновений с соседями, для защиты стад от нападений или для захвата чужих стад, для обороны от хищных хивинцев или вторжения в хивинские пределы, для «пограничной баранты» на русской границе, для «междусобной баранты» или просто для организации ограбления купеческих караванов.

Вожди, подобные Абул-Газы, носящие ханский титул, — лучшая иллюстрация к тому, что представляли собою многочисленные ханы отдельных родов, о которых говорят материалы Баллюзека, из кого состояла «претендующих на власть султанов», о которой говорит Красовский. Накануне реформы 1822 г. процесс измельчания ханской власти дошел до того, что царская администрация давала казахским ханам такую характеристику: «Приведа азиатские названия ханов и султанов в истинное их степное значение, особливо же в значение Средней орды, выйдет, что султан не более значит, как наш деревенский староста,

⁸³ Абулгази Бахадур (1603–1664), чингизид. В 1643 г. приаральские казахи объявили его ханом, в 1645 г. завоевал хивинский трон. В 1663 г. добровольно уступил трон Ануш-Мухаммеду и занялся писанием книги «Шежре-и тюрк» (см. о нем подробно: История Казахстана. Т. 2. С. 562–563).

а частный или волостной хан представляет нашего волостного голову. Степень же их власти, образ жизни, — грубость нравов, малолюдство и бедность, все сие вместе не дозволяет им дать более сего значения» [226].

Так низко звание хана не могло бы пасть даже за целое столетие, если бы безвластие ханов не было бы во все времена правилом, знающим только редкие и не сильные исключения. Для XVIII в. мы имеем бесчисленное множество тому свидетельств, относящихся к положению главных ханов. Отметим некоторые из них. В записках о поездке Поспелова и Бурнашева⁸⁴ в 1800 г. в Ташкент о власти казахских ханов читаем: «Сохраняя обыкновение предков, имеют они в Средней и Малой Орде своих ханов, так же в каждой волости султанов и старшин, но все оные с званием своим не поддерживают власти над киргиз-кайсаками. Они по роду их происхождения хотя и делают им некоторое личное уважение, но далеки совсем от беспредельного повиновения» [227]. Еще более резко выражается в своих путевых заметках (1793–1794 гг.) Бланкнагель: «Сам хан их ничего не значит и подданные поступают с ним, как кто к нему расположен» [228]. Такая же картина имела место в ханстве Нуралы и отца его Абульхайыра, т. е. на протяжении всего XVIII в. Глядя на это, П. Рычков также сделал вывод, что киргизцы ханов своих слушают только тогда, когда хотят, а паче, когда видят в том собственную свою пользу, а «ханы их с народа никогда ничего себе требовать не могут; но еще сами лучших из них людей ласкают и дарят, чтобы они и народ почитали и их слушали» [229]. И трудно было не прийти к такому выводу, глядя, как беспомощно цепляется, например, Нуралы за царскую администрацию, как непрерывно хлопочет он о предоставлении ему хотя бы незначительного воинского отряда, как норовит укрыться от своих подданных за стенами какой-нибудь крепости, как расписывается он в своем бессилии справиться с подданными. Постоянно «отзываясь недостатком власти для усмирения буйных киргизов своих», Нуралы сплошь и рядом просто впадал в панику, заявляя, как, например, в просьбе коменданту Яицкого городка, что «вся орда извзбунтовалась» [230]. Этот хан не в силах был даже уберечь свои табуны от своих собственных подданных, которые «иногда и у самого хана лошадей и скот отгоняли» [231]. Познакомившись с деятельностью Нуралы, Тевкелев еще в 1755 г. рапортовал: «И я о том, як он, хан, никакой в их народе, что касается до учреждения доброго порядка, силы и власти не имеет совершенно засвидетельствую» [232].

Допустим, что слабость власти Нуралы в известной степени объяснялась тем, что он был царским агентом, что на него смотрели как

⁸⁴ М. С. Поспелов, С. Бурнашев — горные инженеры, путешественники (см.: Ерофеева И. В. Хан Абулхайр: полководец, правитель и политик. С. 49).

на «русского хана» и как предателя ненавидели вдвойне. Но отец его Абульхайыр еще не имел такой репутации. Он довольно энергично боролся с царской администрацией за интересы казахских феодалов. При Абульхайыре царизм сделал только самые первые шаги для проникновения в Казахстан, при нем влияние царизма на политический строй казахов было еще совершенно незначительным. А между тем Абульхайыр был бессильным ханом уже в тот момент, когда его впервые увидели царские дипломаты. Мурза Тевкелев убедился в этом немедленно по приезде к нему для заключения договора о подданстве казахов России. Абульхайыр, предложивший русскому правительству принять в подданство всех казахов и сделавший это без согласия старшин, не осмелился даже встречаться наедине с прибывшим к нему в качестве посла Тевкелевым. Свидание состоялось тайно, ночью в степи, причем Тевкелеву пришлось еще переодеться в «худое» казахское платье. В дальнейшем Абульхайыр не мог даже защитить Тевкелева от требовавших головы царского посла старшин, и только смелость и дипломатическая ловкость самого Тевкелева позволили ему успешно выполнить порученную ему миссию. Замечательно, что уже при встрече с Тевкелевым, т. е. тогда, когда на положении хана еще никак не мог отразиться его контакт с царизмом, Абульхайыр дал ту убийственную характеристику своего безвластия, которая толкнула его в сторону царизма. Она настолько красочна и убедительна, что заслуживает быть приведенной полностью. Абульхайыр объяснил, что «он хан только имя носит ханское, а воли над подданными ни одной не имеет и живет как между скотом, понеже кто и лошадь имеет в руках тот об ней промышляет, бережет, во всем охраняет, кормит, когда холодно покрывает, а замораецца моет, а лошадей же диких в степях, не имеющих оберегателя, люди же бьют и звери ловят. и иные, подобно тем зверям, он хан, не имеет себе оборонителя» [233]. Подобного «свидетельства о бедности» не выдавала себе, кажется, еще ни одна коронованная особа.

Крайняя слабость ханской власти засвидетельствована, таким образом, источниками для всего почти XVIII в. Существует мнение, что такое состояние ханской власти было результатом того упадка политического влияния знати «белой кости», который датируется двадцатыми годами XVIII в., и отчасти связывается с неспособностью чингизидов организовать отпор внешним врагам в страшные для казахов «годы великого бедствия», годы ойротского нашествия [234]. Однако если мы обратимся к рассмотрению ханской власти в тот период, когда, согласно общепринятому взгляду, ханская власть стояла в зените своего могущества и славы, то и здесь мы найдем ханскую власть немногим более сильной. Таким периодом было, несомненно, время хана Тауке.

В народных казахских преданиях с именем хана Тауке тесно связано представление о мощном расцвете казахской государственности. Левшин на основе казахской традиции рисовал образ Тауке так: «Это Ликург, это Дракон Орд Казачьих. Он успокоил их после гибельных междуусобий, он остановил кровопролития, продолжавшиеся несколько лет от распрей одних племен с другими; он убедил всех умом и справедливостью повиноваться себе; он соединил слабые роды вместе для сопротивления сильным, а сильные усмирил и дал всем вообще законы, по которым судил их...» [235]. М. П. Вяткин указывает, что Тауке «в представлении современников возродил прежнее могущество Казахского союза времен Касима и Хак-Назара» [236]. Авторы «Истории Казахской ССР» отметили, что «государственное объединение казахов еще никогда до этого не было столь сплоченным и сильным, как в царствование Тауке-хана» [237]. Была ли, однако, власть хана в этом самом «сплоченном и сильном» казахском ханстве действительно сильной властью?

Левшин не считал власть хана Тауке сильной властью. Изложив образно относящуюся сюда казахскую традицию, он вслед за тем прибавляет: «При всех сих заслугах и при всем влиянии своем на орды киргизские», Тауке, «как говорят, не имел полной власти над народом своим и действовал более благоразумием, опытностью, связями и искусством, нежели силою». Преемник Тауке Абульхайыр стремился к сильной власти и этим стремлением, наряду с правильно понятыми задачами обороны от джунгарских ойротов, волжских калмыков и башкир, он объясняет Тевкелеву свое ходатайство о принятии казахов в русское подданство. Однако напрасно авторы «Истории Казахской ССР» приписывают ему стремление «восстановить ханскую власть в *ее* прежнем значении» [238]. Стремясь к сильной власти, Абульхайыр не нашел образцов таковой в истории казахской государственности, хотя был непосредственным преемником Тауке. Тевкелев передает его мотивы так: «И он мне объявил чего ради он один без согласия других просил быть в подданстве всероссийском. Первое, ханы у них несамовластные; второе — не наследные, а он Абулхаир хан желает, чтобы протекциею ея императорского величества быть ему самовластным и дети б ево по нем были наследники так, как Аюка хан⁸⁵ волен над своими калмыками» [239].

⁸⁵ Аюка (1646–1724) — хан волжских калмыков (с 1672 г.). Сын торгоутского хана Пунцука и дочери джунгарского хана Эрдени Батура-хунтайджи. Титул хана получил от Далай-ламы в 1690 г. (см.: Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 499; Ерофеева И. В. Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик; Астраханские губернаторы. Историко-краеведческие очерки / Сост. А. П. Карасева, Л. Я. Качинская, С. Б. Лыжина / Под ред. Л. Я. Качинской. Астрахань: Волга, 1997. С. 27).

Как видно из этих мотивов, Абульхайыр считает слабость власти, «несамовластность» хана, не особенностью личного своего положения, а печальным уделом казахских ханов вообще: «Ханы у них несамовластные» и «не наследные». Его не вдохновляет история казахской государственности и даже характер власти Тауке, непосредственного его предшественника. Идеалом власти служит для него калмыцкий хан Аюка, тоже правитель несамодержавный. Таким образом, переданное Тевкелевым заявление Абульхайыра убедительно говорит против предположения о наличии сильной власти у хана Тауке.

Предположение это опровергается и другими сообщениями. Тот же Тевкелев, бывший в Казахстане через 13 лет после смерти Тауке, т. е. пользовавшийся вполне достоверными, а не легендарными сведениями о Тауке-хане, сообщил: «И он Тевке-хан был человек умный и у киргисцов в великом почтении, однако, хотя и почитали, а никакого от него по их обычаю страху не имели и его никакой власти не было...» [240]. Замечание Тевкелева об отсутствии у Тауке *всякой* власти можно отнести за счет политических представлений Тевкелева, но слабость власти Тауке здесь подчеркнута достаточно энергично. Таковую же характеристику власти Тауке мы находим и у других лиц, имевших возможность непосредственно ознакомиться с ее сущностью. Василий Кобяков, посетивший Тауке, впоследствии в «распросных речах» в Сибирском приказе показывал, что «казахи живут поволностью своею, а Тевкихана слушают помалу» [241]. Тауке не в состоянии был подчинить себе подвластных ему казахов в такой степени, чтобы заставить их прекратить набеги на русскую границу, предпринимаемые с целью заставить царское правительство отпустить задержанного им мурзу Кильдея. Допрошенный в декабре 1693 г. по возвращении из Казахстана татарин Тауш Мергень по этому поводу показал, что «Тевки-хан говорил, от войны де унять ему казаков не мочно, потому что не слушают за Кильдея мурзу, для того что де много его Кильдеева роду» [242].

Сам Тауке признавал, что он не располагает для этого мерами принуждения и в октябре 1693 г. в ярлыке Петру I по поводу отпуска Кильдея следующим образом рисовал свои попытки прекратить набеги: «И я к ним ездил месяц... и я их за такое худое дело крепко бранил и в стыд привел» [243]. Можно ли говорить о «сплоченности и силе» государства Тауке, если он не в состоянии обеспечить даже единой внешнеполитической линии подчиненных ему родов и, не располагая средствами принуждения, едет целый месяц к ослушникам для того только, чтобы бранить их и «в стыд привести». Вторая попытка заставить подчиниться Казы-султана, возглавлявшего эту самостоятельную пограничную политику, была сделана Тауке тогда, когда Казы-султан

прикочевал к резиденции Тауке. о ней сообщает казахский посол ба-тыр Тайкомур-Култабай в Тобольской воеводской избе. По словам по-сла, «Тевки хан послал к нему (Казы-султану) людей и велел говорить: «Для чего де ты ходишь под государские слободы без ведома его Тевки-хана войною». Однако Казы-султан и здесь «учинился ослушен». Что же предпринял самый сильный из казахских ханов? Он мог только про-гнать ослушника: «и Тевки хан де Казу-султана велел от своих городов отбить» [244].

Данные о казахской государственности XVI и XVII вв. еще более скудны, чем для начала XVIII в., однако власть наиболее сильных ханов этого периода, Касыма, Хакк-Назара и Тевеккеля, была столь же, а ве-роятно, еще более слабой, нежели власть хана Тауке. Убедительно сви-детельствует об этом распад государства, следовавший за каждой по-пыткой объединения его этими ханами. Распад этот носил настолько бурный характер, что дал основание современнику Мухамед-Хайдеру утверждать, что через 15 лет после смерти Касыма «от всего этого на-рода на земле не осталось и следа», в то время, как Касым оставил мил-лион подданных [245]. Преувеличенность этого утверждения [246] не намного снижает его значение для уяснения слабости казахской госу-дарственности и в XVI–XVII вв. Для характеристики власти Тевеккеля любопытен один эпизод, в котором оценка устойчивости его власти как хана-объединителя казахских племен невольно дается его племянником султаном Ураз-Мухаммедом⁸⁶. Взятый в плен русскими войсками в 1588 г. Ураз-Мухаммед находился в Москве, куда прибыл в 1594 г. по-сол хана Тевеккеля⁸⁷ Кул-Мухаммед⁸⁸ будто бы для переговоров о при-нятии подданства, а в действительности, чтобы попытаться выручить Ураз-Мухаммеда из московского плена. Допущенный к пленному

⁸⁶ Ураз-Мухаммед находился под покровительством Кучум-хана в Сибирском ханстве, когда в 1588 г. сибирский воевода Данила Чулков обманным путем взял первого в плен (см. подробно: История Казахстана. Т. 2. С. 22, 403, 404, 434, 435; Султанов Т. И. Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 194–201).

⁸⁷ Таваккул (Тевкель, Тевеккель, Тауке, Тукай) — казахский хан, сын Шигай-хана. Вместе с отцом участвовал в 1581–1582 гг. в междоусобной борьбе узбекского хана Абдаллаха с его мятежными подданными в Ташкенте. Позднее, в 1586 г. Тевеккель выступил против Абдаллаха, укрепил свою власть в Казахском ханстве и присоединил города Южного Казахстана, а в 1589 г. — Ташкент. Умер в том же году в Ташкенте от раны, полученной в сражении под Бухарой (см.: Султанов Т. И. Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 201–208; Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 481).

⁸⁸ Кул-Мухаммад-тархан — сын тимуридского наместника (хакима) в г. Туркестане Мухаммад-Мазид-тархана. Кул-Мухаммад-тархан правил в Сауране. Был направлен ханом Тауекелем послом в Москву в 1594 г. (см. подробно: История Ка-захстана. Т. 2. С. 27, 343, 403, 404, 434, 435).

посол вел с ним частную беседу, содержание которой было записано. Из записи этой мы видим, что первый вопрос, с которым пленный обращается к посланцу его родины, продиктован неуверенностью в том, что казахское государственное объединение под властью дяди его Тевеккеля еще существует. «Скажи мне, — спрашивает Ураз-Мухаммед посла, — коим обычаем ныне дядя наш и братья живут, таки ли все в соединении...». И посол успокаивает его сообщением, что «кочуют все поблизку и все в соединеньи» [247]. Небольшой этот эпизод красноречиво говорит о том, что непрочность государственного объединения казахов и власти возглавлявших его ханов была традиционным и для современников само собою разумеющимся явлением. В литературе неоднократно был высказан взгляд, что казахские ханы были преимущественно военными вождями и свою власть черпали, главным образом, из этой своей функции. Акад. В. Радлов писал, что ханская власть имела значение, лишь поскольку походами хана обеспечивались лучшие пастбища, приобреталась добыча или защита от вражеских нашествий. Только ввиду таких результатов казахи решались нести расходы на содержание хана. Если таковых выгод не предвиделось, они отделялись от хана, роды и отделения кочевали самостоятельно [248]. Так же оценивал роль хана и П. П. Румянцев: «Хан оказывался нужным, а потому влиятельным и властным, только в случаях военных предприятий, оборонительного ли характера против сильного врага или наступательного, когда являлась надежда захватить крупную добычу, тогда хан объединял под своею властью массы народа. В остальное время он жил, окруженный рабами и теленгутами, и пас свои стада, как и всякий другой богатый и почтенный киргиз» [249]. Точно так же и, по мнению А. П. Чулошникова, ханы «поручались... только за внешнюю безопасность своих подданных», не вмешиваясь во внутриродовые дела, в отношении которых они были «совершенно бессильны». Слабость ханской власти у казахов А. Чулошников объясняет тем, что казахское государство сложилось уже в то время, когда отгремели бури внешних завоеваний прошлого [250]. Противоположную точку зрения защищал в свое время Красовский. По мнению Красовского, родовые старшины «видели в султанской фамилии, стоявшей во главе народа, не более как хадатаев своих по делам сношений с соседями». Красовский полагал даже, что Касым-хана признавали ханом «более за то, что он был искусным стряпчим по делу охранения народных интересов путем мирным, а не войною». Не будучи в состоянии отрицать, что Тевеккель был ярко выраженным ханом-завоевателем, Красовский пришел даже к странному выводу, что именно поэтому Тевеккеля не считали настоящим

ханом, что именно поэтому Искендер-Мунши⁸⁹ называл его «султаном, присвоившим себе титул ханский» [251]. Этот взгляд Красовского, категорически отрицающий роль хана как военного вождя, не имел, впрочем, последователей в литературе, так как он основан был исключительно на той своеобразной «концепции» казахской государственности, которую выдвинул Красовский и которая заключалась в утверждении, что казахское государство сложилось «под влиянием желания народа отдохнуть от непрерывных походов под сенью мирного правления». Единственным обоснованием этой концепции был у Красовского взгляд на «склад общественной жизни нынешних киргиз», т. е. не что иное, как весьма распространенное среди царского офицерства в период покорения Средней Азии пренебрежительное отношение к воинской доблести казахов. Из того, что многократно разгромленные уже в прошлом, лишённые своей государственности и военной организации и преданные своей знатью казахи, вооружённые часто соилами⁹⁰, не смогли устоять перед царской артиллерией, делался «вывод», что казахи вообще лишены воинского мужества и что это де мол историческая черта их национального характера. Советскому историку и особенно после Великой Отечественной войны 1941–1945 гг. вряд ли нужно подробно останавливаться на опровержении подобных вздорных «концепций». Напомним, однако, что акад. В. Радлов даже в конце XIX в. писал о казахах, что их отличает от обитателей Алтая сохранившийся у них воинственный, рыцарский дух [252]. В древние времена казахские воины пользовались славой неустрасимых бойцов. Вот как описывает их Хафиз-Таныш⁹¹: «Отчаянные головы, в бою бесстрашные, явившиеся

⁸⁹ Искандар Мунши (Искандар-бек Туркман, по прозвищу Мунши) (1560–1633) — придворный историк персидского шаха Аббаса I (1587–1629), автор персоязычной трехтомной исторической хроники «Тарих-и аламара-йи Аббаси» («Мироукрашающая Аббасова история»), ценного источника по средневековой истории стран Центральной Азии и Среднего Востока (см. подробнее: *Абусеитова М. Х., Баранова Ю. Г.* Письменные источники по истории и культуре Казахстана и Центральной Азии в XIII–XVIII вв. С. 117, 208–224).

⁹⁰ Соил — каз. «сойыл», т. е. (деревянная) дубина.

⁹¹ Хафиз Таныш бен Мир Мухаммад ал-Бухари (ок. 1547 — ок. 1645) — историк, придворный поэт бухарских ханов Абдаллах-хана II (1583–1598) и Имамкули-хана (1611–1642), автор исторической хроники «Шараф-наме-йи шахи» (персид. «Книга шахской славы») (завершена ок. 1589 г.). Эта хроника опубликована частично в переводах на узбекский и русский языки: *Хафиз Таныш ибн Мир Мухаммад Бухарий*. Абдулломома. 1-жилд. Ташкент, 1966; *Хафиз-и Таныш ибн Мир Мухаммад Бухари*. Шараф-наме-йи шахи (Книга шахской славы). Факсимиле рукописи Д. 88 / Пер. с перс., введ., примеч. и указат. М. А. Салахетдиновой. Ч. 1. М., 1983 (см. подробнее: *Абусеитова М. Х., Баранова Ю. Г.* Письменные источники по истории и культуре Казахстана и Центральной Азии в XIII–XVIII вв. С. 154–168).

подобно волкам, одетым все в шкуры (намек на одежду из лошадиной шкуры, на ергаки⁹², которые и теперь носят киргиз-кайсаки. — *Примечание В. В. Вельяминова-Зернова*), с лицами, подобными коже на щитах, съезженными и полными морщин, с глазами, которых не видно из-за складок из бровей...» [253]. Казахи составляли основной контингент вооруженных сил ташкентского правителя Юнус-ходжи⁹³ в его борьбе против Коканда [254]. Вожди всегда гордились казахской воинской славой и, как водилось, противопоставляли ее мнимому бесславию соседей. «А ты мне здесь не укажешь, — говорил Абульхайыр царскому агенту князю Уракову, — и я в езде (т. е. в военных столкновениях. — *С. Ф.*) не башкирец». Исеть-Батыр в свою очередь говорил тому же Уракову, что «калык Россия не может унять, а меня де как могут унять» [255]. Современная советская историческая литература в характеристике власти ханов вовсе игнорирует приведенный выше взгляд Радлова, Румянцева, Чулошникова и др., что хана следует рассматривать прежде всего и преимущественно как «военного сторожа казахской земли». Казахского хана обычно рисуют типичным феодалом-сюзереном [256]. Возможно, что при этом постановка вопроса о хане — военном стороже просто отвергается, так сказать, «с порога», ибо, на первый взгляд, такая постановка вопроса представляется отрицанием в центральном органе власти приоритета внутренней (главной) функции всякого государства, функции подавления эксплуатируемых масс и подменой ее функцией внешней (не главной). Но такое представление ошибочно. Речь идет лишь о том, чтобы установить, действительно ли именно хан является тем возглавляющим центральный аппарат звеном власти, в котором сосредоточена главная внутренняя функция власти, или эта функция сосредоточена в других руках. Наши источники энергично подчеркивают приоритет военной и внешнеполитической функции хана и тогда, когда речь идет о значении ханов вообще, и там, где речь идет об отдельных ханах. По «Описанию» 1747 г. П. Рычкова хан не может сохранить свою власть, если он не отличается должной воинственностью. «Власть их ханов и салтанов в народе умножается или умалется,

⁹² Ергак — каз. «жаргак», здесь — верхняя одежда из обработанной шкуры.

⁹³ Юнус-ходжа (Юнус-ходжа) (ок. 1756.VII–1805.VI) — сын Инайат-ходжи, потомок Шейхантаура — сына Шейха Умара Багистани. Независимый правитель Ташкента (1794.V–1805.VI). Пришел к власти, жестоко расправившись со своими соперниками, при поддержке казахских племен санчалы (шанышкылы) и канглы, которые считались его муридами. Вел активную борьбу с кокандскими правителями, помогал их противникам в Фергане. В 1803 г., опираясь на казахов племени санчалы, вторгся в Фергану, но был наголову разгромлен кокандскими силами под Гурум-сараем (на берегу Сырдарьи) (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 489).

который хитр, смел и храбр в военных делах, у того они больше держатся, почитают и уважают его и куда б он ни похотел многих последователей себе находит, чем усиливаясь соседям своим и делается он опасным, да и побуждает их по своим видам к почтению, чему пример особливо примечаем был в первом хане Абулхаире. А буде такой же народом избранной и произведенной хан и салтан случится быть нраву скромного и тихого, и ни с какой стороны не имеет себе подкрепления, то не уважая избрания и произведения его в ханы и во владельцы покидает его народ и пристает к другим салтанам, сходствующим с их нравами и обстоятельствами...» [257]. «Известие о киргис-кайсацком народе, сочиненное в коллегии иностранных дел» по этому поводу замечает: «Хан или солтан, который может их дарить или часто поощряя их к подбегам и нападениям на соседственные народы сам или при том предводительствует, конечно, будет сильнее такого, который ни подарками, ни добычами их не ласкает» [258].

Нуралы-хан, хорошо зная это, понимал, что упадок его авторитета как хана среди казахов после признания им русского подданства связан также с тем, что он перестал быть военным предводителем, организатором нападений на соседей, с тем, что он вынужден был прекратить лихие наезды на русскую пограничную линию. В спорах с пограничной русской администрацией он угрожал поэтому откочевать за Сыр-Дарью: «Когда я буду там, я перестану подданных мне киргиз удерживать от грабежей и разбоя: киргизы тогда будут считать меня не только за хана, но и за святого»; теперь же жаловался Нуралы «я не хан, а пастух лошадям» [259]. Левшин, аттестуя Ширгазы-хана, отметил, что он имеет недостатки «как глава народа такого, который требует от начальника храбрости и подвигов мужества» [260]. Ханы не всегда обладали этими достоинствами, но политические традиции казахского общества прочно закрепляли за ними функции главнокомандующего. Хотя в «годы великого бедствия» фактическое руководство сопротивлением ойротскому нашествию принадлежало уже батырам, и знать «белой кости» очевиднейшим образом обанкротилась в деле военной защиты населения, однако вождем народного ополчения был избран хан Абульхайыр, ибо этого требовала традиция. Возглавлять народное ополчение — это основное право и обязанность хана: «Имея хана и солтаны пред старшинами едва ли не одно преимущество только в том, что буде бы случилось когда двум или трем родам соединиться для одного намерения а в одном из сих родов прилучиться солтан или хан, он на то время и протчими киргис-кайсаками повелевать может» [261]. Не меняет этого положения и то, что хан не мог, так сказать, «мобилизовать» воинов [262], и то, что отказ отдельных родов от участия в общем выступлении

часто оставался безнаказанным [263]. Напротив, это вытекает из описанного положения хана. Подобная «мобилизация» была бы самым энергичным *вмешательством во внутриродовые дела*, право на какое за ханом не признавалось.

О каждом из крупных ханов источники говорят прежде всего как о полководце, подчеркивают его выдающуюся военную доблесть. О Касыме Хондемир⁹⁴ говорят, что он «превосходил всех владельцев Дешта своею храбростью и многочисленностью и подчиненного ему народа» [264]. Тевеккеля современники аттестуют как султана, «который отличается храбростью и славится ею по всему Дешты-Кипчаку⁹⁵» [265]. Тауке был не только полководцем, но, излагая предание о деятельности его, Гавердовский отмечает, что, наведя порядок внутри орды, он «возбудил в народе дух к ратоборству противу стран порубежных». Не забудем при этом, что Тауке-единственный казахский хан, деятельность которого связывают с проведением внутренних реформ. Его предшественникам этого не приписывает даже предание, если не считать лишенной какого-либо конкретного содержания фразы о «чистой дороге хана Касыма» и «древней дороге хана Есыма». о его преемниках Гавердовский категорически заявляет, что они не имели никакой власти, «кроме предводительства над скопищами воинскими при впадении в неприятельские земли» [266]. Наши сведения об Абульхайыре это полностью подтверждают. Мы уже привели соответствующее свидетельство П. Рычкова. По донесению Неплюева 15 мая 1747 г. Абульхайыр «прежде подданства знатным у них наездником и вожею в российские границы даже до Черемшан⁹⁶ бывал, через что и ханство себе получил» [267]. В донесении о смерти Абульхайыра 26 августа 1748 г. Неплюев вновь возвращается к этой характеристике, подчеркивая, что казахским ханам «усилиться и абсолютным сделаться... не только трудно, но и невозможно, ибо чрез одни интриги и военное их искусство один над другим преуспевают, почему и титул ханский достают» [268].

Конкретной иллюстрацией того, как достают титул ханский «через одно военное искусство», может быть случай с приглашением на ханство султана Ералы. Как видно из «сказки» переводчика Гуляева от 19 июня 1758 г., Ералы во главе трехтысячного ополчения казахов Младшего и Среднего жуза отправился в поход против китайских калмыков. Поход увенчался успехом. «А как де из за того он салтан возвращаясь,

⁹⁴ Гийас ад-Дин бен Хумум ад-Дин Хондемир — историк, автор персоязычного ист. сочинения «Тарих-и хабиб ас-сийар фи ахбар-и афрад-и башар» (кон. XIV — первая половина XV вв.) (см.: История Казахстана. Т. 2. С. 13).

⁹⁵ Дешты-Кипчак — Кипчакская степь.

⁹⁶ Река Черемшан внутри Казанской губернии.

оттоль по спопутанности в улусы Большой орды⁹⁷ заехал, то де многие той орды знатные люди просьбою ево, салтана, только с кошом ево (ибо де протчие бывшие с ним киргисцы прямо в свою орду уехали) у себя остановили с тем, чтоб он салтан был у них ханом». Один из знатных биев Большого жуза отдавал за него свою дочь, чтобы скрепить предполагаемое политическое соглашение брачными узами. Единственный выдвинутый биями Большого жуза мотив приглашения на ханство заключался в том, что они опасаются нападения со стороны Китая, «а он де Эрали, в случаях супротивления против неприятелей, как им известно, счастлив и сведущ, то де все они ханом его иметь усердно желают» [269]. Позволим себе также параллельно привести еще один пример приглашения и даже возведения в ханы за воинскую доблесть. Правда, случай, о котором здесь идет речь, имел место не у казахов, а у каракалпаков, но принципы политической организации здесь были те же, только масштабы были мельче. В своем дневнике 1742 г. купец Гок сообщает со слов Батыр-султана, что года за три до того «приехал некоторой человек к каракалпакам и назвал себя салтан Муратом⁹⁸, родственником бывшего у каракалпак хана, и объявил о себе, аки бы он особливые мудрости за собою имеет, что когда хочет, то *пустит дождь и малым числом от большего отбиться может*. и для того каракалпаки его салтан Мурата зделали ханом, токмо после они каракалпаки узнали, что он в том их обманул, за что они ево ограбили и хотя и *ныне счисляется у них ханом*, только в великом неудовольствии» [270]. Хан оказался беглецом-башкиром, очевидно, участником башкирских восстаний, ибо он был в России бит кнутом за «великие супротивности». Салтан-Муратом, сыном каракалпакского хана Кучука, он, конечно, не был, ибо этот известный предводитель башкирского восстания был казнен еще в начале XVIII в. в Казани, но он не первый воспользовался этим громким именем [271]. Здесь же самозванство имело особенный смысл, ибо претенденту в каракалпакские ханы нужно было быть каракалпакским султаном. Для ясности следовало бы также подчеркнуть, что соблазненное каракалпаков мнимое умение его «пустить дождь»

⁹⁷ Большая орда, или, правильно, Старший жуз, занимал предгорья Джунгарского Алатау, земли к югу от о. Балхаш (Семиречье) и далее на юго-запад от левобережья р. Чу до верховьев Сырдарьи. В него входили племена: дулат, албан, жалаир, шапрашты, суан, канглы, сргели, шанышклы, ысты, ошакты, сары-уйсун. Географическая среда благоприятная (см.: *Муканов М. С. Этническая территория казахов в XVIII — начале XX веков. С. 5; Масанов Н. Э. Социально-экономические отношения в казахском кочевом обществе // Культура и история Центральной Азии и Казахстана: проблемы и перспективы исследования. С. 38).*

⁹⁸ Кубей-Мурат-султан — сын Кучум-хана (см.: *История Казахстана. Т. 2. С. 438).*

можно рассматривать, как это видно и из контекста, только как способ «малым числом от большого отбиться». Кочевники Азии верили крепко в возможность такого стратегического таланта. По «Сокровенному сказанию» такой способностью волшебством вызвать ненастье обладали найманский Буйрух-хан и ойротский Худуха-беки, которые использовали этот прием в сражении с Чингис-ханом [272]. Таким образом, не приходится сомневаться в том, что и у каракалпаков ханское достоинство предоставлялось военному вождю.

Итак, источники позволяют утверждать, что по своей основной роли казахский хан был «наездником» (от слова «наезд») или вождем, т. е. главнокомандующим, в зависимости от масштаба его деятельности и характера тех военных столкновений, которыми ему приходилось руководить. Заметим, между прочим, что мирная внешнеполитическая функция хана сводилась к чисто формальному дипломатическому представительству, никакой самостоятельности в этом отношении хан проявлять не мог и, как видно из сказанного выше,⁹⁹ без совета старшин хан не смел даже принимать иностранных послов. Если Добросмыслов утверждал, что к обязанностям ханов «почти исключительно относились дела, касающиеся отношений с соседями» [273], то это относится только к ханам второй половины XVIII в., когда хан стал царским агентом, которому царское правительство тем самым предоставило и дипломатическую самостоятельность в отношении старшин. Население могло только тщетно надеяться, что в виде компенсации хан что-нибудь «выхлопочет» для него у царского правительства. Так создалось ошибочное представление Красовского о хане как об «искусном стряпчем по делу охранения народных интересов путем мирным, а не войною» [274]. До середины XVIII в. хан должен был быть и был прежде всего и главным образом полководцем; поэтому выдающийся полководец, если только он соответствовал формальным требованиям, предъявляемым к хану, т. е. был чингизидом,¹⁰⁰ выдвигался в ханы, отстраняя от власти менее способного или менее удачливого наличного хана. Талантливый военный вождь сравнительно легко устранял от фактической власти своего предшественника, потому что казахский хан не был, как в условиях развитого феодализма, одним из самых крупных собственников, потому что он не был главой религиозного культа, как, например, хазарский каган, потому что династический принцип, принцип наследственности престола был здесь развит чрезвычайно слабо и резко

⁹⁹ Последние два слова — рукописное исправление Фуксом ранее напечатанного и зачеркнутого им текста в оригинале.

¹⁰⁰ Слово «чингизидом» вставлено рукой С. Л. Фукса вместо зачеркнутого слова «чиновником».

ограничивался принципом выборности хана. Все эти особенности означали неустойчивость ханской власти, а такое положение было возможно только потому, что, как мы увидим ниже, полнота *политической* власти была сосредоточена не в руках хана, а в руках старшин. Положение хана в казахских жузах, отвлекаясь от существенного различия в уровне общественного и политического развития Казахстана и Новгорода, можно было бы сравнить с положением князя в Новгороде, где князь был полководцем, избираемым вечем и контролируемым «осподой».

«Полководческий» характер ханской власти легко объясняет нам, почему, стоило лишь хану оказаться в военном отношении не на своем месте, как он терял власть, которая переходила к более способному военачальнику. Отношения между Бурундуком¹⁰¹ и Касымом¹⁰² заключались, по словам Рузбехана, в том, что «главным ханом у них был Бурундук-хан, а его брат Касым-хан считался самым главным военачальником» («Прошлое Казахстана в источниках и материалах». С. 110). Очень скоро¹⁰³, однако, талантливый военный вождь Касым оттеснил от управления государством ничем не проявившего себя в военном отношении хана Бурундука и, по словам Мухаммед-Хайдера, «до того усилился, что за Бурундук-ханом осталось одно ханское имя», Касым сам принял ханский титул, но еще до этого «власть его была так велика, что никто и не думал о Бурундук-хане» [275]. о Касыме, следовательно, можно было сказать то же, что Искендер-Мунши сказал о воинственном Тевекеле, т. е. что он «султан казахский, присвоивший себе титул ханский». Такие же отношения, как у Касыма с Бурундуком, сложились позже у Аблая с Абулмамбетом. Аблай¹⁰⁴ формально признавал его власть как хана, сам именовался только султаном, но уже в начале его карьеры Тевкелев характеризовал его как самого влиятельного из казахских владельцев [276]. Хорошо известно при этом, что Аблай, прославившийся впоследствии как талантливый дипломат и государственный деятель, выдвинулся среди султанов Среднего жуза раньше всего как талантливый полководец. В показаниях Уракова и Гуляева, относящихся к 1760 г., читаем, что, как они слышали от старшин, Аблай, имеющий в своем «точном владении» только один Атаганский род, однако, является самым влиятельным из султанов: он «пред протчими за лучаго почитается, потому что он против других владельцев проворнея

¹⁰¹ Бурундук-хан, сын Гирея, первого казахского хана, правил более 30 лет (см.: Султанов Т. И. Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 163–165).

¹⁰² Касым-хан — сын Джанибек-хана, одного из основателей Казахского ханства (см.: Там же. С. 166–172).

¹⁰³ В рукописи диссертации на (стр. 355), очевидно, опечатка: «Очень ского».

¹⁰⁴ Слово «Аблай» — рукописная вставка сверху машинописной строки в оригинале.

и смышленняя и к их киргиз кайсацким поступкам склоннее и в обычаях их за счастливого признается» [277]. Хан-полководец, формально являющийся главой всякого политического объединения казахов, представляет собою явление политической жизни, имеющее глубокие корни в истории государств, предшествовавших образованию казахского государства. Это вовсе не специфическая черта государственности кочевников Азии, а черта, свойственная строю военной демократии и долго сохраняемая дофеодальным государством. С. В. Юшков считает, что для дофеодального (варварского) государства типичным является такое положение, при котором «основная функция главы дофеодального государства состоит в организации военных сил и командовании войсками во время войны» [278]. В памятниках орхон-енисейских тюрок VI–VIII вв. «подчеркивается роль кагана, как вождя и военачальника, организатора грабежей и завоеваний». Мудрость кагана, о которой говорят тексты, это, как указывает А. Бернштам, «мудрость военного организатора, вождя и полководца» [279]. Акад. Б. Я. Владимирцов давал такую же примерно характеристику древне-монгольским хаанам¹⁰⁵, говоря о том, что они ставились, главным образом, на время войны, т. е. для наездов, набегов, разбоя. Б. Я. Владимирцов сравнил даже власть и права древнемонгольского хаана с прерогативами атамана разбойников [280]. Во избежание недоразумений нужно отметить, что в политическом строе казахского государства нельзя искать развития политического строя империи Чингис-хана. Строй казахского государства есть скорее отдаленный преемник варварской демократии монгольских племен, предшествовавшей созданию империи, нежели варварской империи Чингиса, в которой закладывались основы типично феодального строя и искоренялись пережитки военной демократии. Кратковременное и «поверхностное» господство империи не могло сколько-нибудь серьезно изменить общественное и политическое устройство кочевых племен, из которых впоследствии сложился казахский народ, вследствие чего военно-демократическое устройство не было здесь разгромлено в таком мощном политическом перевороте, каким было создание империи. Элементы его, как пережиток, сохранялись весьма устойчиво, наполняясь, конечно, новым феодальным содержанием. К такого рода пережиткам относится хан-полководец. Война давно перестала здесь быть нормальной функцией *народной* жизни. Войны, наезды, набеги ведутся теперь исключительно в интересах и для обогащения знати. Но древняя, периода военной демократии, форма военно-политической организации, хан-полководец, умело используется в новых условиях

¹⁰⁵ Сохраняется написание оригинала («хаанам»).

и является необходимой в связи с огромной ролью войны в общественной жизни. Такая роль войны сообщает вообще специфическую военную окраску всему политическому строю казахов. Воинственные султаны оттесняют недостаточно воинственных ханов, прославившиеся как полководцы батыры «черной кости», как, например, Бокенбай-батыр или Жанибек-тархан, становятся влиятельнее ханов, наконец, и старшины-родоначальники выдвигаются преимущественно из батыров [281]. В «Известиях о киргис-кайсацком народе, сочиненном в коллегии иностранных дел» сообщается, что звание старшины «получается и по старшинству лет и не меньше также и по приобретенной славе в удачном предводительстве при нападении на окрестные народы, и так часто случается, что иной старшина более силы имеет, нежели хан и его родственники» [282]. Впрочем, в вопросе о выдвигении на первый план в политической жизни батыров чисто военный момент играет второстепенную роль, так как это выдвигение в основном определяется развитием феодализма.

Отсутствие сколько-нибудь прочного государственного единства и политическая слабость центральной ханской власти в Казахстане в XV–XVIII вв. обусловлены структурой казахского общества, не создававшей никакой почвы для сильной централизованной государственности. Три момента, хотя и с неодинаковой силой, могут содействовать объединению государства под эгидой сильной центральной власти. Это, во-первых, экономическая связанность всех территориальных или иных единиц, объединяемых государством. Выше было уже показано, что в Казахстане этот момент, предполагающий значительное развитие обмена и товарного обращения, создание «всеказахского рынка» до конца XIX в. устойчиво отсутствовал. Источником государственного единства является потребность господствующего класса в консолидации и централизации своих сил для осуществления главной внутренней функции государства — держать в узде эксплуатируемое большинство в тех случаях, когда трудящиеся выступают солидарно, когда сопротивление отдельных групп вырастает в массовое восстание трудящихся против класса эксплуататоров (восстание рабов, крестьянские войны). Рабовладельческое государство обычно имеет форму сильного централизованного государства потому, что без сильной государственной машины невозможно справиться с восстаниями, периодически охватывающими массы рабов. Средств отдельного рабовладельца для этого недостаточно: «Граждане государства лишь сообща владеют своими работающими рабами» [283]. Укрепление монархии в России в XVI в. и превращение ее в абсолютную в XVII в., утверждение государственного единства России на базе «всероссийского рынка» имело одной

из своих предпосылок консолидацию господствующего класса феодалов для борьбы с «мужичьем», которое «многое воровство содеяша» уже в XVI в., а в начале XVII в. превратило это «воровство» в крестьянскую войну, для подавления которой боярство и дворянство не только объединилось, но иногда не отказывалось и от помощи интервентов.

В Казахстане же до конца XVIII в. классовая борьба трудящихся не приобретала характер *самостоятельного* массового движения, направленного против «своих» эксплуататоров. Только к концу существования казахского государства в восстании Срыма Датова вовлечение масс в национально-освободительную борьбу создало для господствующего класса такую угрозу. Патриархальные формы феодальной эксплуатации, патриархально-родовой быт прочно изолируют отдельные группы трудящихся в рамках родовых объединений, обеспечивают в этих рамках власть эксплуатирующей их знати и, не создавая предпосылок для объединения трудящихся, освобождают тем самым знать от необходимости создания сильного *централизованного* аппарата для нужд классового подавления. Следовательно, и в характере классовой борьбы в Казахстане почва для создания сильного централизованного государства отсутствовала.

Третий момент, способствующий созданию сильной централизованной власти, лежит в области внешнеполитической функции государства: агрессии либо обороны от внешней опасности. Действительно, более сильные казахские ханы вели активную внешнюю политику. Касым успешно сопротивлялся стремлениям узбеков установить свое господство над казахскими племенами и захватил Сайрам. Хакк-Назар дал энергичный отпор моголистанскому хану, угрожал Ташкенту, ногаям и даже сибирскому царству Кучума. Тевеккель захватил Ташкент, Туркестан и Самарканд, хотя последний ему не удалось закрепить за собою. Тауке, объединивший вокруг себя султанов на почве борьбы с ойротами-калмыками, успешно выполнил задачу защиты Казахстана от ойротского нашествия. Но задачи, вытекающие из внешнеполитической функции государства, не могут иметь решающее значение для его механизма и структуры, ибо, в конечном счете, последние всегда определяются уровнем экономического развития, характером классовых отношений, задачами, вытекающими из функции подавления. Так, на востоке Европы борьба с внешними врагами требовала «незамедлительного образования централизованных государств, способных удержать напор нашествия» [284], но централизованное русское государство могло возникнуть и укрепляться еще до создания «всероссийского рынка», как твердой основы единства, лишь потому, что экономическое развитие страны на почве отделения ремесла от сельского хозяйства,

возникновения обмена и городов быстро разрушало уже замкнутость феодальных хозяйств, изолированность отдельных областей. Внешнеполитические обстоятельства могут, следовательно, *ускорить* или *замедлить* процесс создания централизованного государства, в отдельных случаях они могут привести к созданию скороспелого и эфемерного единства, но при отсутствии почвы в экономической и классовой структуре не могут создать сколько-нибудь прочное и устойчивое государственное единство и сильную центральную власть.

Само собою разумеется также, «что объединение государства и создание сильной центральной власти не может быть результатом стремления к «порядку» как таковому. Если в пору возникновения западноевропейского абсолютизма среди городского и сельского населения увеличивалось, по словам Энгельса, «количество таких элементов, которые прежде всего желали, чтобы был положен конец бесконечным, бессмысленным войнам, чтобы прекращены были раздоры феодалов, приводившие к тому, что внутри страны шла непрерывная война...» [285], то элементы эти в рядах господствующих классов появились только на почве развития обмена и роста городов. А. Чулошников не без основания указывал, что казахская знать еще в начале XVIII в. мирной торговле с Россией предпочитала возможность грабежа и наезда на пограничные пункты [286]. Но то же относится и к внутреннему «порядку». Знать умела хорошо наживаться на «барымте» во всех ее формах и только в начале XIX в. однажды возопила, что «барымта — наша худая слава» (подробно об этом см. очерк «Барымта»). В условиях незначительного развития обмена состояние постоянной междоусобной феодальной войны, разорявшей трудовое население и обогащавшей знать, было долгое время тем «порядком», который был выгоден и угоден господствующему классу.¹⁰⁶ В стремлении же трудящихся к утверждению внутреннего мира и порядка бесполезно искать источники объединения и усиления государства, которое есть орудие господства знати.

Сказанное не означает, впрочем, полное отсутствие у казахской знати какой-либо заинтересованности в обуздании взаимной междоусобной вражды, в поддержании внутреннего мира в жузе. Как ни выгодна была для сильных владельцев барымта, но и они не могли стремиться к неограниченному ее допущению и превращению гражданской жизни в войну всех против всех. Как ни привлекательны были лихие наезды на мимо проходящие караваны, но они лишали знать выгод от прилинейного торгового и снабжения караванов вьючным скотом, а значение этих

¹⁰⁶ Последние слова повторяют слова из широко распространенного и фактически официального в конце 1930-х — начале 1950-х гг. определения права А. Я. Вышинского.

мирных торговых интересов все более и более усиливалось. Поэтому, хотя экономика и условия классовой борьбы в Казахстане до середины XVIII в. не создавали почвы для появления сильной централизованной власти, но потребность в едином хане все же существовала во все времена. Знати нужен был один хан: не как повелитель-самодержец, но и не только как полководец-главнокомандующий. Хан нужен был также как арбитр-«мироворец», регулирующий непрестанные столкновения владельцев. В этом смысле стремления все же иметь общего, хотя бы для одного жуза, хана. «Все киргизы, — сообщает Мейендорф¹⁰⁷, — единодушно бранят план дать Малой Орде несколько ханов, потому что, говорят они, если даже киргизы будут в согласии, то ханы не будут» [287]. В этой же функции хана заключается и смысл постоянно повторяющегося требования, чтобы хан жил «в середине степи», чтобы он разъезжал по степи и разбирал своевременно возникающие споры. Так как при этом хан вовлекался неминуемо в междуродовые распри, то он должен был обладать достаточной энергией, мужеством, дипломатическим тактом и не быть к тому же трусом. о Жан-торе Каратай¹⁰⁸ сказал, что «новый хан будет хорош только в сундуке, а не в степи». Жан-торе, действительно, не в состоянии был выполнять функции хана, так как боялся выехать в степь, опасаясь за свою жизнь. Это послужило поводом для требования отстранения его и повлекло за собою его гибель [288].

Из потребности знати в едином хане-«мироворце» не вытекало, однако, вовсе стремления иметь *сильного* хана. Появление сильной ханской власти до XVIII в. обусловлено было преимущественно потребностями внешней политики. Основная функция казахского, как и всякого, государства, — подавление угнетаемых — осуществлялась в эту пору, как было уже сказано, внутри патриархально-родовых объединений. Только во второй половине XVIII в. — начале XIX в. под влиянием разложения патриархально-родовых объединений и растущего сопротивления трудящихся, нарастающих элементов массовости их движений у знати возникает идеал хана, обладающего деспотической властью, для того, чтобы, как это обещает сделать Арынгазы, «уничтожить воров, искоренить барымту, обеспечивать свободное передвижение

¹⁰⁷ Мейендорф Егор Казимирович (1798–1865) — барон, офицер Генерального штаба, секретарь дипломатического посольства А. Ф. Негри в Бухарском ханстве в 1820 г. По заданию Азиатского департамента МИД собирал географические и историко-этнографические материалы о территориях, по которым пролегал маршрут дипломатической миссии. Известен тем, что один из первых исследовал приаральских казахов (см.: Левшин А. И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 432; МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 372; *Мұхтар Құл-Мұхаммед*. Орыс энциклопедияларындағы қазақ шежіресі. 64-б.).

¹⁰⁸ Каратай-султан — сын Нуралы-хана.

караванов и открывать торговые базары» [289]. Такой же деспотический характер присущ и власти хана Аблая. Некоторые хотя и безуспешные попытки перестроить организацию власти в этом направлении при помощи русских можно отметить у Абульхайыра и Нуралы. Ниже будет, однако, показано, что сильная деспотическая власть Арынгазы и Аблая не есть продолжение или возрождение традиций степной кочевой государственности, а попытка привить казахской государственности новые начала, заимствованные из практики соседних оседлых стран, попытка, вызванная тем, что традиционное государственное устройство казахов-кочевников не в состоянии было уже обеспечить в новых условиях господство знати. Впрочем, в конце XVIII — начале XIX в. среди старшин тенденция к созданию сильной ханской власти отнюдь не является господствующей и устойчивой. Во времена Нуралы старшины по донесению Игельстрома желали «остаться при древнем обыкновении: иметь хана, отделя ево от управления народом», «выбирать такого, который бы в орде еще менее теперешнего власти имел по особе своей» [290]. Во время восстания Срыма Датова одна группа казахских старшин стремилась к ограничению ханской власти, другая — к полной ее ликвидации. Как те, так и другие твердо рассчитывали, следовательно, на то, что с «управлением народом», т. е. подавлением его, они справятся без помощи хана.

Упадок ханской власти в XVIII в. связан с тем, что к этому времени внешнеполитическое положение Казахстана уже исключало для казахов возможность активной внешней политики. Прошло время, когда казахи могли рассчитывать на захват и установление своего господства в соседних оседлых районах. В «годы великого бедствия» с огромным трудом удалось сохранить казахское государство от полного разгрома. Такое ухудшение внешнеполитического положения казахского государства было неизбежным результатом отставания застойной экономики кочевого казахского скотоводства, и это отставание непрерывно изменяло соотношение сил в пользу соседей. При изменившемся соотношении сил приходилось полагаться уже не на силу оружия, а искать спасения в дипломатии. Это и пытался сделать Абульхайыр, рассчитывавший, что российское подданство освободит его от угрозы со стороны башкир и даст поддержку против калмыцкого контайши, отнявшего у казахов Ташкент, Туркестан и Сайрам, после чего он сможет «от хонтайши отыскивать свою реванжу» и вернуть потерянные города [291]. Однако в этой роли дипломата хан не мог уже рассчитывать даже на тот объем власти, которым он пользовался как военный вождь. Превратившись же неизбежно в орудие колониальной политики российского царизма, он и вовсе почти потерял поддержку казахской знати, которой

он оказался одинаково мало полезным как для целей внутренних, так и для целей внешней политики, ибо посредничество хана во взаимоотношениях с российским правительством влекло за собою усиление его за счет старшин.

В заключение подчеркнем еще раз, что изложенное выше представление о хане, как преимущественно о полководце и арбитре-судье, лишенном полноты политической власти, ни в какой мере не означает признания этих функций главными в казахском государстве. Речь идет лишь о такой особенности государственной структуры, при которой основная главная функция всякого эксплуататорского государства — обуздание сопротивления трудящихся — сосредоточивается не в руках центральной власти, а в нижнем звене политической организации, в родовом объединении. Поэтому нет оснований говорить о «развале зачатков государственности» у казахов в связи с ослаблением элементов феодальной централизации [292]. Там, где внутри рода усиливаются отношения эксплуатации, как это отмечает и сам М. П. Вяткин, не могут разлагаться зачатки государственности, если не отождествлять эту государственность только с центральными органами власти, стоящими вне рода. Нельзя игнорировать механизм классового принуждения внутри рода, который, как было показано выше, имел уже характер государственного механизма и который не разлагался, а, напротив, непрерывно укреплялся в своем значении важнейшего подавления казахских масс.

5. Тюленгуты¹⁰⁹

Сосредоточение функции подавления в нижнем звене казахского государства хорошо объясняет слабость центрального государственного аппарата. Не будет преувеличением сказать, что он находился в зародышевом состоянии; это и было причиной единогласно отмечаемой, как показано выше, всеми наблюдателями слабости ханской власти. Обычно подчеркивается наличие у хана вооруженной силы в виде его дружины теленгутов, но Левшин, например, прямо объясняет слабость хана тем, что у него нет ни войска, ни полиции [293]. Нужно думать, что Левшин в основном был прав. У хана не было находящейся в его непосредственном распоряжении сколько-нибудь достаточной силы, на которую он мог бы опереться в осуществлении и укреплении своей власти как государя. Об этом говорит ряд источников и исследователей. Тот же Левшин, давая, как знаток Казахстана, в 1823 г. заключение по инструкции Министерства Иностранных дел

¹⁰⁹ В диссертации начинается на с. 369.

полк. Бергу¹¹⁰, объяснял силу и власть всякого казахского начальника «многочисленностью его семейства, богатством, старостию лет, происхождением и умением пользоваться обстоятельствами, — кстати льстить буйству, иногда покровительствовать оное, а иногда карать и преследовать без пощады» [294]. Приведя столь разнообразные основания, на которых может покоиться власть, Левшин и здесь ни слова не говорит о какой-либо *особой* военной или полицейской силе, как опоре власти. Власть хана зависит, следовательно, если говорить о материальной силе, от «многочисленности семейства», т. е. от числа близких сородичей султанов, братьев и сыновей, которые, будучи владельцами отдельных родов, поддерживают хана, и от богатства. Так же, в частности, определяются в представлении Коллегии Иностранных Дел от 10.4.1747 г. Сенату источники власти Абульхайра: «Абулхаир хан в киргиз-казацком народе силу имеет не по ханскому уряду (т. е. не потому что он занимает ханский престол. — С. Ф.), но по его хитрости и великой фамилии» [295]. То же говорит Мейендорф о причинах падения могущества Арынгазы: «Киргизы с особенным уважением относятся к многочисленным семьям, так как глава таких семей имеет всегда большое влияние, а семья Арынгазы потерпела чувствительный урон» [296].

Итак, следовательно, авторитетные наблюдатели видели источник силы хана не в постоянной и особой вооруженной силе (они прямо отрицали наличие войска и полиции), не в дружине тюленгутов. Опорой ханской власти они считали поддерживающие его родовые объединения, количество которых, разумеется, тем больше, чем больше его «фамилия», помогающая хану охватить своим влиянием большее количество родов.

На вопросе о тюленгутах нужно остановиться подробнее, ибо в них-то и видят большею частью ту особую силу государственного принуждения, тот «особый отряд вооруженных людей», полицию, наличие которой обеспечивает власть ханов. Трудность решения вопроса о сущности тюленгутизма определяется, во-первых, полным почти отсутствием сведений, освещающих положение тюленгутов, в источниках XVIII в., во-вторых, крайне противоречивыми, на первый взгляд, по крайней мере, характеристиками тюленгутизма в источниках начала XIX в. и в литературе. Тевкелев и П. Рычков видели в них слугителей

¹¹⁰ Берг Федор Федорович (1793–1874) — граф, офицер Генерального штаба, в 1825–1826 гг. возглавил военно-топографическую экспедицию на плато Устюрт, обследовавшую восточное побережье Каспийского моря (см.: *Левшин А. И.* Описание киргиз-казацких, или киргиз-кайсацких, орд и степей. С. 434).

ханского двора, «домовых людей» ханов и султанов, Левшин и Броневский считали их рабами-пленниками, Небольсин — добровольно поступающей в услужение ханской и султанской прислугой, Загряжский — ханскими джигитами, Аристов — дружинниками из пленных, Гродеков — клиентами из бедных и т. д. В современной советской литературе тюленгутов обычно рассматривают как основной «аппарат принуждения», как дружину хана, его «постоянную военную силу», орудие подчинения им подданных и подавления их сопротивления [297]. Очень решительно несколько раньше об этом говорил Логутов: «Тюленгутами назывались полусвободные люди, являвшиеся вооруженной силой, на которую опиралась ханская власть и которая служила основным ядром последней и надежной опорой ханов в их военных выступлениях» [298]. М. П. Вяткин отождествляет тюленгутов с монгольскими нукерами. Приближение нукеров-тюленгутов к положению «крепостных» имело место, по мнению М. П. Вяткина, не раньше первой четверти XIX в., когда развитие тюленгутизма пошло в направлении «от вассальных отношений к крепостничеству» [299]. В «Очерках» М. П. Вяткин определяет эту эволюцию несколько иначе и говорит здесь, что «из отношений вассалитета тюленгутизм превращался в патронат» [300].

Здесь не ставится задача решить большой и сложный вопрос о тюленгутах в целом. Имеется, однако, ряд доводов для того, чтобы отвергнуть взгляд, усматривающий в тюленгутах основной аппарат государственного принуждения, источник силы ханов и султанов. Вопрос ставится так: связано ли существование института тюленгутов с потребностями организации *государственного аппарата центральной власти*, можно ли видеть в тюленгутах *существенный* рычаг такого государственного механизма? От того или иного решения этого вопроса зависит во многом наше представление о сущности ханской власти.

Против серьезного значения тюленгутов в государственном механизме говорит уже то обстоятельство, что ни у одного из ханов до Аблая (об особом характере власти которого речь идет ниже в этой главе) его тюленгуты не были действительной опорой власти, действительным орудием политики. Потому, очевидно, источники XVIII в. так бедны сообщениями о тюленгутах, а отдельные сообщения ничего не говорят о какой-либо политической роли этого института. Тюленгуты впервые сыграли эту роль, роль орудия укрепления ханской власти в борьбе с противниками усиления ханов — старшинами, когда Аблай двинул своих тюленгутов против шедших на него войною старшин, разбил старшин и установил невиданную дотоле в Казахстане деспотическую власть хана [301]. М. П. Вяткин заметил, что дружина тюленгутов не могла обеспечить устойчивость власти хана «в условиях роста влияния

и могущества знати “черной кости”» [302]; но, во-первых, у нас нет каких-либо данных, свидетельствующих о том, что когда-либо до Аблая раньше тюленгуты обеспечивали устойчивость власти хана; во-вторых, если даже соотношение сил хана и старшин изменилось, то роль тюленгутов в государственном аппарате от этого измениться не могла. Между тем как Тевкелев, так и Рычков, которых политическая роль тюленгутов должна была интересовать больше, нежели их социальная характеристика, давая определение тюленгутизма, ничего не говорят о тюленгутах, как об орудии государственной власти. По Тевкелеву, «тялянгут значит ханского двора служитель» [303]. В совместном донесении Тевкелева и Рыčkова в коллегію иностранных дел 15 марта 1759 г. тюленгуты определяются как «домовые люди» хана [304]. Очевидно, тюленгуты, действительно, не были сколько-нибудь важным рычагом механизма государственного принуждения до Аблая. Гораздо обоснованней поэтому предположение, что за дружину тюленгутов как опору своей власти ханы ухватились только тогда, когда стали терять поддержку родовой знати, когда, как показано будет ниже, в конце XVIII в. изменился самый характер власти ханов.

В чем же смысл этого института? Среди тюленгутов в XVIII в., как и в XIX в., были как имущие, так и беднота. То, что, как указывает М. П. Вяткин, для XVIII в. все известные нам тюленгуты близки к феодальной знати [305], не может служить доказательством отсутствия в рядах тюленгутов в XVIII в. феодально-зависимой бедноты. Естественно, что отдельные тюленгуты-бедняки имели мало шансов попасть на страницы источников. В начале же XIX в. о тюленгутах усиленно говорят просто как о рабах. Броневский говорит, что тюленгуты — это потомки пленных каракалпаков, бухарцев, ташкентцев и калмыков. Он отождествляет их с рабами, говоря «о тюленгутах или невольниках» [306]. Левшин со своей стороны также утверждает, что «тюленгуты суть рабы, взятые в плен или происходящие из пленников» [307]. Нужно думать также, что в 30-х гг. XIX в. султаны не могли бы претендовать на то, чтобы всех тюленгутов трактовать как крепостных, если бы близкие к тому отношения для основной массы тюленгутов не сложились еще в XVIII в.

Особенно показательны то, что Чокан Валиханов в своей работе о хане Аблае, сообщая о разгроме старшинского ополчения тюленгутами Аблая, называет тюленгутов «рабами» [308]. Валиханов слишком хорошо знал и понимал содержание общественных отношений в эпоху своего прадеда, чтобы назвать «рабами» дружинников или вассалов. В то же время, рядом с зависимой массой тюленгутов были и в XVIII

и в XIX вв. тюленгуты-богачи, крупные скотоводы. Ф. Зобнин¹¹¹ сообщает, что в XIX в. из среды тюленгутов выбирали старшин и биев; в списке тюленгутов одной волости было даже два султана [309]. В 60-х гг. XIX в. Гейнс¹¹² видел в степи тюленгутов — нищих пастухов, которые пасли скот султана, получая за это «что дадут», наряду с этим он узнал, что есть тюленгуты богаче самого султана [310]. Что и в XVIII в. среди тюленгутов были богачи и «самые лучшие люди», убедительно показывают также Ф. Зобнин и М. П. Вяткин. Следовательно, и в XVIII, и в XIX в. социальное лицо тюленгутов было одинаково пестрым и изменилось оно лишь в том смысле, что массы тюленгутов, бывшие и в XVIII в. объектом феодальной эксплуатации, приблизились к положению крепостных, в то время, как имевшаяся среди них прослойка имущих выросла в крупных феодалов. Это был результат дальнейшей имущественной, классовой дифференциации, толкавшей одних к ядру крепостничества и к слиянию с прочими группами феодально-зависимого населения (о них говорит Броневский, что они «размножились до того, что теперь составляют одну из значительных частей населения в степи»), других к господству, опирающемуся на богатство.

Что же объединяло эти в классовом отношении противоположные группы, что создавало им общее правовое положение тюленгутов? Объединяли их — принадлежность к дому хана, «покровительство» хана и лежавшие на них в связи с этим, хотя и различные по содержанию, обязанности. Здесь были отношения патроната-клиенты¹¹³, которые, как правильно заметил Фюстель-де-Куланж¹¹⁴, возникают задолго

¹¹¹ Зобнин Ф. К. — политический ссыльный. Автор работы «К вопросу о невольниках, рабах и тюленгутах в киргизской степи», активно использовал архивный материал (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 562, 695).

¹¹² Гейнс А. К. писал об истории и состоянии народонаселения колонизированных территорий, в т. ч. о казахах, принимал участие в подготовке реформ 1867–1868 гг., исследовал Жетысу, с сожалением относился к бесконтрольности действий казачьих переселенцев (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 25, 383, 415).

¹¹³ О патронатно-клиентельных отношениях позднее много писали казахстанские историки Н. Е. Масанов, И. В. Ерофеева (см., напр.: *Ерофеева И. В.* 1) Хан Абулхайр: полководец, правитель и политик. С. 48–89; 2) Лекции. «Евразия вне государственных границ: в реальном историческом времени». Летний университет «Транснациональное сотрудничество Западного Казахстана и Южного Урала. 26 июля 2000 г.).

¹¹⁴ Фюстель де Куланж Нюма Дени (Numa Denis Fustel de Coulanges) (1830–1889) — французский историк. В 1850 г. поступил в Высшую нормальную школу (Париж), в 1853 г. — направлен во Французскую школу (Афины). В 1855 г. преподавал в лицее в Амьене, затем в лицее Св. Людовика (Париж). Позднее преподавал в Страсбургском университете (с 1860), Высшей нормальной школе (1871), Сорбонне (1875). Ректор Высшей нормальной школы (1880). Автор трудов «Гражданская община древнего мира» (1864), «История общественного строя древней Франции» (в 6 т., 1875–1892).

до феодализма, хотя впоследствии играют огромную роль в чисто феодальном порядке [311]. У разных народов, в зависимости от условий их общественного и политического развития, клиента носит преимущественно военный либо невоенный характер. В то время как у галлов Цезарь¹¹⁵ отметил клиенту слуг и работников, т. е. преимущественно невоенную, у германцев преобладала военная клиента, дружина [312]. Отожествлять тюленгутов с монгольскими нукерами, как это делает М. П. Вяткин, не следовало бы уже потому, что у монгольских нукеров со времени создания империи Чингис-хана преобладали военно-полицейские обязанности. «Древне-монгольские нукеры», как указал акад. Б. Я. Владимирцов, «прежде всего являются военными слугами вождей» [313]. Тюленгуты же были и всегда оставались «людьми ханского двора», клиентелой слуг и работников по преимуществу.

Немногие известные нам источники, в которых сделана попытка всесторонне определить сущность тюленгутизма, полностью подтверждают такой взгляд на сущность тюленгутизма. Это, во-первых, материалы, собранные в 1833 г. в Каркаралинском округе петропавловским окружным стряпчим Скориною и приводимые Ф. Зобниным в цитированной выше его работе. Среди них особенно интересно свидетельство бия Чобинтай Сагалова о способах приобретения знатью «белой кости» тюленгутов. Во-вторых, это запись о тюленгутах в хранящихся в Историческом Архиве Казахской ССР черновиках «Описания киргизских обычаев, имеющих в орде силу закона», д'Андрэ [314]. Несмотря на то что материалы эти относятся к 30-м и 40-м гг. XIX в., они дают по содержанию картину столь древнего института, что не оставляют места предположению о возникновении этого института в результате перерождения в XIX в. какой-то более древней формы тюленгутизма.

Бий Чобинтай Сагалов показывал в Аягузском окружном приказе, что есть три способа приобретения султанами тюленгутов:

1. «По неимению скотоводства бедные киргизы прибегают к достаточным и остаются у них из-за одного пропитания даже и навсегда со своим потомством».

2. «Желающие обезопасить стада и *быть под покровительством* остаются при покровителе также потомственно, а иногда отходят и увольняются по доброй воле владельцами по учинении с ними расчета в содержании и приобретении скота».

¹¹⁵ Цезарь Гай Юлий (102 или 100–44 гг. до н. э.) — знаменитый государственный деятель Древнего Рима, римский диктатор в 49, 48–46, 45 гг. до н. э., с 44 — пожизненно. Автор «Записок о галльской войне», «Записок о гражданских войнах», провел реформу календаря. Убит заговорщиками (см.: Утченко С. Л. Юлий Цезарь. М.: Мысль, 1976; Сергеев А. Г. Светские и духовные властители Европы за 2000 лет. М.: Логос, 2003; Рыжков К. В. 100 великих монархов. М.: Вече, 2006).

3. «Во избежание какого-либо взыскания, правильного или неправильного, киргизы *укрываются под покровительство* султана или другого влиятельного киргиза.

Султан и владетель оказывает таким тюленгутам все от него зависящее к защите пособия. В случае, если у ответчика тюленгута не достает на расплату с кем-либо скота, то султан и прочие его тюленгуты уплачивают из собственного своего имущества. Такие тюленгуты не могут по своей воле отойти от одного владельца к другому»¹¹⁶ [315].

Черновики д'Андрэ содержат такую же, и, быть может, еще более выразительную характеристику тюленгутизма как института специальной защиты-покровительства. В разделе «О тюленгутах» читаем: «Имение при себе султанами тюленгутов нельзя назвать преимуществом белой кости, но скорее потомственным достоянием, перешедшим от предков, принявших *под свое покровительство* людей, которые искали в прежнее время защиту у каждого ордынского властелина от беспрерывных в то время междоусобий. Бывало, что целыми семьями являлись к султанам, прося *покровительства* и средств к существованию, предлагая взамен свои услуги, а в военное время быть вроде телохранителей. Не редко целью сделаться тюленгутом хана или султана было скрытие от законного какого-либо преследования. С тех пор, образовав целые аулы, пришельцы эти разных родов и отделений кочуют постоянно вместе с султанами, не отличаясь, впрочем, ничем от простого киргиза, кроме права клеймить скот свой султанским тавром. Семейством, равно как и имуществом, тюленгута распорядиться никто не вправе». Далее мы находим в черновиках д'Андрэ следующие записи о положении тюленгутов: «Тюленгуты находятся хотя не в рабском, но в полном подчинении султану или хану. Обязанность тюленгута исправлять некоторые должности, как то (неразборчиво) поверенного, рассыльного, легкую прислугу и т. п.». Они, указывает д'Андрэ в другом месте, «вообще занимают мало обременительные должности». Тюленгут, читаем дальше, «кочует вместе со своим султаном или ханом, но буде тюленгут пожелает перейти куда-либо ... то удержать не смеют, и, кочуя хоть в другом роде, но все таки именуется тюленгутом того владельца, коему принадлежит. Но буде представится надобность в тех тюленгутах, кои кочуют вдали от султана ... при первом требовании должно немедленно явиться»¹¹⁷ [316].

Замечательное совпадение показаний бия Чобинтай Сагалова и сведений, полученных и записанных д'Андрэ, усиливают значение каждого

¹¹⁶ МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 9.

¹¹⁷ Материалы по казахскому обычному праву. С. 181–182.

из этих источников для характеристики тюленгутизма как патроната. Мы подчеркнули в тексте показаний бия Сагалова и записей д'Андрэ настойчивое указание на «покровительство» хана тюленгутам всех категорий. В древней Руси под патронатом князя или церкви в качестве «изгоев» оказывались столь различные в социальном отношении группы, как феодально-зависимые крестьяне, выкупившийся холоп, обанкротившийся купец, неграмотный попович и даже, может быть, осиротевший князь, т. е. лица, объединенные только тем, что патронат обеспечивал им защиту жизни и, вероятно, имущества. У казахов, как мы видим из объяснений бия Сагалова и записей д'Андрэ, в качестве тюленгутов под покровительством хана или султана объединены и бедняк, не имеющий скота, ищущий пропитания и отдающийся поэтому в тюленгутство потомственно, и тот, кто спасается от разорительного взыскания, и собственник стад, желающий обезопасить свои стада. Одни из них ищут «одного пропитания», другие гарантий неприкосновенности своей собственности. Богатым скотоводам было выгодно называться ханскими тюленгутами тогда, когда они «отлучались на линию и в другие дальние места», ибо «в этом случае название сие служило некоторым охранением от обид» [317]. Во всех этих случаях «охранение от обид» объединяет принадлежащих к различным классовым группам лиц, поставивших себя для этого в положение тюленгутов. Тюленгуты-собственники свободно распоряжаются своей собственностью [318], но для того же «охранения от обид» клеймят свой скот тамгой султана, на что дает им право звание «ханского двора служителя». Но это же звание обязывает их кочевать вместе с ханом и в том случае, когда они имеют собственное крупное хозяйство. Такое лицо теряет звание тюленгута, если откочевывает от хана или султана [319].

Разнообразие классового положения тюленгутов соответствуют и разнообразие их обязанностей, различная степень зависимости. Бедняки вступают в потомственную зависимость, по своему положению они состоят «хотя не в рабском, но в полном подчинении султану или хану». Богатые владельцы стад могут уходить «по доброй воле». Тюленгуты, владельцы больших стад, кочуют вблизи хана под его защитой самостоятельно, бедняки пасут стада хана или султана, выполняют обязанность хозяйственных слуг, делают всякую черную работу. Другие тюленгуты, из принадлежащих к ханскому или султанскому дому, «занимают мало обременительные должности», «поверенного», «рассылного». и всем этим своим клиентам хан или султан оказывает свое «покровительство», одним, т. е. богачам, позволяет клеймить ханской или султанской тамгой их скот, на других, очевидно рабах-пленниках,

если верить сообщению Харузина¹¹⁸, в древнее время на самих выжигал, как на скоте, раскаленным кремнем свою тамгу [320].

Перед нами, таким образом, довольно отчетливо вырисовывается институт патроната с оттенком королевского *mundium*, специальной королевской защиты. Это один из дофеодальных институтов, из которого впоследствии вырастают феодальные отношения вассалитета. Уже по одному этому трудно согласиться с отмеченным предположением М. П. Вяткина, что ход развития этого института был прямо обратный и в истории небывалый, что «из отношений вассалитета тюленгутизм превращался в патронат».

Нас, однако, в связи с задачами данной работы более всего интересует вопрос, в какой мере можно говорить о тюленгутизме как о *военной* клиентеле, были ли действительно тюленгуты дружиной хана и орудием центральной государственной власти. Если согласиться с тем, что роль тюленгутов, как гвардии, при Аблае была в истории казахского государства новым исключительным явлением, как это подробно обосновывается ниже (см. главу)¹¹⁹, то нет вообще никаких оснований видеть в тюленгутах дружинников-нукеров, т. е. действительную опору власти и престола. Можно, конечно, и о казахских тюленгутах, как и о монгольских нукерах сказать, что они были «эмбрио-армией» и «эмбрио-гвардией» [321]. Но эта сторона тюленгутизма так и осталась

¹¹⁸ Харузин Алексей Николаевич (1864–1932) — русский этнограф и антрополог. Выпускник физико-математического факультета Московского университета. Секретарь антропологического отдела Императорского общества любителей естествознания, антропологии и этнографии, редактор «Дневника Антропологического отдела» (1889–1891). Его труд «Крестьянское землевладение в Эстляндской губернии» (в 2 т., Ревель, 1895) был удостоен золотой медали Академии наук. С 1891 г. на государственной службе: чиновник особых поручений при эстляндском губернаторе (1891), секретарь крестьянской комиссии, секретарь губернского статистического комитета и секретарь губернского по крестьянским делам присутствия, управляющий канцелярией виленского генерал-губернатора (1902), статский советник, директор Департамента духовных дел иностранных исповеданий МВД (1908–1911), товарищ министра внутренних дел, гофмейстер, тайный советник, сенатор. При Советской власти подвергался репрессиям по политическим мотивам. Автор книг «Степные очерки (Киргизская и Букеевская орда)» (М., 1888), «Киргизы Букеевской орды: Антрополого-этнографический очерк» (Вып. 1. М., 1889; Вып. 2. М., 1891), «Курганы Букеевской степи» (М., 1890), «Библиографический указатель сочинений и статей, касающихся этнографии киргизов и каракиргизов, с 1734 г. по 1891 г.» (М., 1891), «Босния-Герцеговина» (СПб., 1901) и др. (см. о нем: Керимова М. М., Наумова О. Б. Алексей Николаевич Харузин — этнограф и антрополог // Репрессированные этнографы. Вып. 1 / Сост. Д. Д. Тумаркин. 2-е изд. М.: Вост. лит., 2002. С. 164–198).

¹¹⁹ В диссертации на с. 384 номер главы не указан. Возможно, имелась в виду следующие параграфы данной главы.

в эмбриональном состоянии. В отличие от нукеров Чингиса, вскоре действительно сделавшихся костяком десятитысячной гвардии, возглавивших огромную армию, превратившихся в правителей-нойонов, казахские тюленгуты до конца остались только на положении «людей чингис-хановой коновязи», клиентелой слуг и работников, «ханского двора служителями». Военно-полицейская функция не стала здесь главной и основной, не привела к какой-либо стройной и упорядоченной военной организации тюленгутов, не создала из тюленгутов центральный аппарат государственной власти и принуждения. Причина этого понятна. Чингису исторические условия развития монгольского общества давали возможность успешно решать задачу прогрессивного развития этого общества и удовлетворить захватнические стремления монгольской аристократии. Монгольская знать нашла в нем вождя, который может создать «великий улус монгольский». Поэтому знать сама укрепила его гвардию, укомплектовала ее «сыновьями нойонов-темников, тысячников и сотников, а также сыновьями людей свободного состояния», дала им по пять и по десять человек в товарищи, вооружила и снарядила их по разверстке [322]. Но *только на такой базе и возможно превращение «людей ханского двора» в аппарат центральной государственной власти.* Казахские же ханы были поставлены историей в такое положение, что они не могли стать чингисами казахского общества. Они не пользовались поэтому полной поддержкой родовой знати, склонной скорее опасаться усиления ханской власти. От усиления власти хана знать не ожидала никаких выгод и всегда сопротивлялась такому усилению. Поэтому «ханского двора служители» — тюленгуты, так и остались личными слугами хана и не приобрели характера государственного органа, т. е. органа, действующего в интересах господствующего класса в целом.

В качестве ханской челяди различных рангов и положений тюленгуты выполняли также и обязанности вотчинной полиции в собственном кочевом хозяйстве хана, они были его телохранителями, охраняли ханские табуны и стада, расправлялись с непокорными слугами и рабами, участвовали в междоусобных столкновениях, барымтах вместе с, так сказать, природными помощниками хана — его сородичами. Броневский говорит, что тюленгуты, кочуя при владельцах, помогают им грабить население. Впоследствии Харузин обратил внимание на то, что население относится к тюленгутам с презрением, видя в них только телохранителей, почему и казахская поговорка гласила: «тюленгут, береги твоего султана» [323]. Гейнс по материалам 30-х гг. XIX в. следующим образом охарактеризовал тюленгутов султана: «Это его опричники, советники, домашние люди, министры — все, что хотите» [324].

Гейнс видел, следовательно, в тюленгутах вотчинную администрацию. И, действительно, все приведенные выше данные и для предшествующего времени не позволяют видеть в тюленгутах нечто большее, чем вотчинную полицию, вотчинную администрацию, вербующуюся из клиентов, искавших ханского покровительства. Важно, однако, что эта *вотчинная* администрация не разделила судьбы дворцово-вотчинной организации русских князей, т. е. не превратилась в *государственную* администрацию, полицию, войско. Военно-полицейские функции тюленгутов исчерпывались их ролью в домене хана или султана. И это тем более очевидно, что военная знать у казахов вырастала и крепла за пределами ханского домена, формировалась как сила, противостоящая хану политически, а отнюдь не как опора ханской власти.

Такой военной знатью, выделившейся из рядов общинников, усилившейся и разбогатевшей на почве военных столкновений, были казахские батыры. Но это не дружинная знать. Казахским ханам не удалось привлечь к себе батыров на постоянную службу, закрепить эту силу за собою как постоянную свою опору, превратить их в свою дружину. В результате батыры не оторвались от тех родовых объединений, из которых они вышли, и были чаще силой, оппозиционной хану, нежели его опорой, что, конечно, не мешало им становиться под ханское знамя в больших, так сказать, общегосударственных военных мероприятиях. Самостоятельность батыров по отношению к ханской власти проявилась особенно ярко в их роли вождей народного ополчения в «годы великого бедствия», а в конце XVIII в. — в восстании Срыма.

Из всего сказанного о тюленгутах следует, что тюленгуты не были силой, достаточной для того, чтобы поддерживать власть хана как владельца более или менее обширного государства. История этого института показывает также, что в нем было бы неправильно видеть какую-либо специальную форму организации аппарата централизованного государственного насилия. Дело, следовательно, не в том только, что число ханских тюленгутов было недостаточным, чтобы держать в подчинении подданных хана, а в том, что структура казахского государства, принципы организации в нем власти как власти децентрализованной и не предполагали наличие в руках представителя центральной власти — хана — такой силы подавления.

6. Войско¹²⁰

В качестве представителя центральной государственной власти казахский хан не мог опираться и на армию. Постоянной армии, этого важнейшего рычага государственного механизма централизованного принуждения, еще не существовало. Не была еще вполне развита и система феодальных дружин, предполагающая обязательную военную службу феодально-зависимых крестьян под знаменем своего помещика-феодала. Хотя несомненно, что отряды, ведомые биями и батырами, в XVIII в. во многих случаях по типу господствующих в них отношений были уже феодальными дружинами, однако добровольное участие в них удальцов, джигитов, стекающихся под знамя опытного «наездника»-батыра в чаянии добычи и воинской славы, было еще чрезвычайно значительно. За исключением тех редких случаев, когда для большой войны собиралось народное ополчение, в казахском войске большую роль играли воинственная молодежь и вообще ищущие воинской славы и добычи добровольцы. Вот как, например, А. Рязанов¹²¹ описывает создание отрядов султана Каратая. Он быстро и легко создал себе довольно значительные отряды, привлекая джигитов щедростью и перспективами легкой добычи при нападениях на беззащитные караваны. «По киргизским аулам разнесся воинственный клич: “садитесь на лошадей!” Тысячи вооруженных киргизов со всех сторон степи начали стекаться к султану Каратаю. В каждом ауле киргиз, приверженцев султана Каратая, собиралась партия джигитов, которая выдвигала из своей среды батыра или вождя. Это был лучший наездник или храбрец, снискавший себе репутацию военачальника во время вооруженных схваток с инородцами и в набегах на русскую линию. Киргизские партии, эти своеобразные боевые единицы, в конце концов могли составить большую конную армию» [325]. К сожалению, источники дают нам недостаточно данных для суждения о роли добровольности в формировании подобных отрядов. Правда, иногда в них прямо говорится о добровольном отправлении в поход. Например, о походе Аблая против киргиз владения старшины Ирдене-бека старшина Уразмамат дархан показывал, что Аблай, «собрал несколько подвластных своих таким, кои *самозвольно пожелали*, с тремя своими детьми выступил в поход» [326]. Но здесь, вероятно, речь идет о тех же «лучших людях», которые вскоре поссорились с Аблаем из-за дележа добычи и сорвали поход, уйдя

¹²⁰ В диссертации начинается на с. 389.

¹²¹ Рязанов А. Ф., историк, одним из первых начал специальное изучение движения протеста под предводительством Срыма Датова, использовал архивные материалы Оренбурга (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 36).

от Аблая, очевидно, со своими людьми, которых они привели. Казах Жултай Сапулатов в апреле 1747 г. с пытки показал, что он Жултай, узнав о том, что Девлет-бай с людьми своей «волости» в количестве 150 человек двинулся против калмыков, «собравшись с своей родней в 25-ти человеках пошли, а к ним еще пристали алчинцов и табынцов с 300 человек и главным де был у них вышеописанный Девлет-бай» [327]. В этом случае добровольность вступления Жултая в отряд Девлет-бая не вызывает сомнений. Но Жултай все же старшина, хотя и небольшого родового объединения «ведомства» Серке-Батыря.¹²² Следовательно, его «родня в 25-ти человеках», двинувшаяся с ним в поход, может быть вовсе не добровольцы, а подвластные.

Трудно вообще ждать, чтобы в источниках содержались непосредственные и прямые указания по вопросу о порядке формирования воинских отрядов. Как видно из приведенных примеров, в таких отрядах очень легко предположить типичную феодальную дружину с феодалом старшиною, батыром во главе, принудительно ведущим за собою «сородичей», подчиненных ему в порядке патриархально-феодальной зависимости. Можно было бы поэтому усомниться в том, что такие отряды часто составлялись на основе добровольного в них участия, как это описывает А. Рязанов, если бы общая картина казахского общества не свидетельствовала очень убедительно о живучести некоторых древнейших военно-демократических традиций, как, например, всеобщая вооруженность, выборность военных вождей, что особенно проявлялось при создании народного ополчения. Наличие таких традиций предполагает значительную роль добровольчества в организации вооруженных сил.

Для характеристики этой организации очень ценны сообщения Гавердовского. Он отмечает, что «военное ремесло» считалось у казахов делом благородным, вследствие чего «весь вообще народ оным занимается; кто в силах управлять оружием всегда должен носить при себе меч или, по крайней мере, нож и по первом призыве родоначальников являться в ополчение» [328]. В связи с этим следует вспомнить, что и постановления Тауке устанавливали как «священное правило», казах «не может без оружия появляться под открытым небом» [329], подобно тому, как и у осетин считалось позорным появление на людях безоружным [330]. Право предводительствовать воинами давалось «испытанной храбростью и предприимчивостью». Предводитель избирался «общим гласом народа».

Ополчение сохраняло еще внешние черты родового ополчения, т. е. каждый «род» выставлял самостоятельный отряд, имевший также значок-знамя, цветом соответствующее родовому знамени. Призыв

¹²² Так в оригинале.

к ополчению¹²³ исходил от «родоначальника», каким во времена Гавердовского мог быть и управляющий родом султан. «Родоначальник» воздвигал у своей юрты знамя, «тогда все могущие управлять оружием, как бы возбужденные от сна, хватались за оное.... Всюду раздавались крики наступающей войны, всюду в союзных аймаках поднимались также знамена, призывающие ратников, которые облекшись в твердую збрую на добрых конях летели к сонму товарищей, совокупленных под сими развещающими знаменами кровопролития. Стекшись в единое место, все разделялись по партиям, и каждая, составивши свой круг, выбирала из среды своей храброго и отважного начальника; наконец, сии избранные (сии) особы начали (назначали) из своего общества двух родовых предводителей известных опытностью и мужеством; один из них должен был представлять главу воинства или лучше сказать правителя совета, без которого никаких предприятий производить не позволялось, другому же поручалось хранение родового знамени» [331]. Гавердовский описывает, несомненно, не современный ему, а более древний порядок созыва ополчения. Все же, судя по отрывочным описаниям ополчения в «годы великого бедствия», порядок этот вполне характерен для XVIII в. Здесь важно отметить всеобщее вооружение свободных и несомненное наличие элемента добровольного участия в ополчении, само собою предполагающееся у воинов, которые хватаются по первому зову за оружие и мчатся на добрых конях к товарищам, чтобы вместе с ними выбрать себе храброго и отважного предводителя. Во главе ополчения, как видим, стоит военный совет, состоящий из выборных предводителей отдельных родовых соединений. Советом руководит избранный членами совета «глава воинства» или «правитель совета», полководец. Практика всенародного ополчения не вовсе умерла даже в начале XIX в. Такое всенародное ополчение пытался собрать под свое знамя Каратай в 1816 г., начиная борьбу за власть с ханом Ширгазы. По донесению атамана уральского казачьего войска Бородина¹²⁴, султан Каратай кликнул в это время клич, чтобы все казахи *от 7 до 70 лет* собирались к нему [332]. Трудно думать, чтобы Каратай рассчитывал формировать свое войско из 7-летних младенцев и 70-летних старцев. Он, очевидно, просто пустил в ход некую древнюю формулу созыва всенародного ополчения и не безуспешно, ибо к нему, действительно, устремились народные массы и около него собралось до 12 000 человек.

¹²³ В этом месте в оригинале находится титульный лист 2-го тома переплета с надписью: *С. Л. Фукс. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. (продолжение) Харьков 1948 г. (между л. 392 и л. 393).*

¹²⁴ Бородин Давыд Мартемьянович — генерал-майор, атаман Уральского войска, кавалер (МИКССР (1785–1828 гг.) Т. IV. С. 112, 263, 417).

Что касается современной ему военной организации казахов, то здесь Гавердовский достаточно определенно говорит лишь о «толпе, собравшейся для хищничества», т. е. об отдельных отрядах, собравшихся для какого-нибудь небольшого военного предприятия. Он отличает такие отряды от шашек грабителей или барымтовщиков, подчеркивая, что грабители и барымтовщики выступают без знамен, в то время как отряды, собранные для малой войны («для кровопролития»), выступают под знаменем. Но значки-знамена потеряли уже свое значение родового знамени: «Хотя значки еще употребляются, но не в каждом роде и отделении, а всякая толпа, собравшаяся для хищничества имеет оное при себе, несмотря на число и не наблюдая родового цвета» [333]. Отсюда ясно, что подобные отряды, формируемые для малой войны, не были уже объединением «сородичей», а составлялись из лиц, принадлежащих к различным родовым объединениям. Таким образом, момент принуждения членов разных родов к участию в военных действиях здесь не мог играть роли, поскольку такое принуждение всегда связано с патриархально-феодалной властью родоначальника. Перед нами, несомненно, очень типичный для XVIII в., даже для XIX в. пережиток военно-демократического строя: дружина удальцов, ищущих в частной, малой войне добычи и славы.

Все сказанное здесь о военной организации казахов дает лишь весьма отрывочное и неполное о ней представление. Но и сказанного вполне достаточно для того, чтобы уяснить, что войско не могло быть действующим в руках хана рычагом государственного принуждения в отношении его подданных. Ни всенародное ополчение, руководимое советом старшин, биев и батыров, советом, по Гавердовскому, выборным, ни отдельные отряды, создаваемые для малых войн, набегов и наездов, не находились в распоряжении хана. Он был для них в лучшем случае главнокомандующим, военным вождем, контролируемым биями и батырами. Хан, безусловно, не мог собирать воинов под свое знамя помимо воли старшин. Ни о какой «мобилизации», принудительной явке в войско по ханскому приказу не могло быть и речи. Всякий отряд, поступивший в распоряжение хана как руководителя военных действий, имел во главе родоначальника, бия, старшину или выбранного воинами батыра. Отряды эти становились под ханское знамя либо тогда, когда нуждались в его военном руководстве, либо тогда, когда хотели поддержать хана. В этом последнем случае они говорили ему, как сказали старшины Арынгазы: «Ты — наш хан, твоя честь и слава — наша честь и слава, а не чужая, не сторонняя и мы обязаны тебя защищать» [334]. Но совершенно ясно, что в подобных случаях войско является орудием политической власти старшин, а не хана.

7. Султаны¹²⁵

При рассмотрении механизма казахского государства необходимо определить роль султанов. Могут ли султаны рассматриваться как важное и необходимое звено казахской государственной организации, сосредоточили ли они в своих руках власть на местах, были ли орудием укрепления государственного единства? Нужно ли видеть в султанах наместников хана или его вассалов? Вопросы эти по-разному решаются для различных периодов истории Казахстана.

Выяснение роли султанов — задача достаточно сложная, опять-таки, главным образом, ввиду скудости материалов по этому вопросу, особенно до середины XVIII в. по указанию акад. В. Бартольда, «со времени узбеков в Средней Азии султанами, в противоположность ханам, называются не владетельные государи, а все члены ханского рода» [335]. Это положение остается верным и в XVIII, и в XIX вв. Нет никаких оснований видеть в султанах непременно феодалов-владельцев, хотя из рядов султанов и выделяются таковые. П. Рычков в «Описании о киргис-кайсацком народе» писал о том, что султанов много и многие из них бедняки, но что и эти «бедные солтанишки» пользуются некоторыми формальными преимуществами, «имеют председательство и некоторый род почтения» по сравнению с казахами, не принадлежащими к «белой кости», как бы знатны и богаты ни были последние [336]. Броневский отметил, что в то время, как небольшая часть султанов «первенствующие из них по большому роду, богатству и смышленности» «управляют волостями более или менее многочисленными», *большая часть* султанов «живут с несколькими слугами своими теленгутами и ничем не управляют» [337]. Как мы уже упоминали, сибирская администрация считала возможным утверждать, что «султан не более значит, как наш деревенский староста», и это даже в отношении тех султанов, которые состояли во владельцах [338]. «Малые преимущества» султанов, носящие чисто внешний, формальный характер, особое приветствие и т. п., отмечает и д'Андрэ [339]. При Красовском уже исчезают и эти внешние преимущества султанов. По Красовскому, население хотя и отличает еще султанов, но редким из них оказывает даже и наружные знаки почтения [340].

Итак, султанов вообще нельзя отождествлять с владельцами-феодалами, хотя среди них таковых было много. Но еще больше, по Броневскому, большинство, было «бедных солтанишек». Конечно, в рядах господствующих сословий каждого феодального общества всегда можно

¹²⁵ В диссертации начинается на с. 397.

найти обедневшие, деклассированные по существу слои, сохраняющие свои сословные привилегии, совершенно не соответствующие их экономическому положению. Это не меняет лица данного сословия в целом. Что же касается казахских султанов, то здесь дело обстоит иначе. «Бедные солтанишки» представляют собою не меньшинство, а большинство. Султанов в целом считают возможным приравнять к деревенским старостам. Наличием «малых преимуществ» чисто внешнего порядка характеризуют положение султанов вообще. Такое положение заставляет задуматься над тем, не есть ли общепринятая характеристика султанов как феодалов-владельцев результат того, что положение отдельных султанов, фигурирующих в источниках (а в них, конечно, нашлось место только для султанов владельцев-феодалов), механически распространено на султанов в целом. Большую роль в формировании этого взгляда на султанов должно было сыграть и то обстоятельство, что литературные взгляды по данному вопросу сложились в XIX в. под влиянием политики царизма, стремившейся некоторое время возвысить султанов до роли казахского дворянства, закрепить за ними административное руководство и земельную собственность, в чем достигнуты были немалые успехи, особенно в связи с развитием феодального землевладения [341].

Крупнейший знаток Казахстана Чокан Валиханов решительно отрицает роль султанов как господствующего сословия до конца XVIII в. В «Киргизском родословии» Валиханов писал: «Султаны значением своим в последнее время обязаны хану Аблау, который несколько раз разбил народное ополчение... и тем уничтожил ограниченность власти...» [342]. Для времени, предшествовавшего возвышению султанов при Аблае, Валиханов считал роль султанов совершенно незначительной. Он утверждает даже, что в смысле влияния тогда «султаны не значили ничего». В своих трудах Валиханов не дал определенного ответа на вопрос о действительной роли султанов в истории казахов, однако некоторые его замечания, сюда относящиеся, дают ключ к правильному решению вопроса. Так, приводя казахскую пословицу: «без султанов не может быть народа, как без поддержки не может стоять юрта», Валиханов противопоставляет ей поговорку: «султаны наши рабы» и разъясняет, что народ сравнивает султанов с рабами, которым поручено оберегать стадо, видит в них людей, поставленных для того, чтобы пугать своим присутствием врагов. Таким образом, Валиханов подтверждает, что традиционное признание «необходимости» султанов вытекает не из их роли феодалов-владельцев, а из роли военных предводителей.

«Известие о киргис-кайсацком народе, сочиненное в коллегии иностранных дел» соответственно видит «едва ли не одно преимущество»

султанов «только в том, что буде бы случилось когда двум или трем родам соединиться для одного намерения, а в одном из сих родов прилучится солтан или хан, он на то время и протчими киргис-кайсаками повелевать может» [343]. Все это показывает, что источником привилегированного положения «белой кости» было признание необходимости в ханах и султанах для ведения войн, для руководства в военных столкновениях. Против такого понимания роли султанов может быть выдвинута ссылка на сообщение Рузбехана, которое гласит: «Каждый казахский улус возглавляется одним султаном из рода Чингис-хана; каждый из них останавливается согласно ясы на тех землях, которыми владели его предки, начиная от Джучи и до Шейбани-хана; порядок пользования летними и зимними пастбищами тоже такой же» [344]. Отсюда можно было бы сделать вывод, что султаны в XVI в. стоят в качестве владельцев во главе отдельных улусов, по отношению к зимовкам и летовкам которых являются наследственными владельцами. Они рисуются здесь, к тому же, прямыми продолжателями той феодальной государственной организации, которая возникла на развалинах империи Чингис-хан. Ссылка на ясу как основание их наследственных владельческих прав может иметь в виду известное завещание Чингиса о переходе каждого улуса по наследству к одному из сыновей [345]. Это принцип индивидуальных наследственных прав отдельных царевичей на отдельные улусы империи — чисто феодальный принцип, заменивший после распада империи совместное государственное господство «золотого рода» Чингис-хана под властью самого «великого кагана». Власть султанов-чингизидов, султанов-джучидов, как продукт двух-трех веков феодального развития государств, на которые распалась империя Чингис-хана, должна была быть властью феодала-сеньора. Но не следует все же упускать из виду, что феодальные отношения у кочевников-монголов, как правильно отмечалось уже в нашей литературе, развились лишь в связи с захватом монголами государств с развитым феодальным строем, базировавшимся на земледелии [346]. Султаны-джучиды стали носителями принципов феодальной государственности, поскольку таковая развивалась в улусе Джучи на базе оседлого земледелия. В Казахстане на базе кочевого скотоводства, при отсутствии до конца XVIII в. феодального землевладения, эти принципы феодальной государственности не имели под собою достаточной и прочной почвы. Нужно считаться с тем, что приведенное сообщение, рисующее казахских султанов феодальными владельцами улусов, относится к кочевьям по Сыр-Дарье с наличными здесь значительными элементами городской жизни и оседлого земледелия и не характерно для положения султанов в глубине казахской степи. Вполне вероятно, что и во времена Рузбехана джучидские султаны

в Казахстане не всюду пользовались сеньоральной в полном смысле этого слова властью. Во всяком случае, сообщение Рузбехана недостаточно для того, чтобы обосновать понимание казахских джучидов как феодалов-владельцев. В положении Рузбехана даже естественно было приписать джучидам-султанам в Казахстане ту же власть, которая принадлежала им всюду, где они властвовали в оседлых районах.

Источники XVI–XVII вв. не дают возможности конкретизировать характер власти султанов по отношению к родовым объединениям. Сообщение Рузбехана стоит одиноко. С уверенностью можно, однако, утверждать, что султаны принимают участие во всех крупных военных мероприятиях хана в качестве предводителей отрядов. Разбив Хакназара на Эмели, Рашид-хан¹²⁶ захватил и предал его смерти вместе с султанами, а в виде трофеев захватил «знамена и значки потомков Джучия» [347]. Что на султанов смотрели, как на военных предводителей, это видно и из того, что сам Рузбехан как бы отождествляет их с батырами, т. е. с военной знатью, говоря о вторжении казахов, «среди которых были сын Джаныш-султана, Ахмед-султан¹²⁷, много казахских батыров и других султанов» [348]. Имеются и другие соображения, заставляющие думать, что во времена Мухаммед-Хайдера и Рузбехана султаны-джучиды базировали свое господство над подвластными им родами преимущественно на своей роли военных вождей в предприятиях по защите казахских кочевий и в нападениях на соседей. По сообщению Мухаммед-Хайдера, после бегства джучидских султанов Джанибека и Гирея в Моголистан за ними добровольно последовала масса казахов-кочевников, заложив, таким образом, основу нового государства. Совершенно невероятно, чтобы массы феодально-зависимого населения добровольно двинулись за своими бежавшими сеньорами. Напротив, население, нуждающееся в военном организаторе и вожде, могло добровольно последовать за играющими эту роль джучидами. Это же население с исключительной легкостью много раз, как сообщает тот же Мухаммед-Хайдер, покидает своих султанов, оставляя их без подданных и без державы. Правда, у Мухаммед-Хайдера речь идет в этом случае о ханах, но вряд ли можно сомневаться, зная, как легко всегда казахи меняли своих владельцев путем простой откочевки

¹²⁶ Здесь имеется в виду сражение на р. Эмели (совр. Восточный Казахстан) Хакназар хана и правителя Кашгара Абд ар-Рашид хана в 1560 г. (см.: История Казахстана. Т. 2. С. 379, 386).

¹²⁷ Жаныш-султан, сын Жаныбек-хана. В XVI в. Туркестан был частично захвачен Жаныш-султаном и присоединен к Казахскому ханству. В 1509 г. его улус был разграблен узбеками. Сын Жаныш-султана Ахмад-султан попал в плен и был убит (см.: История Казахстана. Т. 2. С. 372–373).

от них, в том, что власть султанов была столь же непрочной, как и власть ханов. Подобного рода непрочность власти, незакрепленность ее совершенно не соответствует представлению о власти феодала-сеньора: несвобода подвластных, обеспеченность внеэкономического принуждения есть неотъемлемый элемент отношений феодальной зависимости. Поэтому, как бы стары ни были феодальные традиции джучидских султанов, выработанные в оседлом государстве — Золотой орде¹²⁸, их действительное отношение к подданным кочевникам в Казахстане, как видно, сложилось по-иному. Султаны могли сохранять свою власть и влияние в подвластных им казахских улусах лишь до тех пор, пока успешно выполняли функции военных вождей. Они были в эту пору не столько феодальными владельцами, сколько атаманами-предводителями, объединявшими под своими знаменами, «значками потомков Джучия», джигитов или народное ополчение подвластных им родов; хан же был верховным вождем.

Такой вывод, обоснованный приведенными материалами и соображениями, вполне соответствует также ранее установленному факту отсутствия в Казахстане до конца XVIII в. феодального землевладения и зависимости по земле (см. главу II). То, что султаны не были властвующим сословием, косвенно подтверждает М. П. Вяткин, отмечая, что могущество знати «белой кости» было подорвано еще смутами XV в. [349]. Далее ясно, что только таким образом можно понять упадок значения «белой кости» в казахском обществе в начале XVIII в., который связывают с банкротством представителей этой ханско-султанской группы в деле защиты казахов от ойротского нашествия. Если бы аристократия «белой кости» действительно представляла бы собою класс феодальных владельцев, имеющий прочные экономические основы своего господства, то беспомощность ее в деле защиты родины не могла бы поколебать ее господствующее положение в обществе. Неспособность русских князей защищать Русь от жестокого монгольского ига не устранила их прочное господство внутри страны, и они сохранили это господство даже под властью монголов. Если военное банкротство «белой кости» повлекло за собою ее политическое банкротство, значит, политическое господство «белой кости» не имело прочных экономических оснований в отношениях феодальной собственности. Нельзя также

¹²⁸ Золотой Ордой в истории называют государство Бату (Саин)-хана, сына Джучи-хана. Понятие «Золотая Орда» неоднозначно (см.: *Юдин В. П.* Орды: Белая, Синяя, Серая, Золотая... // Утемиш-хаджи. Чингиз-наме. Факсимиле, перевод, транскрипция, текстологические примечания, исследование В. П. Юдина. Подготовила к изданию Ю. Г. Баранова. Комментарии и указатели М. Х. Абусейтовой. Алма-Ата: Ғылым, 1992. С. 32, 33; История Казахстана. Т. 2. С. 78).

согласиться с мнением М. П. Вяткина, что политическое господство «белой кости» в Казахстане было ослаблено феодальной раздробленностью в начале XVIII в. [350], ибо политическая власть феодалов усиливается, а не ослабляется в результате феодальной раздробленности. Бесспорно, что в рядах султанов находились многочисленные крупные феодалы, экономическим базисом господства которых была концентрация в их руках огромных стад. Но султаны, как таковые, в большинстве своем не были ни феодалами-вассалами хана, ни его наместниками-управителями. Их власть в родовых объединениях основывалась на том, что их поддерживала родовая, патриархально-феодальная знать как военных предводителей казахского народа в его столкновениях с соседями. Стоило им только в начале XVIII в. споткнуться на этом поприще, обнаружить свою неспособность обеспечить надлежащую военную организацию, как весь господствующий класс в целом, т. е. казахские старшины, бии и батыры, до сих пор поддерживающие традиционную власть джучидов, подчинявшиеся этой власти, хотя и контролировавшие ее, уверенно отстранили ханов и султанов, взяли в свои руки оборону страны от ойротского нашествия и блестяще справились с этой задачей. Однако, охраняя неприкосновенность всего веками сложившегося патриархально-родового быта как условия своего собственного господства, щадя вековые традиции, старшины, бии и батыры сохранили по-прежнему власть ханов и султанов, еще более ослабив при том ее реальное значение. В этом смысл приводимой Валихановым поговорки, что «без султанов не может быть народа», сочетаемой с поговоркой: «султаны — наши рабы».

Усиление роли султанов как феодалов-владельцев и ханских наместников относится ко второй половине XVIII в. Чокан Валиханов, отметивший это усиление, связал его, как мы уже видели, с деятельностью хана Аблая, а именно с тем, что, разбив народное ополчение, подавив сопротивление старшин, Аблай «уничтожил ограниченность власти». Следовательно, в результате деятельности Аблая султаны могли возвыситься не как феодалы-собственники, опирающиеся на собственное могущество, а как ханские наместники. Это выясняется также из сообщения Валиханова, что Аблай ввел систему наместничества, разделив поколения Среднего и Старшего жуза между своими сыновьями-султанами, которых было 71 [351]. Стремление ввести систему наместничества, с использованием султанов в качестве наместников, присуще было не одному Аблаю. Это общая тенденция второй половины XVIII в. С другой стороны, развитие именно в это время феодального землевладения должно было усилить и роль султанов как феодалов-собственников, вассалов хана. И все же, несмотря на то, что султаны в качестве

владельцев насаждались ханами сверху и выростали на почве феодального развития, они не стали монополистами владельческой функции, им не удалось оттеснить феодалов из родовой знати. Как при Абульхайыре, так и при Нуралы и его преемниках высшая власть в одних родах принадлежала султанам, в других старшинам, от султанов вовсе независимых. По донесению Неплюева 15 мая 1747 г., «казахи выбирают себе владельца *или* старшину» и «оного придерживаются» [352]. Герман¹²⁹ в статье «О киргизцах», опубликованной в 1821 г., также указывает, что «старшинами над собою или частными в орде родоначальниками, произвольно возводят они: или султанов... или богатейших между своими одноплеменниками» [353]. По Броневскому, бии «вообще пользуются большею доверенностью народа, нежели солтаны». Есть даже целые волости, находящиеся под управлением биев, где султаны не участвуют в управлении [354]. В то же время во многих случаях султан-владелец осуществляет власть одновременно с бием-старшиною. Так, П. Рычков сообщает, что из султанов «нередко выбираются в поколениях и родах киргизских *сверх старшин* правители, коих они называют и владельцами» [355]. Таким образом, султаны не монополизировали функцию «владельцев» даже в пору своего усиления и лишь конкурируют с родовой патриархально-феодальной знатью в качестве претендентов на власть в родовых объединениях.

Политика казахских ханов, стремившихся устранить от власти на местах старшин и передать эту власть в руки своих наместников-султанов, способствовала усилению позиций султанов как владельцев, но не увенчалась решительным успехом. Аблаю после разгрома старшинской оппозиции, может быть, действительно, удалось разделить своих подданных между 71 сыновьями-султанами, хотя кроме краткого сообщения Чокана Валиханова, мы не знаем источников, которые подтверждали бы, что это мероприятие было практически успешно реализовано. Но здесь, по крайней мере, налицо были политические предпосылки для этого в виде подавления сопротивления старшин. В первой половине XIX в. такую административную реформу провел в Букеевской орде хан Жангир, который «заменил старых родоуправителей молодыми людьми из султанов и своими ближайшими родственниками» [356]. Но он мог сделать это только при помощи царизма. Что же касается других ханов, то установление султанов-наместников оставалось в основном их политической мечтой, осуществить которую они были не в силах, как не в силах были преодолеть власть старшин. Абульхайыр мог, как

¹²⁹ Герман Ф. И., чиновник Оренбургского ведомства, писал о патронатно-клиентельных отношениях (см.: *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик. С. 49).

мы уже видели, мечтать о том, чтобы «стариков противных всех уходить», «искоренить», «переказнить», а вместо них назначить указом новых родоначальников из «молодых», имеющих перед ханом «великой страх» [357]. Нуралы, по донесению Гуляева, просил русское правительство построить ему с матерью и братьями городок-резиденцию на Илеке, где он бы мог находиться «безвыездно зимой и летом». Традиционный вековой способ ханского управления, заключающийся в том, что летом хан сам объезжал степь, осуществлял суд и расправу, Нуралы пожелал заменить новым, т. е. править через султанов: «А братьев своих по разным улусам управителями бы распределил и через то бы в орде лучшие порядки и исполнение по указам производил» [358]. Здесь нужно подчеркнуть, что управление через султанов-наместников не было традиционным способом осуществления власти хана. Свое желание перейти на проживание в оседлом центре и управлять через султанов Нуралы мотивирует необходимостью коренной административной реформы, чтобы преодолеть слабость власти казахского хана в сравнении с властью калмыцкого хана и обеспечить таким образом возможность надлежащим образом выполнять распоряжения русской администрации. Своих султанов-наместников он хотел противопоставить старшинам, ограничивавшим его власть, как и власть его отца, который, как мы видели, назначение новых родоначальников из «молодых» мыслил себе только в результате кровавого государственного переворота, во время которого будет вырезана родовая знать.

Новизна института султанов-наместников отражена также в письме губернатора Мансурова¹³⁰ султану Есыму¹³¹. Получив сообщение, что Есым поставлен отцом «для управления Байулинских родов», Мансуров 19 сентября 1777 г. писал Есыму, что «сие учреждение полезно быть может не одним только тех родов киргисцам, но генерально и всей орде» [359]. Вряд ли Мансуров так высоко оценивал личность султана Есыма. Выражаемая им надежда, что такое назначение может оказаться полезным «генерально всей орде», относится, конечно, к тому, что хан при помощи сыновей-наместников начинает прибирать к рукам управление отдельными родами, бывшее в руках своевольных старшин.

При поддержке царского правительства Нуралы, в конце концов, удалось рассовать своих родственников-султанов по отдельным казахским

¹³⁰ Мансуров, русский офицер, полковник, исполнял обязанности генерал-губернатора Оренбурга.

¹³¹ Есим-султан, позднее хан — сын Семеке (Шахмухамеда)-хана, владел городами на Сырдарье, был союзником Срыма Дагова, позже отошел от него, участвовал в военных столкновениях казахов с калмыками в 1726 г., туркменами-йомудами в 1766 г. (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 188, 230, 251, 272).

родам в качестве «владельцев». о Нуралы Георги сообщает: «Все его князьки или сыновья, кроме двух самых младших, женаты на дочерях знатнейших киргизцов и сами уже старшины волостей и обеих ордах, и по ним то и сам хан был силен» [360]. Но это вовсе не значит, что ему удалось перестроить управление своими подданными на началах наместнических. Это не значит также, что султаны, стоящие во главе казахских родов, были феодалами, владельческие права которых базировались на землевладении или собственности на скот. Это делается ясным, если присмотреться к порядку помещения султанов на владельческие места в родовых объединениях. Они не назначались ханом, как графы и сацебароны у франков или шерифы у англосаксов. Их приглашала, принимала к себе родовая, старшинская знать, без согласия которой они не могли стать во главе рода.

В литературе вопрос этот является спорным. М. П. Вяткин подвергает серьезному сомнению выборность владельцев, говорит о «выборности» в кавычках и полагает, что «феодальный принцип пожалования в жизни возобладал над старым общинным принципом выборности», что последний в XVIII в. «фактически принадлежал к отмершим институтам» [361]. Источники, на которые М. П. Вяткин опирается в этом случае, на наш взгляд, не подтверждают высказанное им мнение. Сам М. П. Вяткин отмечает, во-первых, что некоторые из приводимых им примеров «пожалования» владения осложнены отношениями внешнеполитическими, т. е. зависимостью Казахстана от царской России или от Джунгарии. Галдан-Церен либо царская администрация, пользуясь своей властью, могли назначать на владельческие посты кого и как им было угодно. Нельзя видеть в легкости, с какой это им удавалось делать, убедительное доказательство того, что пожалование владельческого поста со стороны сюзерена было для казахов делом обычным. Если, например, царизму легко удалось сделать хана своим агентом, то ведь это вовсе не значит, что в казахских традициях было иметь хана — чужеземного агента. Сила царизма ломала традиции казахской государственности, и казахским старшинам приходилось просто считаться с этим фактом.

Не более убедительной является история попытки Абулмамбета «учредить» в Киреевском роде своего сына Булата¹³² вместо Эрали, сына Абульхайбра. В этой попытке посадить сына своего Булата владельцем в Киреевском роде и в замечании источника, что «Эрали не своим владеет, а по отце его», М. П. Вяткин видит одно из доказательств господства феодального принципа пожалования владельцем и отмирания

¹³² Болат-султан, сын Абулмамбет-хана, делил власть в Туркестане и среднем течении Сырдарьи с Есим-ханом (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 254, 272).

выборности. Однако из источника — «сказки» Лапина и Мансура Асанова¹³³ 30 августа 1743 г. — видно, во-первых, что незадолго до этого во время башкирского бунта киреевцы просто прогнали от себя бывшего тогда еще султаном Абулмамбета, «сюзерена», теперь «жалующего» им в качестве владельца своего сына; во-вторых, чтобы добиться принятия Булата владельцем, Абулмамбет барымтует, отгоняет у киреевцев 100 лошадей. Тогда «подданные» делают вид, что соглашаются принять в султаны Булата, чтобы вернуть лошадей, однако по прибытии к ним хана «они его хана нимало не почтено приняли» и решительно отказались расстаться с Эрали и принять в султаны Булата. Вместо этого они снабдили Абулмамбета советами и сведениями об улусах, «к которым оного сына своего определить может и тако де, как Эрали салтан, так и сын его (т. е. Булат) содержанием своим довольны будут» [362]. Мы подробно остановились на деталях этого помещения во владельцы. То, что здесь происходит, гораздо больше похоже на попытку устроить сына на службу в качестве султана в киреевский род с согласия старшин, нежели на пожалование ему во владение киреевского рода. Абулмамбет прекрасно знал, что согласие старшин есть основное необходимое условие, чтобы сын его стал султаном в киреевском роде, что сам он не волен «жаловать» Булата в султаны. Ему оставалось только ухватиться за третью силу, за царскую администрацию. Он и грозил, что если киреевцы не примут Булата, «то он его пошлет к генералу, чтоб о том ему указ отсель выправить».

Как понять замечание источника, что «Эрали салтан не своим владеет, а по отце его», и тот факт, что он после убийства отца его Абульхайыра потерял поддержку старшин и киреевское владение. Значит ли это, что Эрали держался в киреевском роде волею Абульхайыра, а не волею тех же старшин, что Эрали получил киреевский род от отца в удел или был в нем наместником отца? Нет, не значит. Старшины всякого рода, принимая, приглашая султана, стремились иметь султана из сильной и многочисленной султанской фамилии, ибо такой султан лучше обеспечивал защиту интересов рода, для чего его, как мы выше видели, и принимали. Убийство Абульхайыра нанесло тяжелый удар влияния и мощи этой семьи, породило в ней страшную растерянность. Убийца Барак стал серьезным претендентом в ханы, что грозило гибелью, во всяком случае, политической, фамилии Абульхайыра. Вдова его и сыновья, как сообщал в рапорте Гуляев, впали в панику, на семейном совещании плакали, опасаясь, что теперь они «яко зайцы по разным островам разбиться могут», так как казахи их не слушают [363]. Особенно

¹³³ Мансур Асанов — переводчик.

шатким должно было быть положение представителя этой фамилии в Среднем жузе, где Барак пользовался поддержкой и влиянием. Естественно, что Эрали, как султан-владелец, уже не представлял собою в этот момент ценности для киреевских старшин, не мог рассчитывать на их поддержку и поспешил «домой» в Младший жуз. Источником, в более прямой форме подтверждающим господство феодального принципа пожалования владений, М. П. Вяткин считает «сказку» Тюкана Балтасева¹³⁴ 30 мая 1744 г. В ней сообщается, что, после того, как на совете решено было не допускать казахов «к воровству и противностям под российские места», Барак «всех в его ведомстве состоящих улусных людей, розделя под ведомство знатым людям, обязал их в том поручительством» [364]. Если М. П. Вяткин приводит эту «сказку» в доказательство возобладания феодального принципа пожалования, то он, очевидно, считает, что Бараку тут же на совете удалось провести коренную государственную реформу, заключающуюся в том, что он поставил своих наместников во все улусы, т. е. совершил переворот, о котором, как мы видели, мог только мечтать Абульхайыр и успешное осуществление которого, лишь после разгрома старшинской оппозиции, без особенной даже достоверности приписывается самому могущественному хану Аблаю. Такое истолкование источника следует признать более чем рискованным. Без долгой и успешной борьбы со старшинами даже более сильный владелец, нежели Барак, не смог бы поставить во все подвластные ему улусы наместников. В «сказке» Балтасева речь идет, очевидно, о гораздо более скромном и весьма распространенном мероприятии: об установлении ответственности наличных старшин и султанов за прекращение набегов на границе с Россией. Если здесь и говорится о разделе улусных людей «под ведомство знатым людям», то потому, должно быть, что ответственность эта не механически возлагалась на каждого старшину и султана за свой род, отделение и т. д., а выделялись для этого старшины и султаны, сильные и влиятельные, способные удержать от набегов и своих соседей. Подобная индивидуализация ответственности султанов и старшин перед царской администрацией, с указанием для этого наиболее влиятельных лиц, а не всех вообще владельцев хорошо известна в практике казахских ханов. Например, через четыре года после описанных событий Абульхайыр в письме к Тевкелеву 17 августа 1748 г. сообщал о распределении между старшинами ответственности за захваченное казахами имущество: «А за Среднюю де Орду ответственвал бы Джанбек-тархан, а Байулинского роду

¹³⁴ Тюкан Балтасев — служилый башкир (см.: *Ерофеева И. В.* Хан Абулхайр: полководец, правитель и политик. С. 275).

окончали бы дела обретающиеся при сыне моем Нуралы салтане старшины Байсав бий и Утявляев бий и все да семиродские дела окончать может Ишетъ батырь и Тюлебай-бий» [365]. «Сказка» Тюкана Балтасева просто смешивает распределение между владельцами улусов с распределением ответственности за поддержание спокойствия на границе.

Таким образом, приведенные М. П. Вяткиным источники не могут считаться убедительным доказательством защищаемого им положения, что в отношении владельцев-султанов «феодальный принцип пожалования в жизни возобладал над старым общинным принципом выборности». Напротив, многие свидетельства источников прямо опровергают мнение, что выборность владельцев (речь идет, конечно, о выборе султанов старшинами, родовой знатью) была в XVIII в. «отмершим институтом». Например, Путинцев в записке «О киргиских законах» 1809 г., т. е. уже в очень позднем источнике, говоря о султанском управлении, делает специальное примечание следующего содержания: «Солтаны отходят в другие волости не иначе, как по приглашению тех, которые принять к себе намерены, а не по распоряжению самих солтанов» [366]. Даже еще позже в статье, опубликованной в 1821 г., Гермин писал, что казахи «произвольно возводят», т. е. набирают, приглашают в родоначальники султанов и сменяют их при утрате ими богатства и влияния [367]. В XVIII же веке мы постоянно встречаем указания на то, что султаны выбираются, приглашаются, одобряются старшинами. Мы уже видели, что согласие старшин предполагалось необходимым для принятия к киреевцам султана Булата. Нуралы настойчиво продвигает своих сыновей и родственников во владельцы разных родов, но делает это каждый раз с согласия старшин соответствующих родов. В письме к Рейнсдорпу от 7 февраля 1776 г. он пишет: «на основании согласия киргиз-казаков я приказал своему сыну Бек-Али султану быть начальником среди рода Тана» [368]. Георги сообщает, что «некоторые улусы Средней орды *избирали* себе начальников из числа салтанов Нур-Галия¹³⁵» [369]. Власть Нуралы в Среднем жузе была незначительна, и, следовательно, здесь действительно не могло быть назначения, могло иметь место только приглашение. «Вмещение» султанов производилось путем подкупа старшин. Нуралы жалуется на то, что Батыр-султан подкупает казахов на хивинские деньги, «дачами своими их обольщает» и таким путем «из детей своих... в такие улусы вмещает, которые прежде сего Нуралы хана и братьев его придерживались, как то одного Худай-Мендея¹³⁶ семиродского народу в Табынский род точно уже

¹³⁵ Здесь имеется в виду Нуралы-хан.

¹³⁶ Худайменды-мурза одним из первых вместе с Абулхаир-ханом присягнул на верность Российской империи в 1731 г. (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 160).

и *приняли*». Далее сообщается, что в Алчинском роде находится Карабай-султан, «которого от него Батыря *сами того роду биш взяли*, токмо он в том роде еще не утвержден» [370].

Помимо этих показаний источников, относящихся к конкретным случаям «вмещения» султанов и потому особенно ценных, мы располагаем рядом общих характеристик порядка «вмещения», как избрания султана. Некоторые из них уже приведены выше. Можно отметить еще указание Рычкова, что «сверх старшин» «правители» в поколениях и родах «*выбираются*» из небогатых султанов [371], и донесение Неплюева 15 мая 1747 г., говорящее, что «всяк, по своей склонности *избирая* себе владельца или старшину, оного придерживается» [372]. Все источники согласно подчеркивают и другую сторону вопроса, связанную с избранием, принятием, приглашением султана старшинами, а именно зависимость султанов от родовой знати, безвластие их. В том же донесении Неплюева указано, что из владельцев «ни один не только совершенной власти, но ниже прямой команды не имеет». Это замечание об отсутствии у султана «прямой команды» особенно характерно. Речь идет не о большем или меньшем объеме власти султана, а о том, что он в принципе не может распоряжаться в «подвластном» ему роде, потому что такое право распоряжения принадлежит избравшим, принявшим его старшинам. Эта же мысль прямо сформулирована в «Известии о киргис-кайсацком народе, сочиненном в коллегии иностранных дел». Султаны, «пребывая они в своих родах по толику каждой из них над своим властвуется, поколику лучшие к тому роду принадлежащие люди на что либо согласятся» [373]. Итак, следовательно, султан, как правило, не наместник, посылаемый ханом для управления подданными, это еще реже феодальный сеньор, источник власти которого находится в нем самом, в его богатстве, в зависимости от него его вассалов. Султана приглашают, принимают, «берут» старшины и «лучшие люди» как новгородские бояре приглашали князя, с тем только существенным отличием, что в XVIII в. и особенно к концу его значение султана как военного вождя серьезно упало. Больше ценилась теперь его принадлежность к многочисленной и влиятельной султанской фамилии, потому что это создавало гарантию поддержки со стороны такой фамилии в случае междоусобных столкновений. К концу XVIII в. старшины могли искать в нем также и полицейскую силу, потребность в которой все возрастала в эпоху, когда патриархально-родовые начала господства начинали разлагаться и самим старшинам все труднее становилось удерживать власть над сородичами методами патриархального воздействия. Но переоценивать полицейскую роль султанов не приходится. Они настолько не располагали силой полицейского принуждения, что не в состоянии

были обеспечить вынесение собственных приговоров и решений. По Путинцеву, «решение солтанское исполнить остается на воле ответчика» [374]. Султаны, конечно, подобно хану, имели своих тюленгутов, но они еще в большей степени, чем это показано выше в отношении ханских тюленгутов, были только служителями султанского двора, а не органом государственного принуждения. Старшины не предоставляли султанам власти, не давали им «прямой команды», которую сохраняли в своих руках. Их идеал султанской власти тот же, что и идеал власти ханской: «Желают остаться при древнем обыкновении, — доносил Игельстром, — иметь хана, отделя только его от управления народом» [375]. Султан, как и хан, должен был «царствовать», но не управлять. К тому же, как уже отмечалось, султаны сохраняют свою власть лишь до тех пор, пока это соответствует требованиям знати. В описании поездки Пospelова и Бурнашева в Ташкент по этому поводу замечено: «Нередко, буде власть султанов не отвечает желанию или общим мнениям киргиз-кайсаков, то они принудят таковых удалиться, избирая себе другую власть» [376].

Все это заставляет согласиться с мнением Чокана Валиханова о незначительной политической роли султанов. Показательно, что царизм в своей политике овладения Казахстаном не придавал султанам, как возможной своей опоре, самостоятельного значения, ориентируясь либо на ханов, либо на старшин и используя борьбу между этими основными претендентами на власть. Султаны, как агенты царской колонизаторской политики, стали играть видную роль уже на развалинах казахской государственности, когда из их среды, из среды местного «дворянства», царская администрация в XIX в. стала подбирать руководящие кадры русских чиновников казахской национальности. Взгляд, согласно которому султаны в своем значении стали усиливаться только во второй половине XVIII в., подтверждается также и тем, что и феодалы из их рядов стали вырастать только в это время. Только во второй половине или даже в конце XVIII в. землевладельческие отношения получают значительный удельный вес в экономике Казахстана в связи с переходом к аульному кочеванию [377] и одновременной экспроприацией у казахов пастбищных земель. П. Румянцев считает, что с середины XVIII до середины XIX в. происходит оседание родов, связанное с возникновением частной земельной собственности [378]. Власть султанов как феодально-земельных собственников могла развиваться лишь на этой почве, обращение ими общинных пастбищ в свою феодальную собственность имело место с помощью царского правительства. Подчеркивая зачаточное состояние феодального развития до середины XVIII в., Румянцев правильно утверждает, что «султаны никогда не пользовались большой властью» [379].

Таким образом, все, что мы знаем о роли султанов в Казахстане до середины XVIII в., говорит против предположения, что султаны были ханскими наместниками. Они не были и вассалами хана и, безусловно, не были его пленниками. Они больше зависели в своем положении владельцев от принявших их старшин, нежели от хана, который мог сделать их султанами-владельцами лишь с согласия старшин и «лучших людей». Они не могли быть орудием централизации власти. Они не располагали основными рычагами государственного принуждения, как местная власть. Они, как и хан, не принадлежали к числу решающих звеньев машины государственного принуждения.

8. Налоги¹³⁷

Неразвитость всей государственной организации казахов, дающая основание говорить о «зачаточных формах» казахского государства [380], эмбриональное состояние государственной машины характерно дополняются отсутствием сколько-нибудь развитой и упорядоченной налоговой системы. Налоги — необходимый элемент всякой зрелой государственности, ибо они нужны для того, чтобы содержать государственную машину. Чем более развит государственный аппарат, чем мощнее машина государственного принуждения, тем более развитой должна быть система налогов, создающая средства для *постоянного* ее содержания. Отсюда определенность размеров, всеобщность обложения, из которой допускаются лишь исключения в пользу господствующего класса и, конечно, принудительный характер взыскания — являются необходимыми элементами всякой действительно налоговой системы. Эти элементы в казахском государстве развиты настолько слабо, что позволяют говорить о наличии у казахов в XVIII в. лишь зачатков налогового обложения, о попытках введения такового. Между тем в исторической литературе данная важная особенность казахской государственности недостаточно подчеркивается; напротив, здесь часто *безоговорочно* утверждают, например, что хан взимал с населения налоги, в частности «ушр»¹³⁸ и «закят»¹³⁹ [381]. Тем самым создается

¹³⁷ В диссертации начинается на с. 426.

¹³⁸ «Ушр» — налоговый платеж по мусульманскому праву, как правило, в размере десятины (1/10) (см. подробно: *Абу Йусуф Йакуб б. Ибрахим ал-Куфи*. Китаб ал-Харадж (мусульманское налогообложение) / Пер. с арабск. СПб.: Петербургское востоковедение, 2001. С. 234–242 и др.).

¹³⁹ «Закат» или «закят» («садака») (каз. зекет, садака) — налог в пользу нуждающихся мусульман по мусульманскому праву (см. подробно: *Абу Йусуф Йакуб б. Ибрахим ал-Куфи*. Китаб ал-Харадж (мусульманское налогообложение) / Пер. с арабск. СПб.: Петербургское востоковедение, 2001. С. 93–97 и др.).

еще одна необоснованная предпосылка для переоценки зрелости казахской государственности. В XVIII в. существовали следующие повинности населения в пользу ханов и султанов: обязанность давать хану долю военной добычи, обязанность содержать хана при разъездах его по степи (постоянная повинность), обязанность поставлять хану мясной скот осенью («сугум»¹⁴⁰) или мясо весной («шибага»¹⁴¹), подносить «подарки», отдавая ему понравившиеся ему вещи, что превращалось в произвольные поборы; подданные участвовали в уплате ханом калыма при женитьбе ханских сыновей и в снабжении и снаряжении этих сыновей при отправке их в аманаты-заложники¹⁴², делали хану всякого рода не регламентированные «подношения» и «угощения», давали хану «ханлык» за решение спорных дел. Наконец, с начала XVIII в. имело место взимание ханом «закята» и «ушра» [382].

Из всех этих поступлений в пользу хана налогом можно считать только «ушр» и «закят». Все прочие перечисленные здесь повинности не имеют налогового характера. Они обладают к тому же той существенной особенностью, что правовые формы, в которых осуществляется их взимание, являются пережитком ранних дофеодальных отношений. Тем самым вновь подчеркивается прямая преемственность государственно-правовых форм казахского общества XVIII в. по отношению к самым ранним государственно-правовым формам дофеодального общества. Эта преемственность *не была прервана созданием развитых феодальных государств в Средней Азии*, и государственно-правовые формы таких государств в основном не были унаследованы патриархально-феодальным казахским обществом. Между зародышевой государственностью эпохи военной демократии и казахским государством XVIII в. не стоит какая-либо дофеодальная или основанная «на развитой системе вассальных отношений» [383] империя. Повинности населения в отношении хана, аналогичные тем, которые существуют у казахов в XVIII в., мы находим в племенных государствах монголов, *предшествующих созданию империи Чингис-хана* в то время, как уже в империи Чингиса эти повинности были трансформированы в налоги в полном смысле этого слова. Мы остановимся на доказательстве этого положения, уходя несколько в сторону от вопроса о налогах в XVIII в.,

¹⁴⁰ Сугум — каз. соғым, скот, забой которого планируется на зиму, и мясо такого скота.

¹⁴¹ Шibaга — каз. «сыбаға» (букв. «доля»); здесь: часть соғым (скот или мяса скота, забой которого планируется на зиму), предназначенная для уважаемых, авторитетных людей.

¹⁴² Об институте заложников в истории международного права см., напр.: *Сарсембаев М. А.* Международное право в истории Казахстана и Средней Азии. Алма-Ата: «Ана тілі», 1991. С. 35–37 и др.

так как вопрос этот имеет большое значение для характеристики казахского государства и права.

От древнейших времен военно-демократического строя сохранилось в обычном праве казахов положение, что хан — военный вождь — состоит на иждивении народа. Как военный вождь, хан в этом далеком прошлом не имел в мирное время власти над населением, и повинности населения в его пользу не могли быть принудительными. Источник обогащения хан видел не в повинностях населения, а в добыче, захваченной вместе с руководимым им ополчением народа или отрядами джигитов в битвах. В мирное время добровольные, без кавычек, приношения либо собственное имущество хана должны были обеспечить его содержание как военного вождя. Отсюда сохранившийся в церемониале избрания казахских ханов еще в XVIII в. очень древний обычай, именуемый «хан-талау». Заключался этот обычай в том, что при избрании хана собравшиеся на выборы уводили с собой весь принадлежащий хану скот, как бы подчеркивая тем самым, что отныне избранный будет находиться на народном иждивении [384]. Генетическая связь этого обычая с известным институтом типа «потлач» у индейцев не вызывает, конечно, сомнения, но на ней нет смысла останавливаться, поскольку она весьма отдаленна и от институтов типа «потлач» в казахском «хан-талау» едва сохранилась лишь одна черта, отмеченная Ю. П. Аверкиевой: раздаривание всего своего имущества на поминках, при рождении ребенка и т. д. было у индейцев средством возвысить свое общественное положение, поскольку знатным считался не тот, кто владеет богатством, а тот, кто щедро раздает его гостям [385]. Подобное представление бытует в качестве пережитка довольно прочно в Казахстане в XVIII и в XIX вв., о чем свидетельствуют, например, устраиваемые казахами поминки, стоящие собственнику значительной доли его имущества, что не всегда возмещается даже поборами по этому случаю с подвластных. Обычай «хан-талау» очень рано ответвился от пережитков «потлача» и приобрел самостоятельный смысл, на наш взгляд, правильно отмеченный выше в утверждении, что он символизирует обязанность «народа» содержать хана.

Этой цели служат все отмеченные повинности неналогового содержания, т. е. все, кроме «ушра» и «закята». Они древнейшего происхождения, неопределенны по размерам, не охватывают всех «подданных» и уже потому содержат в себе значительный элемент добровольности. Типичной повинностью такого рода являются «сугум» и «шибага».

Д'Андрэ определяет сугум как обычно-правовую обязанность казахов принести хану или султану какую-нибудь скотину на зарез осенью. Цель сугума «дабы хан или султан мог прожить всю зиму на иждивении

народа», а также «для изъявления готовности жертвовать ему всем». Шibaга состоит в подношении весной вареного мяса в меньшем количестве, чем при сугуме, только «части барана, быка и т. п.», «в виде поздравления с наступлением весны». Снабжение хана мясом в основном осуществляется, следовательно, путем сугума, который приносится осенью, т. е. накануне «мертвого сезона», когда хан перестает выезжать в степь для суда и расправы, когда затихают военные столкновения, т. е. прекращается для хана возможность жить за счет постоянной повинности и захвата скота у соседей-врагов. По поводу сугума д'Андре добавляет, что «приношения подобного рода неопределенны, а посему приводят лишь то, что могут и то ближние аулы», в частности, вместо целой скотины, приводимой на зарез, бедный «может принести часть мяса, но невареного» [386]. В этих записях д'Андре хорошо подчеркнут относительно добровольный характер сугума и шibaги, неопределенность размера этой повинности и то, что она не является поголовной, всеобщей повинностью, распространяясь только на «ближние аулы», т. е. аулы, кочующие вместе с ханом. Да и трудно себе представить, и для этого нет никаких данных в источниках, чтобы со всех концов бескрайней степи несли хану весной кусок вареного мяса или даже гнали осенью по скотине. Сугум и шibaга просто заменяют постоянную повинность в те моменты, когда хан не кочует и бремя содержания его в это время падает на «ближние аулы», на иждивении которых он и состоит. Это назначение сугума подтверждается также приводимыми ниже данными Евреинова по Букеевской орде.

По типу повинности сугум и шibaга древнее государственной продовольственной повинности, введенной в империи Чингис-хана. Угедей ввел «государственную продовольственную повинность» — «шулен» с точно определенным размером: «один двухгодовалый баран со стада». Он ввел также всеобщую государственную питьевую повинность «ундан», для чего повсюду от каждой тысячи должны были быть выделены дойные кобылицы. «Сокровенное сказание» приписывает Угедее желание «возрадовать народ тихим благоденствием», защитить народ от двойных требований: «Как можно допускать такой порядок, когда с народа же в каждом отдельном случае взимается и питьевая натуральная повинность — ундан — при сборах с него очередных нарядов людьми и лошадьми» [387]. В действительности, речь идет здесь о том, чтобы путем введения нормированного всеобщего обложения обеспечить интересы и потребности разросшегося государственного аппарата в целом за счет некоторого ограничения повинностей в пользу отдельных феодалов и произвола отдельных чиновников. Несомненно, что как шулен, так и ундан являются государственным продовольственным

налогом, точно определенным по размеру, всеобщим (не для феодалов) и принудительно взыскиваемым. Если же мы хотим найти в монгольской действительности аналогию казахскому сугуму и шибаге, то придется обратиться к доимперскому периоду и вспомнить Ван-хана, для которого Чингис ввиду бедственного его положения «произвел сбор с народа», а затем «включил в свой курень и содержал на свой счет» [388]. Выше мы отметили поразительное сходство Ван-хана, в это время «отдаивающего до капли трех коз», с казахским ханом Абулгазы, все стадо которого, по наблюдению доктора Большого, состояло из 15 голов скота. Ясно, что сугум и шибага были для подобных ханов и султанов, а мы показали уже, что таких было большинство, не налогом на содержание государственного аппарата, которого у них и не было, а средством пропитания семьи и челяди.

К повинностям того же типа относится обязанность подданных делить с ханом военную добычу. Прообраз ее мы без труда находим в клятве монгольской аристократии своему племенному вождю, клятве, в которой племенная знать обязуется делить с ханом добытых на войне прекрасных дев и жен, холопов, меринов или зверей, добытых охотой [389]. То же можно сказать и о постоянной повинности населения. Мансур Асанов, ездивший вместе с ханом Абулмамбетом в Туркестан, сообщал, что «езда была весьма тихая, как он, хан, и всегда ездит, ибо где б какие кибитки ни случились, то, заехав, всегда на ночной ночлег останавливается» [390]. Подобная широко практиковавшаяся езда была не только способом продовольствоваться за счет населения, но и способом жестоко грабить население. И опять-таки можно отметить, что уже в империи Чингис-хана постоянную повинность в такой типичной для Казахстана в XVIII и даже в XIX в. форме отменяла реформа Угедея. Вместо обязанности кормить и содержать проезжающих «послов», под каковыми следует понимать здесь всех вообще государственных чиновников при исполнении ими служебных обязанностей, вместо этой древнейшей повинности, при которой, по словам Угедея, «послы едут медленно» (как Абулмамбет), а «народ терпит немалое обременение», вводится, конечно, тоже за счет населения, но путем *регулярного, общего* его обложения ямская служба. «Послы» должны отныне следовать по стадиям, а «не развезжать по улусу» [391].

Об обязанности делать хану и султанам «подарки» мы говорим подробно при рассмотрении пережитков коллективной собственности и отметим явно грабительский характер этого института. И здесь можно заметить, что институт этот, в той форме, в которой он сохранился у казахов еще в XIX в., носит настолько архаический характер, что уже в империи Чингиса он изменил и форму, и содержание, причем направление,

характер превращения оказывается аналогичным тому, которое выше констатировано для прочих повинностей. о той же реформе Угедая в «Сокровенном сказании» читаем: «При каждом созыве сейма князьям надлежит раздавать подарки. Для этой цели мы учредим охраняемые городища с магазинами, наполненными тканями, серебряными слитками, сайдаками, луками, латами и прочим оружием». Здесь обычай давать гостям обязательные подарки осуществляется хозяином-ханом таким образом, что он создает, разумеется, за счет средств, собираемых со всего населения, что-то вроде «подарочного фонда». Трансформацией права ханов на подарки является и отмеченное Плато Карпини право монгольского императора брать в свою пользу имущество подданных: «Император и вожди берут из их имущества все, что ни захотят и сколько захотят» [392]. Характерно относящееся сюда сообщение Плато Карпини, что если хан «просит дочь, девицу или сестру, они дают ему без всякого противоречия» [393]. Казахские ханы также считали своей прерогативой получение такого подарка. Любопытен с этой стороны эпизод, происшедший с Кенесары, который всегда подчеркивал, что он является наследственным ханом. Назаровцы¹⁴³ для поддержания дружественных отношений с Кенесары решили укрепить их брачными узами и послали к нему свата Джалмамбета¹⁴⁴. Когда сват неосторожно поставил вопрос об уплате калыма, Кенесары сказал ему, что «он от Назаровцев ожидал себе девицу не за калым, а в виде приношения, если же они вздумали еще от него требовать калым, то, значит, не имеют к нему Кенесаре должного уважения; и потому Джалмамбета задержал при себе». Тогда Назаровцы, чтобы исправить свою ошибку и выручить «свата», послали Кенесары как хану девицу «бесплатно» [394]. Кенесары применил насилие, чтобы получить этот своеобразный подарок, но это, как увидим ниже, специфическая черта той новой государственности, носителем которой Кенесары был как преемник Аблая. Вообще же о прямом принуждении у казахов к такого рода подаркам, которое давало бы нам право отождествить казахские порядки с теми, о которых для монгольской империи свидетельствует Плато Карпини, у нас данных нет, хотя поднесение хану девиц в жены, несомненно, имело место и ранее. Здесь, следовательно, как и в предшествующих случаях казахская государственность также сохранила более древние порядки во взаимоотношениях хана с подданными, нежели те, которые отмечаются для империи Чингис-хана, где от более или менее добровольных

¹⁴³ Название отделения рода казахов.

¹⁴⁴ Джалмамбет-бий из отделения назар (см.: Документ № 177 // Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова (Сборник документов). С. 458).

подарков перешли к полному отрицанию права собственности подданных по отношению к хану, к деспотическому распоряжению со стороны хана с собственностью подданных.

Перечисленные повинности по своему происхождению и характеру, очевидно, не могут рассматриваться как налоги, взимаемые для содержания государственного аппарата. Все это древнейшие способы содержать самого хана, его «фамилию» и султанов «на иждивении народа». Что касается классового содержания данных повинностей в рассматриваемую нами эпоху, то в отличие от сауна, представляющего собой феодальную (отработочную) ренту, рассмотренные нами повинности населения в отношении «белой кости» являются, вопреки мнению М. П. Вяткина [395], не феодальной рентой (оброком), а способом прямой экспроприации населения, ограбления его вне непосредственной связи с процессом феодального производства. Такое понимание этих повинностей вытекает из существа их. Оно вполне согласуется с защищаемым в этой работе взглядом, отрицающим возможность отождествления знати «белой кости» как таковой с феодалами. В основном наиболее многочисленным слое знати «белой кости» следует видеть хищническую военно-паразитическую классовую группу, в то время как старшины, бии и батыры составляют основную группу класса феодалов. Такая характеристика этих двух различных слоев класса эксплуататоров имеет в виду основное их различие, и в ней ничто не меняется от признания того бесспорного факта, что и из рядов знати «белой кости» постоянно, и особенно во второй половине XVIII в., выдвигались наиболее крупные феодалы.

Неправильно также, как это делает Чулошников, видеть подать-налог во взимаемом ханом «ханлыке» [396]. «Ханлык» — это не подать-налог, а судебный штраф в пользу хана [397]. Нельзя отрицать, конечно, что судебные штрафы являются важным видом ханских доходов, особенно принимая во внимание, что судебная власть хана была, помимо власти его как военачальника, чуть ли единственной реальной властью и, по Рычкову, власть хана «ни в чем больше не состоит, как разбирать... происходящие между киргизцами ссоры» [398]. По Георги, хан имеет больше власти «в вершении тяжбных дел», «нежели в правлении» [399]. Но получение «ханлыка», связанного с участием хана в отправлении правосудия, совершенно недостаточно для того, чтобы говорить о податном обложении населения. Здесь нет всеобщего, систематического и определенного по размерам обложения, характерного для налогов даже на самой ранней ступени их появления (ср., например, установление княгиней Ольгой¹⁴⁵ «уроков» в Киевском государстве).

¹⁴⁵ Ольга (?–11 июля 969), княгиня, жена киевского князя Игоря (после крещения ок. 955 г. — Елена). Правила Киевской Русью в период малолетства ее сына —

Отличие налога от «ханлыка» прекрасно, например, видел Гавердовский, который писал, что правители народа «определенной подати ныне не собирают, исключая небольшого участка, получаемого за суды от прибегающих к ним искать правосудия» [400].

Что касается «закята» и «ушра», то по своему характеру и происхождению они принципиально отличаются от перечисленных выше повинностей и представляют собою налог в собственном смысле слова. «Закят» и «ушр» не имеют корней в древней кочевой степной государственности и были сравнительно поздно заимствованы в оседлых центрах. Источники, о которых ниже идет речь, правда, относятся к XIX в., но отмеченное в них различие «закята» и «ушра», с одной стороны, прочих повинностей — с другой, бесспорно, характерно и для XVIII в. В «Описании внутренней орды», составленном советником Ващенко, в докладной записке по тому же вопросу Евреинова (1850 г.) и особенно в черновиках «Описания киргизских обычаев» д'Андрэ мы находим согласное объяснение отличия закята от сугума или шибаци. «Целью ханского закята, — записывает д'Андрэ, — служит вспомоществование бедным или не имущим киргизам и на содержание мулле... Алкоран». Далее, конечно, выясняется, что закят идет не столько на «помощь бедным», сколько «на содержание в орде мулл, школ и поддержание и ремонт мечетей» (здесь вновь в записи ссылка на «Алкоран»), и поэтому сбор закята после ликвидации ханской власти продолжают муллы, выработавшие точные ставки этого налога и строгий порядок его взимания [401]. Из описания Ващенко мы узнаем, что во внутренней орде за счет закята содержалась мечеть, духовенство и школы, а также административные учреждения, в то время как сугум, по Евреинову, «был добровольным пожертвованием от народа на содержание хана с семейством и на угощение приезжающих к нему по делам ордынцев». Евреинов определяет закят, как «обязательство совести давать на содержание неимущих и нищих часть своего достояния» и как приношение известной части скота в пользу духовенства или ханов. Он подчеркивает мусульманское происхождение закята [402]. Таким образом, данными о закяте подчеркивается его мусульманское происхождение и обращение закята на религиозно-государственные и административные нужды. Содержание

Святослава Игоревича. Муж Ольги — князь Игорь был убит древлянами во время восстания 945 г. Мстя за мужа, Ольга сожгла главный город древлян Искоростень, казнила оказавших сопротивление и обложила население тяжелой данью. Ольга посещала Константинополь, вела переговоры с Византией по широкому кругу вопросов, посылала посольство в Германию для установления отношений «мира и любви» (см., напр.: *Сахаров А. Н.* Дипломатия Святослава. М.: Международные отношения, 1982. С. 9, 31 и др.).

органов царской администрации из казахов за счет закята, а не за счет других каких-либо доходов — это не простая случайность, а результат сложившихся у казахов представлений о природе закята. Для Кенесары, создавшего, как мы увидим ниже, свой аппарат власти, закят был основной финансовой базой существования созданного им ханства. Волостной старшина Лебедев¹⁴⁶, указывая в своем донесении, что Кенесары, «лишенный способов делать насильственные сборы зякета не будет иметь возможности долго держаться» [403].

Одна из особенностей закята заключается также в том, что к нему меньше, чем к другим повинностям, относится представление о «добровольности» платежа. Какой бы условной ни была эта «добровольность» и по отношению к прочим повинностям, все же элемент принудительности взыскания более свойственен закяту. Несомненно, что при Тауке, кроме 5% закята, существовали и прочие отмеченные выше повинности, однако законодательство Тауке фиксирует только закят. Для собирания закята у казахских ханов в начале XIX в. возникает специальный аппарат закятчиков-есаулов, как у хивинских ханов. Кенесары считал уплату закята непременной обязанностью своих подданных, отбросил «добровольность» повинностей, и, введя закят, требовал, чтобы его платили «не из усердия, а из страха», что вызвало острое недовольство непривычных к налогам масс [404]. Казахи особо и с неудовольствием отмечали, что при Кенесары сбор закята производился «с насилием» [405]. В «Описании киргизских обычаев» д'Андре обстоятельно изложил порядок взимания закята, его ставки, способ проверки объектов обложения и штраф за попытку сокрытия их. Таким образом, в закяте нужно видеть налог в полном смысле этого слова, но вместе с тем необходимо подчеркнуть, что налог этот известен источникам лишь с XVIII в. и даже в XVIII в. не стал постоянным, имеющим всеобщее применение институтом. Он практиковался более или менее успешно лишь теми ханами, деятельность которых связана с укреплением казахской государственности, как, например, Тауке, и особенно теми, которые стремились заменить древние степные государственные учреждения новыми. Таковы Арынгазы, Аблай, позже Кенесары, пытавшиеся укрепить падающую ханскую власть на новых основаниях, преимущественно заимствованных у оседлых соседей, с гораздо более зрелой государственностью. Можно поэтому отнести с доверием к сообщению Гавердовского, которое первую попытку введения ежегодного налога в размере $\frac{1}{20}$ имущества в пользу хана и в таком же

¹⁴⁶ Войсковой старшина Лебедев (см.: *Бекмаханов Е. Б.* Восстание хана Кенесары (1837–1847). С. 24, 25; Национально-освободительная борьба под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов. С. 129, 170, 172, 316).

размере в пользу старшин приписывает хану Тауке. При этом следует все же подчеркнуть, что речь идет о попытке, очевидно, не увенчавшейся успехом, так как после Тауке мы подобного всеобщего налогового обложения не обнаруживаем.

То обстоятельство, что наличие ушра и закята для периода до XVIII в. не может быть подтверждено источниками, само по себе, принимая во внимание скудость источников XV–XVII вв., не может быть, конечно, основанием для отрицания существования налогов, т. е. того же закята и ушра, до XVIII в. М. П. Вяткин, например, приводит некоторое общее соображение в пользу древности налогов, известных лишь источникам XVIII в., а именно трудность допустить введение новых повинностей в XVIII в., когда ханская власть начала переживать глубокий кризис [406]. Этот аргумент, однако, принять нельзя, ибо в основе его лежит предположение о существовании до XVIII в. сильной ханской власти, способной облагать подданных налогами. Между тем такое положение отнюдь нельзя считать доказанным. Напротив, все сказанное выше о характере ханской власти в XV–XVII вв. говорит против такого предположения. Против говорят также приведенные данные о характере древних повинностей. Наконец, нужно связать понимание развития налоговой системы с состоянием аппарата казахского государства и, если говорить об общих соображениях, то придется прежде всего указать, что при отмеченном уже выше отсутствии в казахском государстве как в XV–XVII вв., так и в XVIII в. сколько-нибудь развитого центрального, а также и местного государственного аппарата нет никаких оснований предполагать наличие здесь развитой налоговой системы. Правильнее допустить, следовательно, как это мы и делали, что молчание источников XV–XVII вв. о налогах не случайно, что появление в начале XVIII в. такого налога, как закят, есть закономерный результат кризиса старой степной государственности и попытки ханов усилить свою власть на новых чисто феодальных основах, для чего нужен был как сильный аппарат, так и налоги для его содержания.

Следовало бы поэтому также признать недостаточно определенной и не вполне обоснованной датировку М. П. Вяткиным времени появления в Казахстане закята и ушра. Утверждение, что они «возникли вместе с успехами магометанства», трудно принять, несмотря на бесспорно мусульманское происхождение этих налогов. Ибо, во-первых, как отметил В. Радлов, ислам господствовал в казахской степи на протяжении многих столетий [407]. Во-вторых, успехи ислама вовсе не обязательно должны были повлечь за собою принятие мусульманской налоговой системы или мусульманского права до того, как развитие общественной и государственной жизни казахов сделало эти учреждения необходимыми.

О повсеместном, постоянном применении налоговой системы в Казахстане даже в XVIII в. говорить не приходится. Данные XVIII в. о налогах крайне немногочисленны и довольно отчетливо связаны с хивинскими порядками. Таковы, например, сообщения Мейендорфа, которые приводит М. П. Вяткин [408]. Маненбая¹⁴⁷, собирающего с казахов подать, Негри¹⁴⁸ характеризует, как «атамана разбойников, орудие грабительств и нападений хивинцев» [409]. К сфере сильного хивинского влияния относится и посылка хивинским ханом сотников «для сбора с киргизов дани, которую они обычно платят своему главе». Нет оснований полагать, что этот обычай платить налоги установился также и вне сферы хивинского влияния. Арынгазы, получавший ушр и закят, бесспорно, как это еще будет подробно показано, был среди казахских ханов ярким представителем хивинской, оседлой государственности [410]. Этим редким и одиноко стоящим сведениям о взимании с казахов ушра и закята, к тому же относящихся к началу XIX в., должны быть противопоставлены многочисленные свидетельства источников, настойчиво отвергающие существование в казахском государстве в XVIII в. налогового податного обложения. К ним мы и обратимся в заключение.

Большинство наблюдателей казахской государственной жизни решительно отрицает существование у казахов налогового обложения. Так, Тевкелев категорически сообщает, что он «уведомился, что с киргис касак ханам никакой подати не собирается, разве кто даст что добровольно» [411]. Он же в «Журнале» 1732–33 г. писал, что казахские ханы брали дань с населения подвластных им городов, «а от кочевных киргис-кайсаков ханам збору никакова не збираетца, разве мало кто что с воли даст, а в неволю взять ни с кого ничего не могут» [412]. Принципом казахской государственности была свобода подданных от податей при обложении ими покоренного населения. Из журнала Гладышева¹⁴⁹ 1747 г. видно, что каракалпаки регулярно платили Абульхайыру дань «повсягодно давали харчевой припас», до тех пор, пока не сочли возможным сослаться на то, что они такие же российские подданные, как и он хан [413]. П. И. Рычков столь же определенно заявляет, что «ханы их (казахов) с народа никогда ничего себе требовать не могут» [414].

¹⁴⁷ Маненбай-султан — соперник Арынгазы-хана (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 366, 370, 371, 373).

¹⁴⁸ Негри Александр Федорович — кавалер, чиновник МИД, глава Бухарской миссии (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 370, 386).

¹⁴⁹ Дмитрий Гладышев, поручик, во время пребывания в резиденции Абулхайр-хана в 1742 г. привел к присяге каракалпакских старшин и ходжей (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 166).

Рычков же в «Описании о кирхис-кайсацком народе» в специальном разделе «О доходах» писал: «Доходов определенных и собираемых с народа ни ханы, ни салтаны не получают, содержат себя болше от своей собственной экономии, добровольными подарками и добычей на войне...» [415]. «Известие о киргис-кайсацком народе, сочиненное в коллегии иностранных дел» по этому же вопросу констатирует, что «не только старшины, но и ханы и родственники их никаких с народа поборов делать не могут» [416]. Хан Нуралы в своей переписке неоднократно обращает внимание царского правительства на эту печальную для него особенность казахского государства. «А у нас у киргис касакх такого обыкновения нет, чтоб они какую подать мне давали», — пишет Нуралы 17 августа 1761 г. [417]. В прошении Петру III¹⁵⁰ 23 января 1762 г. Нуралы повторяет: «Обычаев же сбора для нас скота от этих степных народов не существует» [418]. Он вновь возвращается к этому вопросу в письме на «высочайшее имя» от 16 августа 1771 г. «В. и. в-ву не безизвестно, что степной народ наш такого обыкновения не имеет, чтоб давали нам какие подати» [419]. Нуралы, конечно, был заинтересован в том, чтобы приbedниться в расчете на царское жалованье, но невозможно предположить, чтобы он пытался так настойчиво обмануть царскую администрацию по вопросу, в котором истинное положение вещей так легко могло быть проверено и, действительно, было хорошо известно местной царской администрации.

В начале XIX в. отсутствие податей подтверждает такой хороший источник, как «Обозрение» Гавердовского, где мы находим сообщение, что «по внутренним делам они (казахи) управляются по собственным их законам, без всякого посредства податей» [420]. Левшин о податях казахов говорит: «Хотя повелители киргизов и получают с них плату скотов и разного рода вещами, но приношения сии делаются без всякого порядка и, по большей части, в случаях особой нужды в покровительстве; определенной же подати народ киргиз-казачий, вообще не платит, и умнейшие родоначальники тщетно проповедуют статью из Алкорана о зекате, повторенную древними законами киргизскими» [421]. Гейнс также нашел, что «правители киргизского народа... податей с народа никаких не собирали, кроме небольшого возмездия, определенного им за суд с прибегающих к ханскому правосудию» [422]. Приведем еще ценное сообщение М. Иванина, относящееся к Букеевской орде, где

¹⁵⁰ Петр III Федорович (1728–1762), российский император с 1761 г. Известен тем, что вопреки национальным интересам России заключил мир с Пруссией, что свело на нет результаты победы русских в Семилетней войне. Свергнут в результате переворота, организованного женой Екатериной, убит. Е. Пугачев провозглашал себя Петром III (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 215).

феодалные отношения и сильная феодальная государственная власть, при непосредственной помощи царского правительства, сделали гораздо большие успехи, чем в других частях Казахстана. «Хотя и прежде, — пишет Иванин, — киргизские ханы получали от киргизов разного рода приношения, особенно при судопроизводстве, разделе добычи и проч., но это имело вид подарков, добровольной повинности, или древнего обычая, а не подати; поэтому Джангер, устанавливая сугум и зякят и другие сборы, уже как род постоянной повинности, прежде не существовавшей у киргизов, знал, что в выполнении ее может встретить со стороны народа сопротивление, которое, вероятно, и выражалось в глухом ропоте, а посему Джангер и учреждал этот сбор с особой осмотрительностью и расчетом». Действительно, в 1827 г. в Букеевской орде имели место волнения на почве введения постоянных повинностей населения [423].

Древняя казахская государственная традиция, жившая в народном сознании еще в XVIII в., также отрицала правомерность принудительного налогового обложения. Казахское предание сообщает, что легендарный прародитель казахов Алаша-хан получал только добровольные приношения, и противопоставляет этому насильное взимание налогов со стороны некоторых ханов впоследствии [424]. Правосознанию казахов было чуждо представление о том, что сюзерен-владелец вправе требовать налог. Поборы, производимые Нуралы, его братьями и сыновьями, столь обычные для феодального общества, старшины и бии относили за счет «пороков» и «вероломства» хана и на этом основании требовали его смещения [425]. Казахи связывали свое представление о национальной государственной независимости и свободе со свободой от налогового обложения. Поэтому они так настойчиво уклонялись от всякой попытки произвести среди них перепись, зная по опыту соседних народов, подвластных России, что вслед за переписью последуют налоговое обложение и потеря свободы. Нуралы, пытаясь произвести перепись, «при первом шаге встретил препятствия и, не достигнув цели, возбудил только общее подозрение и ропот». Четвертая часть казахов, перешедших в 1801–1802 гг. в Астраханскую губернию вместе с Букеем, возвратилась в 1820 г. за Урал потому только, что разнесся слух о предстоящей переписи [426]. Немалую роль, очевидно, играли здесь и бесчинства русской администрации в Букеевской орде, но казахи были правы, опасаясь переписи, видя в ней подготовку к налоговому обложению и утрате остатков государственной самостоятельности.

9. Ханы и городские центры¹⁵¹

Выясненные в предшествующем изложении особенности механизма казахского государства и его важнейших институтов обосновывают понимание казахской государственности как политической надстройки, в основном порожденной застойностью общества скотоводов-кочевников.

Основная линия развития и основные черты степной кочевой государственности соответствуют ведущей в казахском обществе роли кочевого скотоводства и крайне замедленному процессу феодализации. Было уже, однако, отмечено (см. гл. II), что ведущая роль кочевого скотоводства не исключает влияния на общественное развитие кочевников их взаимодействия с оседлыми районами и городскими центрами, хотя такое взаимодействие *не меняет основной линии развития*. Характеристика казахской государственности, данная в предшествующем изложении, будет неполной и исторически не конкретной, если не указать на те черты, которые привносились в казахскую государственность связью с оседлыми соседями, с городскими ремесленными и торговыми центрами, влиянием оседлой государственности на кочевую.

Изолированность общества казахов-кочевников от оседлых районов была величайшим препятствием для общественного, политического развития Казахстана; понятно поэтому стремление преодолеть эту изолированность. Кочевники всегда испытывают острую потребность в связях с оседлыми районами. В начале XVI в. казахи объясняли свою борьбу с узбеками тем, что они нуждаются в хлопчато-бумажных товарах, а узбекские ханы не допускают их в оседлые районы даже для торговли. По сообщению Рузбехана, Шейбани-ханом было дано распоряжение не допускать казахских купцов в его государство, а в случае приезда подвергать их разграблению. Политический смысл этого распоряжения Рузбехан видит в том, что оно должно было оградить узбеков от агрессии со стороны казахов. Посещение государства узбеков казахи могли использовать для разведки. Кроме того, сообщает Рузбехан, «сегодня они не представляют себе, как живут и наслаждаются узбеки и свою отсталую жизнь считают несравненно приятней, но, если бы дошли до них наши хорошие и изящные продукты, то они стали бы мыслить по другому» [427]. Узбекские ханы понимали, очевидно, что изолированность ослабляет казахов, и стремились усилить эту изоляцию даже ценою ущерба для узбекской торговли. Стремление

¹⁵¹ В диссертации начинается со с. 451. До этого между с. 450 и с. 451 на двух страницах повторяется часть Содержания (с гл. III по гл. V). При этом нумерация страниц в нем, в отличие от основного Содержания в начале работы, дается в машинописном, а не в рукописном варианте.

казахских ханов преодолеть изоляцию, овладеть опорными пунктами для выгодной пограничной торговли вообще соответствовало интересам развития казахского общества и государства. Поэтому, несмотря на то, что «городские» тенденции ханов угрожали старшинам потерей их влияния, ханы конца XVI и XVII вв. успешно вели за собой в борьбе за города возглавляемое старшинами население. Огромное значение интересов внешней и транзитной торговли в борьбе за города несомненно. В XVIII в. Ураков и Гуляев называют Ташкент, Туркестан и прочие прилегающие к ним города «городами купеческой дороги» [428]. Но было бы неправильно, как это сделал А. П. Чулошников, свести к борьбе казахских феодалов за караванные пути и выгодный обмен с оседлыми соседями всю борьбу казахов за культурную полосу Туркестана, и уже совсем неправильно объяснять этими торговыми интересами возникновение казахского государства [429]. Чем бы ни руководствовались в борьбе за города ханы и казахская знать (а к этому вопросу мы еще вернемся), объективно борьба за овладение городами по правому берегу Сыр-Дарьи была для казахов борьбой за выход из рамок замкнутого и застойного общества скотоводов-кочевников. Однако агрессия казахов в указанном направлении оказалась в конце концов безуспешной, и этим путем не удалось разрешить коренной вопрос развития казахского общества. Идея Шейбани изолировать казахов от обмена с Мавераннахром была, конечно, утопией. В пограничных городах шел довольно оживленный обмен продукции казахского животноводства на текстиль, оружие и прочие изделия городского ремесла. Но, не говоря уже о том, что в обмен этот не втягивалась основная масса казахских производителей, обмен этот только закреплял то разделение труда между казахами и узбеками, которое делало казахов как производителей сырья экономически зависимой и в военном отношении более слабой по сравнению с узбеками стороной. Да и как могли эти отношения сложиться иначе, если, например, в области вооружения казахи целиком зависели от своих оседлых соседей, т. е. от своих противников. Тевкелев, Рычков и другие авторы постоянно указывают, что пушек у казахов нет вообще, что ружей они сами тоже не делают, «а получают из Хивы и из бухар, меняют на бараны и на лошадей», что там же они приобретают и свинец, и только порох делают «сами, кому надо, всяк про себя» [430]. Казахи не могли добиться сколько-нибудь прочного господства в оседлых районах. Исторически кратковременные успехи в XVII столетии, давшие в руки казахов сырдарьинские города, оказались непрочными, не могли быть закреплены потому, что параллельное историческое развитие оседлого и кочевого общества неизбежно усиливало оседлые ханства в сравнении с кочевниками. Более того,

к началу XVIII в. определилась реальная опасность порабощения казахов азиатскими ханствами, господство которых, по уровню их экономического развития и цивилизации, сулило казахскому обществу невозможность некоторого прогрессивного развития хотя бы в рамках колонии, а лишь хищническую эксплуатацию и полную деградацию экономическую и культурную. Естественно, что в этих условиях окрепла тенденция укрепить старые связи Казахстана с Россией, тенденция прогрессивная, поскольку возможность сохранить самостоятельное существование Казахстана стала вовсе нереальной, а присоединение к России избавляло казахов от опасности порабощения значительно более отсталыми государствами и открывало путь для развития в Казахстане более высоких форм хозяйства, создавало более прочные связи с обществом гораздо более высокой экономической структуры и цивилизации. Субъективно у казахской знати это выражалось в высокой оценке перспектив торговли с Россией. Экономические связи казахстанских степей с Россией древнее создания казахского государства. В XVI в. заинтересованность кочевавшего здесь населения в экономических связях с Московским государством хорошо выразил ногайский хан Измаил, который на предложение брата его Юсуфа воевать с Москвой ответил: «А только мне завоеваться с Москвою, то и самому мне ходить нагому, и мертвым не на что будет саванов шить» [431]. Через два столетия почти то же самое повторяет казахский султан Барак, который по поводу построения русских крепостей на р. Урал сказал, что казахам от крепостей и от русских людей «не только никаких обид и помешательства нет, но польза есть, потому что они всегдашним торгом при оных довольствуются, от которого де, вместо того, что прежде и белого кафтана сыскать где не знали, ныне не токмо они, но и холопи их лисьи шапки и цветные кафтаны имеют» [432]. Абульхайыр-хан в 1748 г., читая нотацію старшинам, ранее сопротивлявшимся принятию российского подданства, не преминул подчеркнуть, какую это присоединение дало им пользу в виде рынка в Оренбурге, «как они ныне от того свои пользы получают» [433]. Известно, какое огромное значение для развития экономики Казахстана имело принятие казахами российского подданства, в частности, как интенсивно стала развиваться после этого торговля России с Казахстаном, как быстро торговый капитал стал проникать в глубь степи. П. Рычков отмечал в «Описании о кирхис-кайсацком народе» (1747 г.), что среди казахов, которые до сих пор вели только меновую торговлю лошадьми и баранами, «пренедавним временем... те, кои посмышлянее... покупая в Оренбурге разные товары, у себя в орде торговать стали, да и хлеб, которого они прежде не употребляли... в пищу зимою употреблять начали» [434]. Развитие торговли

должно было способствовать и развитию ремесла. Боясь сужения рынка для сбыта изделий русской промышленности, Неплюев рекомендовал запретить продажу казахам металла «не в дело», «чтоб у них из оных металлов никакие художества заводитца и умножатца не могли» [435]. Прогрессивное значение российского подданства для Казахстана в плане приобщения Казахстана к передовой русской экономике и культуре вообще в настоящее время прочно установлено советской исторической наукой [436].

Нас интересует, однако, вопрос о влиянии отмеченных экономических связей сперва с городскими центрами правого берега Сыр-Дарьи, а затем с Россией на характер казахской государственности и, в частности, на власть казахских ханов. Что касается влияния российского подданства, то оно опрокинуло все расчеты Абульхайыра на возможность таким путем усилить ханскую власть. Вопрос этот настолько хорошо выяснен в литературе, что вряд ли стоит на нем останавливаться. Царизму легко удалось превратить хана в своего агента и вслед за тем ликвидировать казахскую государственность. Интересно отметить, что развитие обмена, торговли не усиливало, а, наоборот, ослабляло позиции хана, чем лишний раз подтверждается, что ханская власть в том ее виде, в каком мы ее знаем в Казахстане, вытекала из примитивных условий существования общества с господством натурального хозяйства. Неплюев подчеркивал в 1745 г. упадок власти ханов и султанов в связи с тем, что ныне «каждой всякой свой изворот от производимого здесь торгу безпрепятственно и с немалою пользою получает» [437]. «Сказка» Арослана Бекметева отмечает бессилие Абульхайыра отвлечь подданных его казахов от торговли с русскими, что он хотел использовать как средство для нажима на царскую администрацию. По словам Бекметева, «он не только проезжих из Бухарии, Хивы и Ташкента, но и киргис-кайсака допускать к тому (торгу) не желает, токмо киргисцы его не слушают, но всяк своей пользы смотрит» [438].

Принятие российского подданства не ослабило стремления казахских ханов опереться на города. Автор одной из записок «О киргис кайсацком народе» указал, что «во всех киргизских ханах и султанах до ныне еще наклонность примечена» к владению городами «может быть от сего, что предки их городами владели и в них живали» [439]. Наклонность эта осталась, однако, не удовлетворенной.

Обращаясь к царскому правительству с просьбой о принятии в подданство Казахстана, Абульхайыр видел в подданстве также и средство вернуть себе города, принадлежащие его предкам. Как передает Тевкелев, Абульхайыр объяснял ему, что «из древних лет предки его и он Абульхайрхан владели городами Ташкент, Туркестан, Сайрам с принадлежащими

деревнями и киргиз-кайсаками» [440]. Его родственники «городские» ханы: в Хиве сидит двоюродный брат его. Не будучи в состоянии одновременно управиться с джунгарами, волжскими калмыками и башкирами, он рассчитывает, что российское подданство освободит его от угрозы со стороны волжских калмыков и башкир и тем даст возможность отвоевать города, захваченные джунгарским хун-тайджи. На худой конец, Абульхайыр рассчитывал получить нужную ему городскую резиденцию у царского правительства. Казахское посольство к сибирскому губернатору Гагарину¹⁵² еще до Абульхайыра в 1716 г. просило разрешения строить города на русской границе. После принятия казахами подданства царское правительство в «Инструкции» Кирилову от 18 мая 1734 г. предлагало известить Абульхайыра, что «по его прошению мы... город строить повелели, для охраны и утверждения вечно на ханство его и наследников... [441]. Так как с выполнением этого своего обещания правительство не спешило, то в 1741 г. Абульхайыр и сын его Нуралы пытаются добиться желанной резиденции в другом направлении. Ненадолго им удается стать ханами в Хиве. Учитывая, однако, непрочность своего положения в Хиве, Абульхайыр продолжает просить царское правительство через кн. Урусова¹⁵³ построить ему город в устье Сыр-Дарьи. В 1742 г. о том же ходатайствуют послы хана Среднего жуза Абулмамбета, в чем им была и «некоторая надежда подана». Не очень рассчитывая, по опыту прежних лет, на то, что царское правительство удовлетворит его просьбу о построении города-крепости, Абульхайыр одновременно шлет послов к джунгарскому хун-тайджи с предложением признать джунгарское подданство, если хун-тайджи вернет ему отнятые города Ташкент и Туркестан. Абульхайыр буквально мечется во все стороны в поисках городов-крепостей. Обеспокоенная этой настойчивостью, понимая серьезность этих домогательств Абульхайыра и опасаясь разрыва в том случае, если они не будут удовлетворены, коллегия иностранных дел 8 августа 1742 г. делает Сенату представление о желательности построить около Оренбурга за рекою Уралом «для Абулхаир и Абулмамет хана от азиатских народов безопасных крепостей и об отдаче оных в их ханские руки, чтобы через такой способ так ханов удобнее было в подданстве утвердить и в их касацких народах усилить» [442]. Сенат согласился было, но позже, по представлению Неплюева, что постройка таких крепостей излишня, ибо ханы могут жить и в наличных русских крепостях, отклонил проект коллегии

¹⁵² Гагарин Матвей Петрович — князь, первый Сибирский губернатор (см.: *Мұхтар Құл-Мұхаммед*. Орыс энциклопедияларындағы қазақ шежіресі. 116-б.).

¹⁵³ Урусов Василий Алексеевич — князь, генерал-лейтенант, начальник Оренбургской комиссии в 1739–1741 гг. (см.: *Губернаторы Оренбургского края*. С. 36–42).

иностранных дел. Впрочем, проект этот совершенно не удовлетворял Абульхайбра. Он просил построить ему город на Сыр-Дарье, взамен утерянных опорных пунктов, усиливавших его самостоятельность и независимость, а ему предлагали крепость под Оренбургом, где он был бы, конечно, в безопасности от «азиатских народов» и своего народа в первую очередь, но где находился бы под бдительной опекой царской администрации. Не добившись никаких результатов, Абульхайбр в 1747 г. по некоторым сведениям, обращается во время похода против каракалпаков к персидскому шаху с просьбой, чтобы он «для производства торгу при местечке Куня Ургачь приказал построить город» [443]. В 1752 г. в коллегии иностранных дел вновь возникает проект постройки для хана Нуралы крепости-резиденции на сей раз дальше от линии, на Аральском море. Но здесь под видом удовлетворения пожеланий хана пытаются просто создать опорный пункт в глубине степи для активизации колониальной политики и затем отказываются от этой мысли, «чтобы не пугать тамошние народы» [444]. Нуралы продолжает линию отца. Он также стремится получить город как опорный пункт для укрепления своей власти. Подобно отцу, он пытается наладить отношения с джунгарами, чтобы получить Туркестан. Он рассчитывает, в частности, получить его как калым за отдаваемую хун-гайджи сестру. Одновременно с целью получения городской резиденции он выдвигает требование постройки мавзолея для праха Абульхайбра. Масштабы строительства, проектируемого Нуралы, предполагают, очевидно, создание вокруг мавзолея городка. Он угрожает Неплюеву, что если мавзолей не будет построен, то он перенесет прах Абульхайбра в Туркестан, куда вслед за тем откочует и народ. Переговоры о строительстве мавзолея сопровождаются требованием построить ему с матерью и братьями городок на Илеке, «где б он с матерью безвыездно зимою и летом пребывание свое имел»¹⁵⁴.

Из сказанного видно, что со времени принятия российского подданства казахским ханам не удалось подвинуться ни на шаг к осуществлению своего постоянного стремления опереться на городские центры для усиления своей власти. Можно заметить также, что городские тенденции ханов измельчали в том смысле, что они не мечтают уже о городах — торговых и ремесленных центрах, подобных тем, которыми владели их предки в районе Туркестана — Ташкента. Они довольствовались бы теперь городом-крепостью, за стенами которой они могли бы чувствовать себя в безопасности от собственных подданных. Но и этим

¹⁵⁴ См. об этом подробно: *Ерофеева И. В.* Хан Абулхаир: полководец, правитель и политик.

их более скромным пожеланиям не дано было осуществиться. Таким образом, начиная с 20-х гг. XVIII в. не приходится вовсе говорить о каком-либо усилении ханской власти под влиянием связи с оседлыми районами и городскими центрами. Стремление ханов опереться на города практически с этого времени никакого значения иметь не могло.

Реальное значение для характера ханской власти могло иметь неоднократное владение казахскими ханами городами по Сыр-Дарье на протяжении XVI–XVII вв. В самом деле, Туркестан был в XVII в. чуть ли не постоянной резиденцией казахских ханов, и его иногда склонны рассматривать как столицу Казахстана. В таком случае данная нами в предшествующих разделах характеристика казахского хана как «степного государя», быть может, потребует пересмотра. Внимательное рассмотрение положения казахских ханов в указанных городах убеждает нас, однако, в том, что и в XVII в. казахские ханы, даже сидя в Туркестане, оставались теми же «степными государями», т. е. что характер и механизм ханской власти, описанный нами выше, не претерпел от наличия городской резиденции сколько-нибудь серьезного изменения.

Не следует переоценивать прочность господства казахских ханов в Туркестане. Оно не было ни постоянным, ни устойчивым. Об этом довольно убедительно говорят источники для XVI в. К сожалению, история Казахстана в XVII в. освещается источниками еще слабее, нежели в XVI в. Приходится поэтому отыскивать ответ на интересующий нас вопрос в сочетании источников XVI и XVIII вв., поскольку они позволяют выяснить интересующие нас отношения и для XVII в.

Первый сильный казахский хан — Касым был еще типичным степным государем. Об этом красочно и убедительно говорит известный рассказ Мухаммед-Хайдера о свидании Касыма с ханом Султан-Сеидом¹⁵⁵. Здесь Касым говорит о себе и о казахах как о жителях степи, в которой нет ни садов, ни зданий, о скоте как о единственном богатстве и источнике существования, о любовании стадами и табунами как единственном развлечении. Он не может угостить знатного гостя ничем, кроме кумыса, и, проведя с ним за чашей кумыса двадцать дней, отказывается от предложенного ему участия в походе на шейбанидов, потому что его подданным кочевникам нужно думать о зимовках для скота. Однако Касым начал уже борьбу за оседлые районы, за городские торговые центры, он прочно владел Сайрамом, наступал, хотя и неудачно, на Ташкент, умер в городской резиденции в Сарайчике. Борьба за Ташкент и сырдарьинские города была содержанием активной внешней политики Хакк-Назара; эта борьба вновь объединила вокруг него

¹⁵⁵ Султан Саид, могульский хан.

казахов после того, как предшественники его «растеряли» своих подданных. Хакк-Назару не удалось добиться поставленной цели, и преемник его бессильный Сыгай¹⁵⁶ вместе с будущим сильным ханом казахов Тевеккелем, его сыном, убедившись в том, что казахи не в состоянии подчинить себе оседлые районы и городские центры, предпочли стать владельцами небольших оседлых уделов (Ходжент, Аферикент), жалюемых им Абдуллою Бухарским¹⁵⁷ в награду за воинские услуги. Этот шаг Сыгай и Тевеккеля очень характерен для положения хана у казахов и подчеркивает уже отмеченную нами выше роль казахских ханов XVI столетия как военных преимущественно предводителей. Сыгай и Тевеккель просто перешли со службы казахской знати на службу Бухарскому Абдулле, потому что воевать под знаменем могущественного владельца Бухары, Герата и Хорасана, богатых оседлых областей, было выгоднее, чем руководить атаками кочевников, безуспешно стремившихся к прочному завоеванию этих областей. Сыгай и Тевеккеля в этот период нельзя, собственно, считать и казахскими ханами. В. В. Вельяминов-Зернов отметил, что, перейдя на службу к Абдулле Бухарскому и получив от него в удел Ходжент, Сыгай «повидимому навсегда покинул степь и своих сородичей» и «если... и бывал после того в степи, то только случайно» [445]. Авторы «Истории Казахской ССР» менее категоричны в отрицании роли казахского хана за Сыгаем: «Казахские владения не вошли в состав бухарского ханства. Они продолжали управляться султанами и жили своей обособленной от хана жизнью. Сыгай перестал непосредственно управлять государством» [446]. Оговорка «непосредственно» здесь, однако, ни к чему. Казахские ханы в это время вряд ли вообще управляли государством, а Сыгай на службе у Абдуллы и тем более. Неудивительно поэтому, что Тевеккелю пришлось силой оружия добывать себе бывший отцовский престол.

После смерти отца Тевеккель покинул Абдуллу и вернулся в казахскую степь. Он отказался от роли наемного кондотьера у Абдуллы, чтобы стать в качестве хана во главе ополчения казахского народа, при помощи которого рассчитывал завоевать оседлые районы и их города. Постоянную тягу к городам, в жертву которой Сыгай принес свой ханский престол, чтобы стать вассалом Абдуллы, Тевеккель решил удовлетворить силою меча. Он «отличался храбростью и славился ею по всему Дешт-и-Кипчаку» (Хафиз Таньш) [447]. Очевидно, уже

¹⁵⁶ Шигаи-хан (1580–1582) — потомок хана Джаныбека. Шигаи-хан участвовал в походах Абдаллах-хана, во второй половине XVI в. перешел на сторону Абдаллах-хана II (см.: Султанов Т. И. Поднятые на белой кошме. Потомки Чингиз-хана. С. 190–193; История Казахстана. Т. 2. С. 397–400).

¹⁵⁷ Правитель Бухарского эмирата.

в то время, когда он уходил от Абдуллы, в могуществе бухарских владельцев образовались бреши, рождавшие у военачальников Абдуллы надежду на возможность вскоре померяться с ним силами. Искендер-Мунши сообщает, что на службу к Тевеккелю-хану перешел также и один из знатнейших эмиров Абдуллы Абд-ул-васи-бий, который будто бы и подстрекал Тевеккеля вторгнуться во владения Абдуллы. После ряда неудачных нападений Тевеккель после смерти Абдуллы, «видя, что в Мауранахре нет достаточно сильного государя» [448], предпринял в 1598 г. успешный поход, во время которого овладел Туркестаном, Ташкентом, Самаркандом и пытался захватить Бухару. Его преемники сохранили Ташкент и Туркестан¹⁵⁸. В. В. Вельяминов-Зернов, указав, что эти города на протяжении почти всего XVII в. находились в руках казахских ханов, объясняет это обстоятельство не мощью казахской государственности, а слабостью астраханской династии¹⁵⁹, заменившей бухарских Шейбанидов [449]. В конце XVII — начале XVIII в. в Туркестане, как в столице, еще сидит Тауке. Но он был последним ханом, имевшим оседлую резиденцию. Он был вместе с тем и последним казахским ханом, пользовавшимся относительно сильной властью. Последующие казахские ханы только мечтали о городских стенах и были по собственному признанию совершенно безвластны, т. е. могли опереться только на старшин. Установление того факта, что в XVII и отчасти в XVI в. казахские ханы владели городами Туркестаном, Ташкентом и др., не решает, однако, вопроса о влиянии этого обстоятельства на характер ханской власти, а, следовательно, и на характер казахской государственности. Значение установленного факта зависит от того, каковы были взаимоотношения казахских ханов с подвластными им городами, удалось ли им стать подлинной властью в городе, возглавить прочие городские власти, стать центром той машины принуждения, при помощи которой осуществлялась политика городской знати, орудием в ее борьбе с трудящимися города. Это значило бы для хана опереться на городскую знать как на иную, нежели кочевая аристократия, классовую силу, это должно было бы неминуемо изменить механизм ханской власти и чрезвычайно усилить ее позиции. Уже Н. А. Аристов заметил, что казахские ханы стремились овладеть оседлыми центрами, видя в них устойчивую базу власти и средство бороться с всевластием старшин [450]. Действительно, опираясь на город, хану не нужно было бы состоять «на иждивении подданных». Облагая налогами купцов

¹⁵⁸ См. об этом: История Казахстана с древнейших времен до наших дней (очерк). Алматы: Дауір, 1993 (далее — История Казахстана ...) С. 154.

¹⁵⁹ Династия Аштарханидов (см., напр.: *Зайцев И. В.* Астраханское ханство. М.: Вост. лит., 2004. С. 50–51, 249).

и ремесленников, собирая пошлины с караванов, он обеспечивал себе постоянные денежные доходы. Они давали бы возможность содержания гвардии и полиции. Ремесло и торговля дали бы возможность вооружать их. Гарантируя городу порядок, выгодный городским верхам, хан мог рассчитывать на поддержку господствующих классов городского населения и тем самым на известную независимость от своих кочующих подданных, от старшин-родоначальников. За стенами города хан чувствовал себя в большей безопасности от этих подданных в случае конфликта с ними. Так, Тауке-хан «велел от своих городов отбить» непослушного Казы-султана. Отмеченная выше тяга ханов к городским центрам поэтому вполне понятна. И ясно было, в частности, что в городских условиях можно рассчитывать на гораздо большую власть над подданными, нежели это возможно в отношении кочевников. Нуралы, например, однажды предлагал приступить к выполнению правительственных распоряжений тогда, когда казахи прикочуют в линии уральских крепостей, ибо, писал он, «при этом положении мы уподобились бы народу, живущему как бы в одном городе, я имел бы весьма большую возможность утихомирить злоязычных из киргиз-казахов и выполнить свою заповедь и обязанность» [451].

Но казахские ханы не смогли опереться на город и не стали «городскими» ханами. Это не удалось даже самому могущественному из них Тауке-хану, который, сидя в Туркестане, оставался государем кочевников, опираясь, как его предки и его потомки, на старшин кочевых родов и целиком зависел от их поддержки. Мы видели уже, что из старшин-кочевников состоит его совет, который он созывает для того, чтобы принять послы Василия Кобякова, Скибина и Прошина, что важнейшие государственные дела по-прежнему, как и в глубочайшей древности, решаются на съездах биев. Никаких следов новых государственных учреждений, порождаемых условиями оседлой, городской жизни, мы в государстве Тауке не обнаруживаем. Характерно также, что Туркестан — резиденция Тауке-хана, как сообщил Василий Кобяков, почти вовсе не был укреплен. Его единственная защита — стены из кирпичасырца и «круг городских стен земельных валов и рвов нет». Объясняется это, конечно, тем, что свою основную защиту Тауке видел в тех кочевниках-казахах «воинских людях», которые, по сообщению Кобякова, в количестве 20 000 человек кочевали вокруг Туркестана, и в 6000 каракалпаках, его союзниках, кочевавших там же. Причины того, что Тауке не стал «городским ханом», следует искать в своеобразном положении казахских ханов в городах Средней Азии, которыми они овладевали. К сожалению, повторяем, конкретные исторические данные, позволяющие обрисовать это положение, не восходят дальше времени Тауке, но,

очевидно, источники середины XVIII в. также могут быть привлечены для этой цели, ибо несколько десятилетий, даже при серьезном изменении внешнеполитического положения Казахстана, не могли стереть специфические черты положения казахских ханов в упомянутых городах.

Положение казахского хана в средне-азиатских городах, появлялся ли он там в результате завоевания или, как это имело место в XVIII в., по приглашению, определялось прежде всего тем, что наличие городской резиденции не избавляло хана от постоянной опеки, зависимости от старшин. Незначительный удельный вес в экономике Казахстана этих городов, в большинстве представлявших собою вообще незначительные торговые пункты, приводил к тому, что ханы не могли найти в них серьезный противовес власти кочевой старшинской знати, и казахская знать, позволяя хану жить в городе, не выпускала его из своих рук.

Старшины всегда были сторонниками завоевания и подчинения оседлых районов и ограбления их путем взимания с них дани, обложения их постоянными повинностями, но они опасались, быть может, даже без достаточного основания, что, оседая в пограничном городском центре, хан найдет в экономике земледельческого торгового и ремесленного района такие независимые от них источники экономической и политической силы, которые ослабят их возможности контролировать хана и ограничат власть старшин. И в этом отношении, как и в прочих, большую роль играла, очевидно, древняя традиция. Различное отношение хана и старшин-кочевников к созданию политического центра государства в оседлом и городском районе можно видеть не только у казахов. Конфликты между ханами и их подданными кочевниками на этой почве возникали и в монгольских государствах. Например, перенесение ставки джагатайского хана Кебека в XIV в. в оседлые районы вызвало сильную оппозицию кочевников [452]. Монгольская «ленная система», при которой царевичи получали доходы от пашен и городов, но не вмешивались в управление оседлыми районами, продолжая кочевать в степях и горах, система, при которой предметом пожалования были не земли, а лишь доходы от них, имела смысл, во-первых, как способ ограждения городской торговли и ремесла от дезорганизующего вмешательства кочевников в городскую жизнь (см., например, соглашение, заключенное во второй половине XIII в. между Бараком, Кайду и Менгу Тимуром, одним из условий которого было, что стороны «впредь будут жить в горах и степях, не будут держаться вокруг городов, не будут пускать скот на засеянные поля и делать необоснованные взыскания с подданных»¹⁶⁰) [453]. Но подобные мероприятия являются

¹⁶⁰ История Казахстана. Т. 2. С. 77, 79, 87.

одновременно и способом сохранения степной кочевой государственности с ее важнейшим моментом — политическим господством старшин.

Кочевая знать стремилась поэтому держать хана в глубине степи, не допускать связей хана с соседними сильными оседлыми владельцами, не допускать, чтобы хан отгородился от них городскими стенами. Ханы же для укрепления своей самостоятельности в отношении старшин пытаются найти опору в городских центрах или в признании себя вассалами сильных оседлых соседей. Характерно положение в Туркестане Абулмамбета. Туркестан числился его столицей-резиденцией. Выразилось это в том, что он, по сообщению Мурзалея Шихова, «кочует в близости к Туркестану, а нередко живет и в самом городке Туркустане, ис которого от жителей и все подати собирает» [454]. По показаниям Уракова и Гуляева, со слов Аблая, Абулмамбет «находится в городе Туркестанте¹⁶¹, а в Среднюю де их киргис кайсацкую орду приезжает в летние времена к находящейся в Алтай-Аргынском роду большой жене своей и бывая по несколько времени паки в Туркестант¹⁶² отъезжает» [455]. Таким образом, Абулмамбет, имея оседлую городскую резиденцию, не только продолжает в летнее время кочевать в глубине степи, но и, находясь в Туркестане, кочует в его окрестностях. Но интереснее то, что казахские старшины держат его «старшую жену» и, разумеется, его основное хозяйство как бы заложницей в обеспечение того, чтобы хан не застрял окончательно в Туркестане. Об этом говорит запись в журнале Гладышева 1744 г.: «Абулмамбет живет в Туркестане, а жена его в Средней орде, за которой присылал, чтоб ехала к нему в Туркестант, но только киргис-кайсацкие старшины оттоль ее не отпустили» [456]. о своей зависимости от старшин, «в улусах находящихся», Абулмамбет заявляет сам. На требование джунгарского владельца явиться к нему в ставку Абулмамбет отвечал, «что ему без совету своих старшин в улусах находящихся учинить того не можно». Под этим предлогом он и убежал из Туркестана: «под таковым видом из Туркестанта и выехал» [457]. Гуляев, доносивший о требовании Нуралы построить ему город-крепость, установил при этом, что старшины являются решительными противниками подобных мероприятий и угрожают даже откочевкой, если оно будет осуществлено. Значение, придаваемое старшинами пребыванию хана в степи, видно и из одного позднего документа, а именно из прошения султанов и биев об утверждении ханом Арынгазы вместо Ширгазы (1822 г.). Перед избранием Ширгазы в ханы с него взяли клятвенное обещание «не жить у пограничной линии, а жить посреди

¹⁶¹ Так в оригинале (различное обозначение города Туркестана).

¹⁶² Так в оригинале.

журта... При этом говорили, что если он по-прежнему будет жить у пограничной линии, то не сумеет управлять журтом, *так же как его деды, когда они были ханами*» [458]. В подчеркнутой исторической ссылке явно содержится указание на отрицательное отношение к «городским» ханам. Дед Ширгазы — султан Батыр и отец его, султан Каип, ориентировались на Хиву и были некоторое время ханами в Хиве [459].

Тауке в Туркестане держался поддержкой старшин, возглавлявших «воинских людей», кочевавших вокруг Туркестана. Старшины были по отношению к городам «совладельцами» хана, получавшими свою долю дани, взимаемой ханом с городов. «У них киргис кайсаков, — сообщает Тевкелев, — прежде были города, а имянно Ташкент, Тюркустан, Сейрам¹⁶³ с принадлежащими к оным городками и деревнями, и *оньми владели* киргис кайсацкие ханы и *старшины*; в тех городех живут сарты, т. е. посацкие мужики, с которых брали они дань» [460]. Выше приходилось уже отмечать, как казахские старшины покинули в походе Аблая вследствие того, что он отказался делить с ними получаемые от покоренных городов подарки. В «сказке» Гуляева от 19 июня 1758 г. сообщается, что Каип, будучи ханом в Хиве, «для одного отца своего (Батыр-султана) и *киргисцов* на хивинцов немалой побор наложил и заплатит принуждал», за что хивинцы хотели его даже убить [461]. Но с этими «киргисцами», т. е. старшинами, получавшими долю хивинской дани, Батыр-султан дважды, в 1748 и в 1750 гг., выручал сына, приходил «взять его из Хивы», когда он, угрожаемый своими хивинскими подданными «без всяких закрышек», возопил о помощи к отцу [462]. По мнению современников, ханы ни при каких обстоятельствах не могли держаться в городах, если не пользовались поддержкой старшин. Неплюев, сообщая в октябре 1745 г. о поездке Абулмамбета к джунгарскому владельцу с целью получить у него в лен Туркестан, считал, что Абулмамбет, даже при мощной поддержке джунгарского владельца, не усилится в Туркестане, т. к. «улусов своих в тамошних местах содержать ему не можно, да и народ, чтоб весь похотел то, — невероятно, *а бес того и в Туркестане будет невелик*» [463].

Следует отметить также, что в XVIII в. города под «властью» казахских ханов сохраняли внутреннюю и внешнеполитическую самостоятельность. В «Наставлении», написанном капитану Элтону, Ив. Кирилов писал о «Туркестане городе столичном», о «Ташкенте и других многих городах подлежащих кайсакам», что хотя города эти подвластны казахам, «однако в тех городах властвуют купцы градодержатели на подобие магистрата» [464]. «Сказка» Мансура Асанова повествует

¹⁶³ г. Сайрам.

о собрании жителей Туркестана, на котором решается вопрос об отношении от ханства Сеита и о замене его Абулмамбетом [465]. Переводчик Филат Гордеев в рапорте 7 июля 1760 г. сообщает, что в то время, как Абулмамбет кочует по Сыр-Дарье «в Туркестанте по отбытии ево приказано исправлять народные дела тутошним лутчим сартам» [466]. Здесь органы местного купеческого самоуправления полностью замещают хана во время его отсутствия, но это, во всяком случае, подчеркивает действенность их как органов власти и притом даже в пору несомненного упадка этих городов. Заслуживают, несомненно, внимания взаимоотношения Абульхайыр хана с Хивой. Во главе Хивы стоят «главные советники 24 человека». Тевкелев в своем «Журнале» 1732–1733 гг. называет Хиву: «хивинская речь посполита», т. е. республикой, городской демократией. Власть Абульхайыра в Хиве вытекает исключительно из его роли защитника Хивы от нападений соседей. Упрекая хивинцев в непослушании, Абульхайыр напоминает им: «Когда пришел было вам последний конец от Аральского хана, . . . я вас освободил и всякое вспоможение чинил, в чем вы обещали мне и присягали тако, пока я жив слушать мои указы, а своего хана почитать, яко наместником моим». Хивинцы, действительно «выпрошали от Абулхаир-хана» в качестве хана-наместника, находящегося с ним в свойстве Элбарс-хана. При всем том хивинцы ведут совершенно самостоятельную внешнюю политику, и когда Абульхайыр предложил вслед за ним принять российское подданство, то хивинские старшины «пришли в великую злобу и объявили . . . что Абулхаир хан волю имеет в киргис-касаках, а в Хиве ему воли нет. И здесь де в Хиве слушать его Абулхаир хана никто не будет» [467]. Если такую самостоятельность проявляла Хива в XVIII в., в середине которого она, по данным Бартольда, представляла собою захудалый городишко [468], то тем большую самостоятельность следует предполагать в подвластных казахским ханам городах в пору их относительного расцвета.

Таким образом, источники убедительно подтверждают, что владение городами не изменило природу власти казахского хана как власти государя кочевников. Ханы держали города, населенные «торговыми бухарцами», лишь при помощи войска казахов-кочевников, опираясь по-прежнему на совет биев и старшин, с которыми вынуждены были делить свои доходы. Будучи «владельцами» торговых центров, они не включились даже в торговую деятельность подвластных им городов. Характерно, что еще в XIX в. для «белой кости» занятие торговлей считалось постыдным, рассматривалось как оскорбление памяти предков [469]. Все, что мы знаем о ханской власти, как это показано выше, об организации ее, ее функциях и способах их осуществления, о традициях

и быте ханов, подтверждает, что владение городами на протяжении XVII в. в основном не изменило характер степной государственности, каким он рисуется нам со времен Касыма. Конечно, близость к городской жизни наложила известный отпечаток на ханскую власть, породила, в частности, стремление к заимствованию государственно-правовых форм оседлых ханств и особенно внешних атрибутов оседлой государственности, в которой ханы справедливо видели образец власти более сильной, нежели власть хана у кочевников. Казахские ханы тянулись к этим «более высоким» образцам государственности и в политике, и в церемониале. Исчезла патриархальная простота ханского быта времен Касыма. Абульхайыр уже противопоставляет себя своим подданным-кочевникам, которых он считает «деревенщиною», «дикими людьми». Ориентируя Тевкелева в обстановке, создавшейся в связи с приездом Тевкелева для принятия подданства и оппозицией старшин, Абульхайыр советовал подкупить старшин подарками, «понеже де киргис касацкие народы люди дикие, вдруг их на путь наставить невозможно, так надобно с ними поступать, как уменьем ловят диких зверей». Свою деятельность по приведению казахов в российское подданство он определял как труд по приведению «диких людей... в подданство всероссийское» [470]. Он же писал Неплюеву 18 июня 1743 г. по поводу предстоящего съезда старшин: «Степной и лехкомысленной свой народ при вышеупомянутом собрании искушать буду их вином, для чего сие вышеописанное прошу без всякого умедления прислать до онога собрания» [471]. Касым-хану вряд ли пришло бы в голову аттестовать совет своих старшин как сборище дикарей и пьяниц.

Стремление казахских ханов изменить характер своей власти, навеянное отчасти пребыванием их в городах оседлой полосы, могло бы реализоваться только на почве коренных изменений в экономической и общественной жизни Казахстана, на почве преодоления застойности развития, на почве быстрого развития феодализма, сбрасывающего с себя патриархальную оболочку. В этом отношении овладение городами в районе Сыр-Дарьи не могло играть серьезной роли. Удельный вес этих городов в экономике Казахстана был слишком незначителен, чтобы изменить направление и темпы развития казахского общества. Казахская государственность в целом, несмотря на наличие полугородских ханов, не смогла поэтому опереться на город. Это было одним из важнейших источников ее слабости и неразвитости. Чтобы подчеркнуть эту связь, достаточно привести указание Маркса и Энгельса на решающее значение противоположности города и деревни для развития всей политической надстройки: «Противоположность между городом и деревней начинается вместе с переходом от варварства к цивилизации,

от племенного строя к государству... Вместе с городом появляется и необходимость администрации, полиции, налогов и т. д., — словом коммунальной жизни, а значит, и политики вообще» [472].

10. Новые моменты структуры казахского государства с конца XVIII в.¹⁶⁴

Слабая вообще власть казахских ханов клонится к полному упадку в XVIII в. Бессилие ханов XVIII в. выше обрисовано было достаточно подробно. Из предыдущего изложения должна быть достаточно ясной также и закономерность упадка ханской власти. Будучи в XVI–XVII вв. преимущественно военными предводителями, казахские ханы в XVIII в. не могли уже играть успешно эту роль, так как при новом сложившемся теперь соотношении сил с соседями военные предприятия не сулили казахам успехов. Отчасти ослабила ханов и вытекавшая из этого нового положения безвозвратная потеря городов. Стремление ханов укрепить свои личные позиции путем сговора с сильными соседями и приведения народа в чужеземное подданство не усиливало, конечно, авторитет ханов. Оно лишь углубило противоречия между ханом и старшинами. Превращение ханов в агентов русского царизма и проводников политики колониального угнетения способствовало тому, что старшины в борьбе против хана могли опереться на мощное антиколониальное движение масс, до тех пор, по крайней мере, пока не обострялся его антифеодальный характер. Все обстоятельства складывались так, что ханская власть умирала еще до того, как царизм формально ликвидировал ее, убедившись в том, что крайняя слабость ханов делает их для него уже бесполезными. и все же вторая половина XVIII в. и первая половина XIX в. дает нам, наряду с полным упадком, угасанием ханской власти, отдельные примеры сильной власти ханов. Эта как бы предсмертная вспышка казахской феодальной государственности характеризуется отрицанием старых, известных нам степных государственных традиций, является попыткой перестроить теперь не оправдывающий себя механизм государства. По-иному строятся здесь взаимоотношения хана и старшин, создаются иные средства государственного господства, вводится новое право, короче, намечается, хотя и не получает полного развития, новая государственная структура. Такой опыт создания новой государственности представляет собою ханство Аблая, Арынгазы и, поскольку Кенесары был не только вождем национально-освободительного движения, но и ханом, ханство Кенесары Касымова.

¹⁶⁴ В диссертации начинается со с. 482.

Новые государственные формы, появившиеся на закате казахской государственности, особенно интересны тем, что они отчетливо отвергают старые государственно-правовые традиции. Создание новых форм в источниках сплошь и рядом связывается с преодолением этих традиций в острой политической борьбе. Тем самым подчеркивается архаичность древней государственной организации и несоответствие ее интересам господствующего класса к тому времени, когда в конце XVIII в. отчасти под влиянием колониального угнетения и ограбления противоречия патриархально-феодалного общества обострились и углубились.

Обстоятельства, способствовавшие появлению новых форм государственной организации, сложны и противоречивы. Здесь играло определенную роль и стремление к созданию сильного государства для успешного ведения национально-освободительной борьбы, и стремление избавиться от бедствий, порождаемых непрерывными междоусобицами, грабежами и произволом со стороны отдельных владельцев, которых слабые ханы неспособны были обуздать. Известную роль сыграла и благоприятно сложившаяся, как это было при Аблае, внешнеполитическая обстановка, позволявшая хану усилиться внутри страны, добившись относительной самостоятельности на внешнеполитическом поприще¹⁶⁵. Но все эти моменты в той или иной степени действовали и на предыдущих этапах истории Казахстана, не меняя основ политической структуры. Хану Тауке также принадлежит попытка укрепить казахское государство, но он пытался сделать это в основном не путем отказа от традиционных государственных форм, а преимущественно путем укрепления их. Отдельные новые моменты в своде обычного права Тауке не уведут его в сторону от «чистой дороги хана Касыма» и «древней дороги хана Есыма». Судя по содержанию этих законов, можно думать, что правы были те казахи Большого и Среднего жуза, которые, по сообщению Левшина, утверждали, что «народные законы их гораздо древнее хана Тявки» [473]. Новым было законодательное санкционирование значения семейной тамги, частичный отказ от мнимой или действительной добровольности приношений в пользу властей, усиление роли государства в области суда. Все прочие мероприятия Тауке сводятся к попытке укрепления пошатнувшихся основ древней

¹⁶⁵ «В предании киргизов Аблай носит какой-то поэтический ореол, — писал Ч. Ч. Валиханов, — век Аблая у них является веком киргизского рыцарства. Его походы, подвиги его богатырей служат сюжетами эпическим рассказам. Большая часть музыкальных пьес, играемых на дудке и хонбе, относится к его времени и разным эпохам его жизни» (*Валиханов Ч. Ч. Аблай // Собр. соч.: В 5 т. Т. 4. Алма-Ата: Глав. ред. Казахской сов. энциклопедии, 1985. С. 116. — См. также: Валиханов Ч. Ч. Песня об Аблае // Там же. Т. 1. С. 258–272.*)

степной государственности. Ежегодные осенние собрания ханов, султанов и старшин «для рассуждения о делах народных» были известны еще гуннам и монголам эпохи Чингиса. Тауке пытался еще более усилить их значение как органа власти, требуя, чтобы на эти собрания все являлись вооруженными. Он сохранил в полной неприкосновенности роль и значение состоявшего при нем совета старшин, власть которых при Тауке, возможно, даже усилилась [474]. Он признал законность барымты, пытаясь лишь ограничить ее и применять в духе древнейшего обычного права. В основном, следовательно, это была попытка под влиянием надвигающегося кризиса укрепить *старую* государственность. Но подобные попытки были бы уже явно безнадежными во второй половине XVIII в.

До конца XVIII в. история казахов не знает массового движения эксплуатируемых, вступавших в открытую классовую борьбу со своими угнетателями. Не подлежит, конечно, сомнению, что при резкой классовой дифференциации, характеризующей казахское общество уже в XVI в., история казахского общества, как и история всякого классового общества, была историей борьбы антагонистических его классов. Ханы и султаны, старшины, бии и батыры удерживали свое господствующее положение, свою власть путем постоянного подавления неизбежного сопротивления рядовых кочевников-скотоводов. Но особенность классовой борьбы в Казахстане заключалась до конца XVIII в. в том, что господствующим классам удавалось, в силу медленности развития классовых противоречий, подавлять классовое сопротивление в рамках патриархальной общины и средствами, которые давала для этого патриархально-родовая организация. Классовая борьба кипела в границах отдельных общин, не выходя за их пределы, и не объединяла трудящихся в борьбе против всей родовой знати и знати «белой кости». Выше показаны были те средства классового принуждения, тот механизм классового господства, при помощи которого родоначальники и родовая знать осуществляли классовое насилие в отношении прочих родовичей. Был обоснован вывод, что патриархально-родовая организация сделалась основным звеном казахской государственности, обеспечивая классовое государственное принуждение. Это делало родовую знать относительно равнодушной к слабости центральной власти ханов и султанов, поскольку для осуществления основной задачи господствующего класса, основной функции эксплуататорского государства, — подавления и угнетения неимущих, родовая знать не нуждалась еще в сильной центральной власти.

К концу XVIII в. классовые противоречия внутри казахского общества резко обострились. Неуклонно развивающиеся внутри рода

отношения эксплуатации усугубляются под влиянием колонизаторской политики царизма. Экспроприация казахских земель в пользу русских помещиков и казачества создает земельную тесноту. Огромные трудности, вытекающие отсюда, в состоянии еще преодолеть казахская знать, монополизировавшая в это время пользование пастбищами. На трудностях этих наживается знать «белой кости», но рядовые кочевники быстро разоряются, выделяя из своей среды большие контингенты нищенствующих и голодающих, теряющих, в силу невозможности кочевать, связь с кочевой общиной и потому выходящих из сферы полицейской власти общины. Наличие в Казахстане свободных пастбищ, было, как выше показано, отдушиной, клапаном, тормозившим усиление эксплуатации. Возможность откочевать на свободные пастбищные территории несколько ослабляла феодальную зависимость. В XVIII в., прижатые Хивой и джунгарами к русской границе, ограбленные здесь царской администрацией, отнявшей лучшие кочевья, казахи испытывали острую земельную тесноту, которой они с полным основанием приписывали свои бедствия: упадок скотоводства и разорение. В условиях пастбищной тесноты должна была резко возрастать феодальная зависимость масс, а отсюда и острота классово-борьбы. Земельная теснота впервые превращает исконное право «белой кости» распоряжаться кочеванием, в непосредственный источник обогащения ханов и султанов, пользующихся теперь, как и Нуралы и дети его, безвыходным положением казахов для того, чтобы грабить их поборами за право перекочевки за Урал. К бедствиям трудящихся присоединяется еще и ограбление их царской администрацией путем так называемых «воинских поисков» или «пограничной барымты».

В этих условиях в 80-х гг. XVIII в. в Казахстане впервые возникает мощное антифеодальное и антиколониальное движение, связанное с именем Срыма Датова. Переплетение моментов антифеодальной и антиколониальной борьбы, сохранение руководства движением в руках биев, что, конечно, ослабляло его антифеодальный характер, приводило, как указывает М. Вяткин, к тому, что развитие классово-борьбы «не приняло тех относительно законных форм, какие принимала крестьянская война у оседлых земледельческих народов» [475]. Но элементы массового антифеодального движения здесь были налицо, и в восстании против феодалов «белой кости» намечалось и антибийское движение [476]. Эти элементы крестьянской войны оттолкнули от движения ранее возглавивших его старшин, пугали самого Срыма, ослабляли позиции той группы старшин, которая хотела бы вообще ликвидировать ханскую власть. Несомненно, что, проявившись наиболее ярко в восстании Срыма, обострение классово-борьбы внутри кочевой

общины было решающим фактором всей политической жизни Казахстана во второй половине XVIII в. Развитие классовых противоречий и обострение классовой борьбы в это время имело под собой прочную экономическую базу в переходе от кочевания общиной к аульному кочеванию [477]. Все это было причиной политического кризиса конца XVIII и начала XIX в. в Младшем жузе, но аналогичные обстоятельства складывались и в Среднем жузе. Обострение классовой борьбы и вытекавшее отсюда потрясение основ патриархальной власти старшин и биев должно было породить стремление к сильной центральной власти, которая обеспечила бы поддержание классового порядка, восполнив ослабление власти биев внутри рода. Таким образом, наряду с тенденцией старшин «остаться при древнем обыкновении: иметь хана, отдела только его от управления народом» [478], появляется и тоска имущих по сильной ханской власти. Она ясно выражена в славословии Арынгазы, уничтожающему «воров» средствами, заимствованными из хивинской практики, или в преклонении перед Аблаем, который был прежде всего представителем сильной власти имущих и душителем классового сопротивления бедноты. Хотя положительная роль его в борьбе за национально-государственную самостоятельность высоко оценивалась казахским народом.

В результате указанного изменения классовой обстановки со второй половины XVIII в. в Казахстане появляются отдельные ханы, власть которых не укладывается в рамки обрисованной нами выше традиционной степной государственности. Такие ханы обладают сильной властью, отрицают старшинскую демократию, стараются опереться на создаваемый ими центральный аппарат, отбрасывают неудобные им нормы обычного права. Хан Аблай является типичным представителем этой новой государственности. Он был сильнейшим из казахских ханов. В усилении его власти большую роль сыграли внешнеполитические успехи. Умело маневрируя между Россией, Джунгарией и Китаем, он обеспечил своим подданным полунезависимое государственное существование. Его выдающиеся полководческие способности передали в его руки ряд городов. «Война Аблая с Ташкентом и Ходжентом... увенчалась взятием семи городов и кончилась уступкой ему городов Азрета, Сайрама, Чимкента, Сузака и др. с обязательством Ташкента платить ему дань» [479]. Он восстановил древнюю резиденцию казахских ханов в Туркестане. Он оградил границы своего ханства от нападений киргизов. Его военные и дипломатические успехи склонили к признанию его власти весь Средний жуз и даже часть Старшего жуза.

Но характер его власти, механизм казахского государства при нем решительно отличался от механизма и характера власти предшествующих

казахских ханов. «Ни один киргизский хан, — говорит Чокан Валиханов, — не имел такой неограниченной власти, как Аблай. Он первый предоставил своему произволу смертную казнь, что производилось прежде не иначе, как по положению народного сейма, и усмирил своеволие сильных родоначальников и султанов, которые ограничивали советом власть хана». «Родоначальники пытались, по древнему обычаю, идти на хана войной. Как в Польше ходили на короля, но были разбиты Аблаевыми “тюленгутами” (рабами) и должны были подчиниться его железной воле» [480]. Отсюда видно уже, что власть Аблая отличалась от власти прочих казахских ханов, как власть деспотическая от власти, основанной на поддержке родоначальников. Этот новый характер власти утвердился при Аблае в борьбе против старшин, которые, пытаясь сохранить свою вековую привилегию, участие в управлении государством и контроль над ханом, оказали вооруженное сопротивление хану-узурпатору. Лишив родоначальников права совета, утверждая своеобразный «абсолютизм», Аблай бдительно следил за тем, чтобы родоначальники не могли восстановить направленную против него коалицию. Правило государственной мудрости, которое он преподал своим сыновьям, заключалось в том, чтобы ослаблять старшин, не решая никогда до конца родовые споры.

Для того, чтобы править без старшин-родоначальников и против них, нужно было создать собственную гвардию, достаточно сильную, чтобы ее можно было противопоставить народному ополчению, которое родоначальники могли повести против отстранившего их от власти хана. Аблаевы тюленгуты, в отличие от «дворовых людей» прежних ханов, представляли собою численно значительную и грозную силу. Об этом свидетельствует достаточно тот факт, что при помощи их Аблаю действительно удалось разбить ополчение, выставленное против него родоначальниками. В народной предании облик Аблая связан с окружающей его гвардией: «юрту хана датки¹⁶⁶ окружали, нукеры хана оберегали...» (Джамбул¹⁶⁷). Гвардию Аблая, как это типично для деспотических правителей многих стран, очевидно, составляли иноземцы, алтайские калмыки. В пользу этого предположения говорит сообщение,

¹⁶⁶ Датка (каз. датка) — титул, должностное лицо в Бухарском эмирате и Кокандском ханстве, обычно начальник крепости, лицо, осуществляющее надзор над правосудием (см.: *Рустемов Л. З.* Казахско-русский толковый словарь арабско-иранских заимствованных слов. Алма-Ата: Мектеп, 1989. С. 87).

¹⁶⁷ Джамбул Джабаев (1846–1945) — выдающийся казахский народный акын (поэт и исполнитель песен). Автор широко известных патриотических стихов в поддержку блокадного Ленинграда и его защитников в годы Великой Отечественной войны 1941–1945 гг. В начале XXI в. в Санкт-Петербурге установлен памятник Джамбулу.

что, вторгнувшись в 1757 г. на Алтай, он увел оттуда множество пленных тюленгутов [481]. Здесь, правда, «тюленгут» — племенное название алтайских калмыков, но при неясности самого происхождения этого термина можно допустить, что совпадение этого племенного названия и названия ханской гвардии коренится в привлечении алтайских калмыков на службу к казахским ханам в качестве телохранителей. Он поступил, следовательно, так, как хорезмшах, создавший свою гвардию из туркмен и кипчаков, или как Давид Строитель¹⁶⁸, у которого она состояла из половцев и тех же кипчаков, или как хазарские каганы, вербовавшие свою гвардию из русов и хорезмийских мусульман. Поход на Алтай и привод массы пленных тюленгутов увеличил гвардию — войско Аблая. Насколько значительна была его гвардия тюленгутов, видно также из того, что через полвека после смерти Аблая потомок его Кенесары Касымов в письме к Сотникову¹⁶⁹ заявляет: «У нас есть своих тюленгутов тысяча аулов, доставшихся нам от предка нашего Аблай-хана» [482].

Узурпировав принадлежавшую старшинам власть, Аблай правил жузом при помощи своих сыновей и сородичей, султанов, назначенных им в качестве наместников. Отсюда понятно замечание Чокана Валиханова, что «султаны значением своим в последнее время обязаны хану Аблаю, который несколько раз разбил народное ополчение...» [483]. «В 1774 г. — сообщает Валиханов, — Аблай дал по просьбе уйсунских старшин, для управления ими сына своего Адила, построив ему на реке Таласе городок, который заселил трудолюбивыми каракалпаками» [484]. За версией о старшинах, просящих хана, здесь все же довольно отчетливо виден султан — ханский наместник, защищенный от подданных стенами городка и опирающийся на «трудолюбивых каракалпаков». Таков же был и способ управления всем жузом. «Другим своим сыновьям, которых было 71, разделил он на уделы поколения Средней и Большой орды...» [485]. Султаны при Аблае были наместниками-вассалами. Он наложил на них дань лошадьми и, опасаясь усиления и объединения их, старался ссорить их между собой так же, как и старшин. Его современник и советник поэт Бухар-Жырау¹⁷⁰ об этой политике его властвовать, разделяя, говорит в своей песне:

¹⁶⁸ Давид IV Строитель (ок. 1073–1125) — грузинский царь (с 1089) из династии Багратиони. Восстановил независимость Грузии от сельджуков.

¹⁶⁹ Сотников — Сибирский губернский секретарь (см.: Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов. С. 210, 241).

¹⁷⁰ Бухар-жырау Калкаманулы (1684–1781) — известный жырау XVIII в., своим творчеством способствовал формированию патриотизма, известен как сподвижник и советник Аблай-хана (см. также: *Тажелев А. Н.* Политические идеалы Бухара Жырау // Казахский государственный университет: Учен. труды. Т. 8. Сер. юрид. Вып. 8. Алма-Ата, 1967. С. 103–113).

Если можешь гордиться чем,
То, пожалуй, только одним:
Что султаны твои живут
В постоянной и злой вражде.

Таким образом, государственная организация при Аблае характеризуется созданием сильной деспотической центральной власти, устранением от власти старшин и созданием подчиненных центру местных органов власти в лице султанов-наместников. Это, конечно, совершенно иная государственная структура, нежели та, которая господствовала в Казахстане до середины XVIII в. Отвергнув традиционный государственный строй, Аблай отверг также и неудобные для сильной ханской власти нормы обычного права, как это видно из сообщения Валиханова об узурпации им права смертной казни, принадлежавшего ранее «приговору всего народа». Валиханов вообще рисует Аблая «действующим деспотически против свободных льгот, освященных временем» [486]. Все эти специфические черты, которые ханская власть приобрела при Аблае, отличие этой власти от обычной власти казахских ханов, очевидно, бросались в глаза и современникам. Может быть, поэтому Бухар-Жырау, обращаясь к Аблаю, говорит: «Беком стал у мирных людей, ты не помнящий рода раб», т. е. называет его не «ханом», а «беком», сравнивает его с хищными деспотическими владельцами Хивы. В прошлом Аблая есть моменты, отчасти оправдывающие эту характеристику. Дед и отец его служили Хиве, в молодости там был и сам Аблай, он, как и многие казахские ханы, мог использовать в осуществлении власти образцы хивинского деспотизма.

Ханство Аблая характеризуется также введением новых и принудительно взыскиваемых ханом налогов и поборов, что, как выше было показано, не соответствует представлениям казахов о способах содержания хана «на иждивении народа». В некоторых строках Бухар-Жырау можно усмотреть и отражение этих старых взглядов, и осуждение поведения Аблая. Вот эти строки:

Побеждал ты всегда врагов
Но не сыт еще до сих пор.
Ты поборами жал народ.

Есть ли связь между военными успехами Аблая и введенными им поборами, налогами? Есть, конечно. Бухар-Жырау упрекает Аблая в том, что он не довольствуется военной добычей, составлявшей в прошлом основной источник обогащения хана-военачальника. Не насытившись военными трофеями, он грабит своих подданных. Мы не знаем, какова была система обложения населения при Аблае. Но из текста ясно, что

на смену «добровольных» повинностей Аблай ввел принудительные и, должно быть, неупорядоченные еще поборы. Вполне согласно с Бухар-Жырау рисует деятельность Аблая в этой области и Джамбул: «Как голодный шакал, он по аулам добычу искал».

Новая деспотическая государственность Аблай-хана возникла, как уже показано, на почве потребности господствующих классов иметь более сильную, чем в прошлом, машину классового подавления в связи с обострением классовой борьбы. Судя по впечатлениям современников и по тому, какие воспоминания сохранились о ханстве Аблая в памяти народной, Аблай-хан осуществлял государственную власть с непривычной для казахов жестокостью. Отношение Аблая к народу в песне Бухар-Жырау характеризуется так:

Справа стала твоя звезда —
За тобой все живое спешит,
И народа несчастных сынов,
Как баранов, ты усмирил.
На посылках все у тебя.
(из сборника «Песни степей»).

(Нельзя не отметить попутно, что в «Истории Казахской ССР» [487] эта песня Бухар-Жырау приводится в следующем переводе:

Звезда зажглась с твоей правой стороны
Люди пошли за тобой,
Несчастных детей
Бог подчинил тебе,
Дав передышку на отдых,
Распоряжаешься ими ты.

Что это? Вольность ли переводчика превратила грозного и жестокого хана, сделавшего из вольнолюбивых детей степи покорных баранов, в заботливого отца «несчастных детей», дающего им «передышку на отдых»? Или установка автора заставила его выбрать из двух вариантов песни Бухар-Жырау именно тот, который рисует Аблая благодетелем народа? В обоих случаях «История Казахской ССР» заслуживает серьезного упрека в том, что она некритически засорена элементами националистической романтики).

В памяти народной имя Аблая связано с жесточайшим угнетением масс. Джамбул, устами которого всегда говорит подлинно народная традиция, прекрасно выразил ее в следующих словах своей песни:

Баям с Аблаем привольно жилось,
Баям он дал золотое седло,

А тем, чьи плечи сдавила сума,
Был он как злая степная зима.

Чокан Валиханов выразил удивление по поводу уважения, которым имя Аблая пользовалось в степи: «Непонятно, — писал он, — каким образом этот хан, действуя деспотически против свободных льгот, освященных временем, умел облечь свои действия в такую форму, что потомство считает его святым и при набегах для придачи себе храбрости призывает его имя» [488]. Как видно из предшествующего изложения, добрая слава Аблая в народе преувеличена Валихановым. Однако имя этого деспотического и жестокого владыки стало лозунгом борьбы, потому что ему, несомненно, принадлежит заслуга чрезвычайно энергичного сопротивления попыткам ликвидировать национальную независимость казахов.

Несмотря на огромную разницу в масштабах деятельности, такой же характер, как власть Аблая, имела и кратковременная власть Арынгазы. Уже отмечалось выше, что энергичная поддержка кандидатуры Арынгазы на ханский престол со стороны многих старшин и биев объясняется тоской их по сильной ханской власти в обстановке страшной разрухи, когда исчезли и без того слабые гарантии собственности и были нарушены интересы знати, связанные с прилинейной и караванной торговлей в степи. Назначенный царским правительством хан Шир-Газы Айчувак-улы, не пользуясь влиянием среди большинства соотечественников и не располагая необходимыми силами, не мог обеспечить «спокойствия и благоденствия». При нем, напротив, «честные стали ворами, а воры честными», ибо, боясь выехать в середину степи для отправления правосудия, он оставлял воров безнаказанными, а некоторых из них, принадлежащих к числу его сторонников, даже укрывал и защищал. Вследствие этого, как жаловались султаны, бии и старшины Малого и Среднего жуза, «бармта и воровство в нашем журте разрослись и переходят всякие границы; также происходят ограбления караванов и закрываются торговые рынки» [489]. Таким же образом характеризует обстановку и другая сторона — хан Шир-Газы, заявляя, что журт претерпевал великие бедствия, во время которых «одна часть населения нападала на другую, грабили друг друга, и в результате народ дошел до того, что начал продавать своих детей» [490]. Султаны Среднего жуза Жан-торе, Жума и Муса-батыр просили Арынгазы взять власть с той же целью, «чтобы прекратить воровство и волнения» [491]. Помимо этой основной причины, т. е. стремления знати обеспечить свои классовые собственнические интересы, для чего в эпоху обострения классовой борьбы нужна была власть сильной руки, серьезную

роль в стремлении к сильной ханской власти играла также и потребность защиты от хивинской агрессии. «Все киргизцы теперь чувствуют свое бессилие, — сообщает Мейендорф в 1821 г., — и приписывают оное внутренним раздорам. Мы оттого слабы, говорят они, что всякой из нас хочет быть начальником. и многие готовы присоединиться к Арунгазы» [492].

Такова была обстановка, когда Арынгазы, желая стать ханом в Малом жузе, оставил берега Сыр-Дарьи, где он кочевал с небольшим количеством подданных, и, «предшествуемый молвой о своей испытанной справедливости», двинулся в глубь степи, жестоко расправляясь с ворами и грабителями, т. е. восстанавливая неприкосновенность собственности и поколебленный «порядок», обеспечивая свободное прохождение караванов, рассчитывая при этом на признание заслуг его по «умиротворению» степи со стороны царского правительства и предоставление ему ханского престола.

Казахская знать в большинстве своем не без основания увидела в Арынгазы достойного претендента на роль хана «сильной руки». Дело не только в выдающихся личных качествах Арынгазы, которые единогласно отмечаются всеми его знавшими (Мейендорф, Негри, Ярцев). Эти личные качества сыграли, конечно, очень большую роль в успехах Арынгазы. «Он тверд, предприимчив, деятелен», — говорит Мейендорф [493]. «Ум его обширен, суждения здравы и основательны», «властолюбие есть господствующая страсть его и причина всех поступков», — так характеризует его переводчик Ярцев, добавляя: «Здесь, — указывая на сжатую руку, говорит он, — узда киргизцам, здесь их смирение и буйство». Тот же Ярцев подчеркивает высокое воинское искусство Арынгазы [494]. Умный, энергичный, властолюбивый, человек сильных страстей и неукротимой воли, Арынгазы как нельзя лучше подходил для того, чтобы «наводить порядок» в степи. Но секрет его большого, хотя и кратковременного, успеха на этом поприще объясняется не только и не столько его личными качествами, сколько тем, что он принес в казахскую степь начало новой государственности, заимствованные в Хиве и как нельзя лучше подходившие для задачи преодоления воцарившейся в Казахстане разрухи.

Внук хивинского хана Каипа, сам хан сырдарьинских казахов, теснейшим образом связанных с Хивой, Арынгазы усвоил хивинские «оседлые» представления о характере и сущности ханской власти, резко отличавшиеся от казахских. Это сказалось и во внешних формах осуществления им власти. Простоте в быту казахских ханов он пытался противопоставить пышный церемониал азиатских деспотий. «Он пышен в образе жизни, чтобы в мыслях черни равняться с ханами хивинским

и бухарским, чтобы возвыситься над Ширгазы... по примеру азиатских государей, рассылает плоды и фрукты во время стола, как знак расположения своего». Он поддерживает свою репутацию правоверного мусульманина, «он наружный блюститель веры, чтобы отличиться в Орде от прочих невежествующих султанов» [495]. За новой формой кроется и новое содержание, новый объем компетенции хана, иное его взаимоотношение со старшинами, новое, вводимое Арынгазы право.

Как и Аблай, Арынгазы присвоил себе не принадлежавшее казахским ханам право смертной казни. В нем видит он сам орудие своего могущества и постоянно подчеркивает это в изложении своих заслуг и своей деятельности. Его донесения оренбургскому военному губернатору о мерах, принятых им для наведения порядка, наполнены сообщениями о казнях: «У легкомысленных киргисцов чрез устраивание уничтожили междоусобную баранту и с таковым при том подтверждением, что буде кто вовремя здравствования нашего пустится на оную, то в таком случае оной будет умерщвлен. А имение будет разграблено, что уже над несколькими ворами и исполнили». Ярцев приводит слова Арынгазы: «по сту и более в иной год явно весил и рубил я возмутителей порядка и таким только образом... Орде мог доставить тишину» [496].

Подобно Аблаю, Арынгазы отвергал старшинскую демократию, хотя, не укрепившись в жузе, он не мог провести принцип деспотического самовластия последовательно и разгромить старшин, как это сделал Аблай. о признавших его власть старшинах он говорит, что они «не имеют никакой власти и на прикладство их печатей, ибо власть и распоряжение предоставляем одному человеку» [497]. Это значит, что Арынгазы сосредоточил всю власть в своих руках и, вопреки прежним порядкам, не признавал ее за старшинами. При этом, пользуясь властью лишь в части жуза и нуждаясь поэтому в поддержке старшин для борьбы с ханом Ширгазы и прочими своими политическими противниками, Арынгазы не рвал круто с традициями. Так, по словам Мейендорфа, Арынгазы увеличивал число своих подвластных, «придерживаясь обычаев киргизцев, окружая себя стариками и оказывая щедрость» [498]. Интересно также заявление Арынгазы, что, признав его ханом, казахи «из каждого рода по одному человеку сделали есаулами, с производством им от народу жалования» [499]. Но эти черты государственной организации при Арынгазы не возвращали ее к прежней структуре. Соповещения со стариками-аксакалами или просто окружение себя таковыми могло иметь место даже в противовес господству родоначальников-старшин. Это было, во всяком случае, скорее данью казахским обычаям, нежели признанием каких-либо прав родовой знати на участие в управлении государством, совместно с ханом. Что же касается «есаулов»,

о которых сообщает Арынгазы, то они очень убедительно подтверждают трансформацию государственно-правовых форм, имевшую место при Арынгазы. Выше, рассматривая традиционные взаимоотношения казахских ханов со старшинами и подвластными им объединениями, мы отмечали институт «ханских помощников» «ханын-нагы», назначаемых к хану сильными родами, созывающих к нему в случае нужды народное родовое ополчение и являющихся также «народными» советниками хана. Судя по способу приобретения Арынгазы «есаулов», которые назначались к нему от каждого рода, состоя на содержании своих родовичей, «есаул» Арынгазы — это тот же «ханын-нагы», которого, однако, Арынгазы превратил в есаула в хивинском смысле, в чиновника для поручений, в ханского прислужника. При сохранении прежней формы — выделение родами помощников хану — это теперь уже не уполномоченный родовой знати, контролирующей деятельность хана, а лицо, при помощи которого хан осуществляет свою власть над родами. А. Ф. Рязанов, отмечая лишение власти старшин как крупный политический переворот, считает создание новой администрации ханских есаулов результатом вмешательства Ширгазы Каип-улы, дяди Арынгазы, майора русской службы, бывшего некоторое время соправителем Арынгазы [500]. Полагаем, однако, что хивинские и бухарские устойчивые влияния на сырдарьинских казахов имели большее значение, нежели приезд одного майора русской службы.

Арынгазы отверг обычное право казахов во всем том, что мешало укреплению ханской власти и препятствовало проведению политики жесткой репрессии. Он заменил адат шариатом. Нормы шариата оказались прекрасным орудием для политического переворота, производимого в степи Арынгазы. Они давали возможность ослабить сопротивление старшин, за которыми адат закреплял участие в руководстве государством, и усилить классовую репрессию. В главе первой настоящей работы значение шариата в истории казахского государства и права освещено достаточно подробно и приведены данные, показывающие, что за шариатом стояла более сильная государственная организация, заимствованная из практики оседлых азиатских ханств, за адатом — древняя, степная, кочевая государственность, уже не удовлетворявшая потребности господствующего класса в сильной власти.

Проводниками нового права и новой государственности были мулы. Сам Арынгазы сообщает, что он намерен разрешить споры между отдельными казахскими родами «по закону своему чрез духовных чиновников» [501]. Его сторонники, султаны, бии и старшины, ходатайствующие перед царским правительством о признании его ханом, также заявляют себя сторонниками шариата. Они просят: «поставить нам

по нашей мусульманской вере казы», которые «судили бы по шариату» [502]. При Арынгазы состоит в качестве главного советника и судьи мулла — Казый Кулхасанов, учившийся 20 лет в Бухаре и состоявший ранее в той же должности при отце его Абул-Газисе.

За свои удачные, с точки зрения собственнической знати, опыты по наведению порядка в жузе Арынгазы, как сообщал Мейендорф, получил почетное прозвище «хана-миротворца» [503]. Но из изложенного видно, что для выполнения роли «миротворца» средства, которые он нашел в арсенале степной государственности, оказались недостаточными, вследствие чего Арынгазы на протяжении всей своей деятельности создавал и укреплял основы ханского деспотизма, чуждые казахскому обществу до середины XVIII в.

Аналогичный шаг в сторону новых форм государственности был сделан Кенесары Касымовым. Этот выдающийся руководитель национально-освободительного движения казахского народа середины XIX в. был в то же время и ханом, когда и поскольку ему удавалось объединить борющиеся под его знаменем массы и придать этому объединению государственный характер. Наличие *государства* Кенесары не вызывает сомнения. Он создал специальный аппарат государственного принуждения в виде ханского войска, отличного от ополчения восставших, и многочисленную администрацию, он обложил своих подданных налогами, он осуществлял не только власть над добровольными своими сторонниками, но и над теми аулами, которые подчинил себе силой. Он считал и провозглашал себя ханом; таким признавали его подданные.

Обратимся к рассмотрению государства Кенесары и характера власти его как хана. При этом придется отвлечься от роли Кенесары как вождя национально-освободительного движения, хотя в его деятельности эти два момента тесно переплетались. В плане исследования развития политических форм казахского государства нас, однако, специально интересует деятельность Кенесары как хана.

Как государь, хан Кенесары является наследником хана Аблая не только в идеологическом, но и в материальном смысле. Из показаний Нурбая Утепбаева¹⁷¹ в августе 1838 г. видно, что Кенесары заявлял о своем твердом намерении возглавить весь казахский народ, «ибо кроме него в степи нет султанов. Дед его Аблай был ханом в киргизских ордах, следовательно, (они) принадлежат ему...» [504]. В донесении

¹⁷¹ Документ № 33 «1838 г., августа 29. Показания казаха Кыргыз-Туртугульской волости Нурбая Утепбаева о местонахождении ставки Кенесары и взаимоотношениях его с султаном Кучуком Айчуваковым» // Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов. С. 98–99).

Акмолинского приказа от 5 февраля 1838 г. также подчеркивается декларация Кенесары, что он прибыл в Акмолинские степи «не для баранты и грабежа, а освободить киргизский народ от ига русских, ибо по праву деда его Аблая все киргизы принадлежат ему» [505]. Далее, требуя в 1845 г. от царского правительства, чтобы оно освободило для свободного кочевания земли в Малом и Среднем жузе, Кенесары свое требование мотивирует опять-таки тем, что эти земли являются наследием его предков. Пограничная комиссия оценила эти требования Кенесары как «нелепые», и здесь сказалось коренное различие точек зрения царских чиновников и Кенесары. Чиновники разговаривали с ним как с «мятежником», он же пытался вести переговоры как наследственный хан [506]. Кенесары получил в наследство от деда Аблая не только династические права на ханскую власть, но и материальный субстрат этой власти. В копии путевых заметок Герна¹⁷² силы Кенесары характеризуются следующим образом: «Скопище султана Кенесары Касымова состоит из собственных его тюленгутов, до 1000 кибиток, которые достались ему в наследство от хана Аблая, и до 1000 же кибиток, пришатнувшихся к нему...»¹⁷³ [507]. Буквально то же говорит сам Кенесары в письме к Сотникову (7 февраля 1844 г.): «У нас есть своих тюленгутов тысяча аулов, доставшихся нам от предка нашего Аблая-хана» [508]. При этом Кенесары отлично знает и проводит строгое различие между его собственной гвардией или армией тюленгутов и народным ополчением. В этом же письме он, формулируя свои мирные предложения царскому правительству, просит отдать ему горы Улу-Тау с землей по Ишиму и заявляет, что в таком случае, ввиду наличия у него «своих наследственных тюленгутов», у него не будет надобности в «подданном народе»¹⁷⁴.

На всем протяжении своей политической деятельности и борьбы за национальную независимость казахского народа Кенесары продолжает быть государем-ханом. Уже в самом начале своей политической деятельности он был на Тургае поднят на белой кошке представителями казахов трех жузов и провозглашен всеказахским ханом [509]. Даже на заключительном этапе восстания, прижатый царскими войсками

¹⁷² Герн — поручик Генерального штаба, направленный в ставку Кенесары Касымова.

¹⁷³ Приложение 2. 1845 г., май. Замечания Генерального штаба поручика Герна, сделанные им во время пребывания в ставке султана Кенесары Касымова // Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов. С. 399.

¹⁷⁴ Письмо Сотникову от 7 февраля 1844 г., о котором упоминает С. Л. Фукс, в сборнике документов «Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова» (Алматы: Ғылым, 1996) не содержится.

в Киргизии и пытаясь найти у киргиз помощь в неравной борьбе, он обращается к ним как владетельный государь и требует от них признания ими подданства ему, Кенесары: «Явитесь ко мне, чтобы соблюсти обряды покорности и тем достичь высокой степени счастья» [510]. В обращениях к казахам он называет себя «великим победоносцем», «отцом величия», «храбрым Кенесары ханом» [511]. В воззвании 1846 г. он выступает под титулом «воеватель, победитель и помогающий Кенесары-хан» и требует как хан «дай зякет». В письме к Джан-хоже¹⁷⁵ зякет требует «победоносец и богатырь Кенесары-хан» [512]. «Ханом» величают его посылаемые им для сбора зякета есаулы [513]. Ханом он слывет в устах народа и в песнях его современников. Плач Насынбая¹⁷⁶ оплакивает героя Кене как «хозяина-хана». В песне Досхожа-бия, написанной в 1837 г., когда Кенесары решил покинуть летовье под Кокчетавом, о Кенесары говорится:

Ты к Алима сынам придешь,
Ты к Шомена сынам придешь,
Что кочуют по шири степной,
Тебя ханом поставят они, —
Ты Аблаю ведь самому
Самый лучший внук родной,

т. е. подчеркивается общепризнанность наследственного ханского достоинства Кенесары.

Можно добавить сюда еще несколько хотя и мелких, но очень характерных бытовых черт, рисующих образ Кенесары как хана. Вот русский офицер Герн сопровождает Кунымджан, любимую жену Кенесары, возвращающуюся из русского плена к мужу. Он, конечно, не прочь использовать безопасную при данных обстоятельствах прогулку в глубь степи, к самому центру повстанческого движения для того, чтобы сделать топографическую съемку и тем облегчить дальнейшие военные действия царских войск. Но, дойдя до реки Камышакты, пленница вновь почувствовала себя ханшей, владетельной и суверенной государыней. Здесь на рубеже она заявила Герну, что он ее гость и потому ничего не должен делать без ее разрешения [514]. Выше упоминалась уже о неудачной попытке назаровцев получить с Кенесары калым за сватаемую ему

¹⁷⁵ Джанкожа Тойчубеков, бий.

¹⁷⁶ Нысанбай Жаманкулулы (1822–1883) — поэт, жырау, активный участник освободительного движения под руководством Кенесары-хана, автор поэмы «Кенесары — Наурызбай» (впервые опубликована в 1875 г.) (см.: *Нысанбай жырау. Кенесары — Наурызбай // Хан Кене: Тарихи толғамдар мен пиеса, дастандар*. Алматы: Жалын, 1993. 16-55 бб. — См. об авторе: *Қорабай С. Нысанбай жырау // Қазақ әдебиеті: Энциклопедия*. Алматы: Білік, 1999. 518-б.).

невесту. Кенесары заявил, что ему как хану невесту следует давать не за калым, а в виде приношения, самую попытку получить калым он расценил как отсутствие надлежащего к нему, как к хану, почтения и наказал свата, арестовав его¹⁷⁷. Получив после этого от испуганных назаровцев невесту «бесплатно», он освободил свата из-под ареста, «но не объявил того, что он (сват) и после прибывшие люди могут возвратиться в свои аулы, а они не смели просить такого дозволения, потому что по обыкновению киргизов такого рода просьба считается дерзостью, особенно перед лицом, каким считает себя Кенесары в своих аулах, и потому кочевали с ним вместе» [515]. Можно отметить также стремление Кенесары, как и Арынгазы, окружить себя пышностью, не свойственной простоте быта древних ханов. Из записок приказчика Уфимцева видно, что юрта Кенесары была убрана по-царски, в ней постланы были драгоценные ковры, стены увешаны были златоткаными шальями, подушки были вышиты золотом, а на самом Кенесары были шелковые златотканые одежды» [516].

Обратимся, однако, от этих внешних признаков державности, к ее классовому содержанию и механизму. Кенесары-хан был феодальным государем. Он крупный собственник, и табуны его «пасутся отдельно от табунов приверженцев» [517]. К тому же, по сообщению Герна, скот его всегда находится в лучшем состоянии, чем у его подданных, так как его скот всегда пасется на лучших пастбищах. Из рапорта Сотникова о разгроме аулов Кенесары видно, что у Кенесары в одном только месте было 3000 лично ему принадлежащих лошадей [518]. Собственностью своих подданных он распоряжается деспотически и, потеряв при отступлении, в числе 6000 баранов, 2000 баранов из собственного стада, немедленно восстановил последнее за счет приверженцев, для чего «насильно с приверженцев своих собирал по несколько баранов» [519]. Он жестоко теснит своих подданных феодальными поборами, и в цитированной уже песне Досхожа-бия, певец по поводу предстоящей Кенесары невольной перемены кочевья и подданных с сокрушением предсказывает:

Ты привык очень много брать
И не будешь доволен мздой
Новоподданных бедных твоих.

Об утеснении подданных поборами многократно говорят все источники. Крайняя обременительность этих поборов объясняется, конечно, огромной потребностью Кенесары в средствах для ведения войны,

¹⁷⁷ Об этом эпизоде автор упоминал выше.

но самый способ эксплуатации подданных здесь чисто феодальный, и он вызывает соответствующую реакцию с их стороны. «Карабашевцы, — сообщается в рапорте Немчинова¹⁷⁸ 8 июня 1845 г., — весьма недовольны Кенесарием: он притеснил их, делая с них значительные поборы, почему они и откочевали от него на Темир и Эмбу» [520]. О казахах Дуртаринского и Чумекеевского родов разных отделений тот же Немчинов сообщает, что они разорились «не столько от суровости нынешней зимы, сколько от притеснений Кенесарыя, следствием чего есть также нерасположение их к нему и желание сколько возможно более уклоняться от его влияния» [521]. Интересно, однако, что, как вынужден был признать Немчинов, недовольство, вызванное поборами, не отвратило казахов от Кенесары как вождя освободительной борьбы. В ответ на приглашение явиться на совет «депутации от разных родов, несмотря на притеснения его, не замедлили к нему явиться» [522]. Материалы по истории освободительной борьбы казахов под руководством Кенесары Касымова дают довольно значительный материал для понимания механизма государства, во главе которого стоял Кенесары. Судя по этим материалам, центральный аппарат государства Кенесары, а соответственно и власть хана, были значительно мощнее, нежели у казахских ханов в прошлом. Неясно, однако, был ли этот аппарат создан впервые Кенесары, или он вошел в состав того государственно-правового наследия, которое Кенесары получил от деда своего Аблая, так как сведения о государственном устройстве при Аблае отличаются значительно меньшей конкретностью. Для задач настоящей работы вопрос этот, впрочем, не имеет значения, поскольку здесь государственность Кенесары рассматривается как принципиально не отличающаяся от государственности Аблая и Арынгазы. Возможно, что государственная организация Кенесары может служить источником, восполняющим скудные сведения о государственном строе при Аблае.

Кенесары располагал постоянным собственным войском. Оно составлялось из его тюленгутов и наиболее активной и боеспособной части его приверженцев — подданных. Это собственное постоянное войско Кенесары было костяком народного ополчения, собиравшегося со всех сторон к Кенесары как к народному вождю для участия в освободительной борьбе, но оно же было и орудием господства Кенесары как хана. В таком смысле это была его личная дружина или гвардия.

По сообщению Герна, из «скопища» Кенесары, составлявшего около 1000 кибиток его тюленгутов и такого же количества «пришатнувшихся

¹⁷⁸ М. Немчинова предлагалось назначить сопровождающим отряд, следовавший в Тургай для подавления восстания Кенесары Касымова.

к нему», получалось «отборного войска, вооруженного пиками и саблями от 450 до 500 человек» [523]. Это подтверждается отчасти показаниями Чормана Асатова¹⁷⁹, допрошенного в 1843 г., который сообщил, что «кроме приверженцев при султани Кенесары находится тюленгутов более трехсот кибиток; они постоянно зимою и летом кочуют с ним нераздельно» [524]. Отсюда видно, что гвардия Кенесары явственно отделена от приверженцев его вообще и от народного ополчения в частности. Она обособлена, как сейчас будет показано, организационно, и это бросается в глаза каждому наблюдателю. Здесь интересно также подчеркнуть в связи с приведенными выше соображениями о сущности тюленгутизма, что и у Кенесары тюленгут — это не дружинник. Из 1000 кибиток тюленгутов только часть постоянно кочует вместе с ним и только часть входит в состав его постоянного «отборного» войска. Отсюда и для более отдаленных времен можно найти подтверждение для уже сделанного выше вывода, что наличие у ханов в прошлом тюленгутов само по себе означает лишь наличие «людей ханского двора», а не ханской гвардии.

Гвардия Кенесары имела соответствующую военно-техническую базу в виде примитивного государственного арсенала. Был у Кенесары и «серебряк» оружейник, и с каждого аула собирали по тагану и мотыке, чтобы отлить пушку. В часы военной опасности гвардия переводилась на казарменное положение. Приведем выписку из путевых записок Герна, подробно описывающего организацию вооруженных сил Кенесары.

«Оружие, конская сбруя и лошади, принадлежащие султану (Кенесары. — С. Ф.), называются казенными, и после всякой баранты лучшие лошади, сбруя и все оружие свозятся к нему.

На баранту или какойнибудь набег выезжают на казенных лошадях, одву или о-трое конь; лошади султана вообще отличной доброты и силы; но казенное оружие и лошади выдаются только есаулам и людям, выказавшим свою ловкость... Возвратившись с баранты или набега, казенные лошади сдаются в табун султана, а казенное оружие свозится в кибитки, называемые Кунак-ханэ. Эти Кунак-ханэ (оружейные султана) числом до 7, во время опасностей и преследований русскими отрядами, обращаются в гостиницы, т. е. вся лучшая молодежь, охраняющая султанскую ставку, в них живет, кормится и поится султаном» [525]. Далее Герт сообщает о существующей в войске Кенесары иерархии

¹⁷⁹ Документ № 104. 1843 г., декабря 28. Показания казаха козгановского рода Чормана Асатова о действиях Кенесары Касымова, о местах его кочевок, о числе приверженцев и тюленгутов, находящихся с ним // Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов. С. 217–221.

отличий. За проявление воинской доблести Кенесары награждает оружием, сперва дается обыкновенное древко-укрюк, затем пика с наколочником, потом большой прямой нож, затем кривая сабля. За дальнейшие заслуги жалуют есаулом и дают право нашивать на одежду к плечу и груди полотняные и бархатные «лоскутки». У почетных воинов ножны сабель в чехлах из красного сукна [526].

Все эти детали военной организации дают полное основание говорить о наличии у Кенесары постоянной гвардии. Построенная таким образом гвардия эта была скована суровой дисциплиной, беспрекословным подчинением хану и отличалась высокой мобильностью. Как показывали царским властям лазутчики, стан Кенесары постоянно был настороже и в боевой готовности. «Люди султана Кенесары Касымова и сам он постоянно имеют большую осторожность, так что в какое бы то время ни было, только стоит Кенесары сесть на коня и сказать слово, то с невероятною быстротою люди бывают уже готовы и вооружены на лошадях». Приводится и конкретный пример этой готовности: «...в один вечер, неожиданно, Кенесарый велел своим сподвижникам садиться на лошадей и быть вооруженными, сам же был уже на лошади; как только Кенесары отдал свое приказание, люди так скоро были готовы, как будто они только и ожидали приказа и все с жадностью и нетерпением последовали за ним...» [527]. В этой хорошо вооруженной, дисциплинированной и преданной ему силе Кенесары нашел не столько стержень вооруженных сил народного освободительного движения, сколько опору для своего господства как хана, орудие классового подавления подвластных. Из рядов гвардии — дружины выделяются есаулы, которым наряду с военной властью присваиваются административные и судебные функции. Во главе небольших отрядов есаулы Кенесары разъезжают по казахским аулам, привлекают казахов к подданству хану Кенесары, иногда с применением силы, собирают закят, творят по поручению хана суд и расправу. Поскольку в гвардии Кенесары было много тюленгутов, в качестве есаулов сплошь и рядом выступают тюленгуты. Но, как указывает М. П. Вяткин, Кенесары охотно делал есаулами и подчинявшихся ему старшин. Среди есаулов были и султаны, и старшины, и простые казахи [528]. В лице есаулов мы имеем, следовательно, элементы чиновничьего военно-бюрократического аппарата. На должности есаула-чиновника подвизаются лица, относящиеся к различным социальным группам населения.

Наличие военно-административного аппарата позволяет Кенесары удерживать при себе подданных и силою заставлять их выполнять свои обязанности. Этим вовсе не ставится под сомнение тот бесспорный факт, что десятки тысяч казахов добровольно примкнули к Кенесары

для освободительной борьбы, что характеризует Кенесары как руководителя этой борьбы. Меры принуждения к подданству характеризуют лишь Кенесары как хана, и они применялись им систематически, равно как и меры по наказанию отшатнувшихся от него подданных. В оценке этих мер нужно учесть также специфичность отношений подданства среди кочевников, которые уклоняются от подданства путем откочевки-бегства. Есаулы хана Кенесары буквально «пригоняют» непокорных в районы, в которых Кенесары может осуществлять свою власть. Вряд ли можно отнести к числу участников восстания тех казахов, сторонников Жан-Ходжи, которые, по словам Немчинова, кочуют совместно с Кенесары «лишь из страха и беззащитности, но ничуть не из преданности и уважения» [529]. Это подданные Кенесары, а не его приверженцы. Такими же подданными были и баганалинцы и соседний с ними кипчаковский род, к которым приезжали сестра Кенесары Бопай-ханым и султан Сеид-хан с отрядами по 100 человек, чтобы собирать закят «с насиением» [530]. Силою удерживал Кенесары в своем подданстве роды Коксальский, Казганский и Калкамановский, которые по наказаниям Чормана Асатова, «не могут найти удобного случая бежать от Кенесары; в прошлом году, отделясь, покочевали было к Торгаям, но Кенесары выслал отряд тюленгутов, воротил и, почтя за бегство, собрал с казганцев сто лошадей штрафа, а с калкаманцев сто пятьдесят лошадей. Кроме того, отобрал лучшие вещи из имущества». В таком же невольном, как это вытекает из существа государственной власти, подданстве находились «Алеке-Байдалинцы из сыновей Агыбаевых Цмол и Акыл с братьями». По донесению волостного управителя султана Худаймендина¹⁸⁰, они дважды ездили к Кенесары с просьбой разрешить им кочевать в сторону Акмолинска, но Кенесары за эту просьбу, выражающую желание откочевать от него, взял с них штраф «девять девятков». «Сии люди, — сообщает далее Худаймендин, — в третий раз решаются ехать к нему с просьбой, с тем предположением, что если она не будет им уважена, то они, оставя скот и все свое достояние, намерены выбежать одни своею головою...» [531]. Здесь интересно отметить как одну из причин трудности откочевать от хана трудность увести с собой скот. Свообразный способ вернуть подданного применил Кенесары к некоему Кожебеку, бежавшему от него; Кенесары послал султана с пятью тюленгутами, которые, связав Кожебека, доставили к Кенесары, а «вслед затем насильно принудили прикочевать старшую жену... (его)... с детьми и скотиной» [532]. В другом случае тюленгут Кенесары Байташ

¹⁸⁰ Худаймендин — старший султан Акмолинского внешнего округа, полковник (см.: Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов. С. 144–146).

с отрядом в 200 человек насильно увел с собою 25 аулов, а другие аулы «принудил кочевать по направлению к Амантау» [533].

В описанных уже чертах государства Кенесары власть его как хана выступает как власть деспотическая. Это отметил и Герн: «Кенесара действует неограниченно, за малейшее преступление наказывает смертью или рассечением головы и потому страх к нему не имеет границы; он говорит мало и каждое слово его исполняется буквально» [534]. При таком характере его власти не может быть уже и речи о той старшинской демократии, которая ограничивала волю хана в XVI–XVIII вв. Подчиненное положение старшин и биев, с которыми, как с политическими противниками, расправился еще дед его Аблай, сохранилось и в государстве Кенесары. Это не значит, конечно, что старшины и бии потеряли при нем вообще свое значение. Как уже указывалось, преданные ему и делу освободительной войны старшины и бии входили в его ближайшее окружение, назначались есаулами. Но самостоятельной политической роли при нем, как и при Аблае, они уже не играли. Хорошо об этом говорится в песне Досхожа, в варианте, приведенном Добромысловым:

Ты сидел, бывало, хан Кене,
В большой ставке
Рыча подобно пятилетнему медведю,
Если бии бывали непослушны,
Призывая их и требуя к себе [535].

При Кенесары не было и не могло быть места для традиционного совета биев и старшин, контролировавших и ограничивавших власть хана. Но он не был, однако, и единоличным самодержцем, советуясь и считаясь с теми народными вождями батырами, которые совместно с ним руководили освободительной борьбой казахов и пользовались огромным влиянием в массах. Батыры и наиболее выдающиеся из помощников Кенесары в ведении войны и управлении, некоторые его есаулы образовали при Кенесары нечто вроде военно-политического совета, пользовавшегося большим влиянием. Герн, указав на «неограниченный», деспотический характер власти Кенесары, добавляет: «Однако, ближайшие окружающие его советники совершенно владеют его волею; он никакое важное дело не решает без совещания с ними; во многом даже они не слушают его и действуют без его согласия и даже против его воли; в особенности пользуются его доверием и любовью народа султаны Науразбай, Худайменде, Ирежан и Кучак. К числу советников еще присчитывают есаула Канджу, Джике-Батыря, бия Суюна,

Батыря Бассы¹⁸¹ и еще до 20 есаулов» [536]. Эти элементы демократизма, несомненно, внесены в государственную организацию Кенесары размахом народно-освободительного движения, и они служили задачам этого движения. Но они не меняют существа государства Кенесары как деспотического, при выполнении основной функции государства, функции подавления и угнетения масс.

Деспотическому характеру власти Кенесары соответствует и жестокость осуществляемых им репрессий. Подобно Аблаю и Арынгазы и в отличие от прежних казахских ханов он узурпировал и широко пользовался правом смертной казни. Широко применял он как наказание удар саблей или ножом по голове. Жестокость его носит иногда характер изощренного издевательства над жертвой его мщения вроде наказания сына батыра Бабыра [537]. Жестокость его правления отмечена и в цитированной только что песне Досхожа:

О хан...
Связывавший руки рабам, бывшими непослушными,
И разным бездельникам,
Не задумывавшийся убивать рабов,
Бывших непокорными [538].

Нельзя не согласиться поэтому с обоснованностью мнения М. И. Стеблин-Каменской¹⁸², увидевшей в государственности Кенесары государственность «типа Средне-Азиатских ханств» [539]. Под этим углом зрения интересно отметить, что роль главного советника по делам государственного управления при Кенесары играл узбек Сайдакхожа Оспанов, получивший образование в Бухаре и Самарканде [540], подобно тому, как при Арынгазы в той же роли выступал мулла Кулхасанов, двадцать лет обучавшийся в Бухаре. Однако нужно иметь в виду, что ханство Кенесары в этом отношении не стоит особняком в истории казахского государства, что такой же характер имело государство Аблая и Арынгазы и что смысл тех особенностей, которые отличают государственность Кенесары от древнейших ханств, заключается не в заимствовании этих особенностей в средне-азиатских оседлых ханствах, а в новом этапе развития классовой борьбы в Казахстане, которая

¹⁸¹ Наурызбай Касымов, Худайменде Сарджанов, Эрджан Сарджанов (Ирежан), Кочек Касымов (Кучак), есаул Кенесары Касымов Кендже (Кинджа, Канджа), Джеке Батыр (Джике-Батыр), Суюн Коджаханов (би Суюн), Батыр Бассы — сподвижники и ближайшее окружение Кенесары Касымова (см.: Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов. С. 220, 290, 299, 400).

¹⁸² Стеблин-Каменская М. И., ученый-историк, вместе с М. П. Вяткиным работала над сбором и составлением МИКССР.

сделала непригодными старые формы ханской власти и породила новые формы, наиболее ярко выраженные в ханстве Аблая, Арынгазы и Кенесары.

11. Выводы¹⁸³

1. Казахское государство XVI–XVIII вв., будучи по типу феодальным, поскольку оно было орудием классового господства скотовладельцев-феодалов, не было, однако, феодальным по своему механизму и структуре. В механизме казахского государства важную роль играет использование старых форм родоплеменной организации и племенной государственности; феодальный государственный аппарат не получил сколько-нибудь серьезного развития. Такое резкое отставание в развитии политической надстройки является типичной чертой патриархально-феодального общества и есть следствие особенностей пути возникновения и развития феодального общества в Казахстане, выясненных в главе II.

Следует признать поэтому ошибочной характеристику казахского государства как имеющего «вполне развитые формы феодального государства» (С. Толстов), либо как уже в XVI в. более развитого феодального государства, чем Киевское дофеодальное государство и империя Карла Великого («История Казахской ССР с древнейших времен до наших дней»). Подобная переоценка уровня развития казахской государственности решительно опровергается данными о состоянии производительных сил казахского общества и свидетельствами источников о его механизме и структуре. Переоценка уровня развития казахского государства, его прочности и мощи, искажая подлинную историю Казахстана, способствует буржуазно-националистическим извращениям и недооценке значения великой Октябрьской социалистической революции в истории казахского народа (Большевик. 1945. № 6).

2. Для казахского государства характерны следующие черты:

а) Отсутствие территориального разделения подданных. Административно-политической единицей являются «родовые» подразделения, объединения кочевников — частных собственников. Целостность этих объединений в основном обеспечивается экономически необходимостью совместного кочевания и политически — властью старшин. Но кровно-родственные связи, действительные или мнимые, еще сохраняют в этих объединениях большое значение, отчасти заменяя отсутствующую территориальную связь.

¹⁸³ В диссертации С. Л. Фукса начинается со с. 526.

б) Крайняя слабость органов надродовой власти и сосредоточение функций принуждения в руках родовой знати, в частности старшин-«родоначальников». При этом отсутствует *видимая* «особая сила» как рычаг принуждения. Наличие ее маскируется патриархально-родовой организацией власти и принуждения. Родоначальник опирается на «многочисленную фамилию», на непосредственно зависимых от него как от богача сородичей, на «хороших людей» общины и на создаваемый ему на этой почве патриархальный «авторитет».

в) Решающей политической силой и в общегосударственном масштабе являются старшины-родоначальники. Разнообразные советы и съезды старшин фактически на всех этапах истории казахского государства, при номинальной власти ханов, играют роль высшего органа государственной власти. Избрание старшинами хана вытекает из этой роли старшин, и вопреки установившемуся в литературе мнению выборы хана вовсе не были пустой церемонией.

г) *Как глава государства* казахский хан, как правило, всегда был бессилен по сравнению со старшинами. Основная роль хана — роль военного вождя, чисто формальное дипломатическое представительство, а также роль арбитра в междуродовых спорах. Хан не располагает аппаратом, необходимым для осуществления власти главы государства; действительными силами государственного принуждения обладают лишь старшины. Неправильным нужно считать утвердившееся прочно мнение, что в лице тюленгутов хан располагал гвардией и полицией, способной обеспечить его власть как главы государства. Военно-полицейские функции тюленгутов, «ханского двора служителей», «домовых людей хана», исчерпывались их ролью ханских телохранителей и полиции ханского двора и хозяйства. Орудием политической власти хана не могло быть и войско. Военная организация казахов оставалась на уровне всенародного ополчения и мелких отрядов, дружин, создаваемых на основе добровольчества для небольших набегов. Здесь не было даже системы феодальных дружин. Предполагающих обязательную службу феодально-зависимых крестьян. Не было, разумеется, и постоянной армии.

д) Султаны до конца XVIII в. не были ни заместителями хана, ни его вассалами-ленниками. В своем положении «владельцев» казахских родов они больше зависели от старшин этих родов, нежели от хана. До того, как со второй половины XVIII в. султаны стали превращаться во владельцев-феодалов, их власть в родовых объединениях покоилась на их роли военных вождей и была обусловлена признанием старшин.

е) Незрелости всей государственной организации казахов соответствует эмбриональное состояние налоговой системы. Повинности населения не носят всеобщего и регулярного характера. «Сугум»,

«шибага» и аналогичные повинности не могут рассматриваться как налоги, взимаемые для содержания государственного аппарата. Все это лишь древнейшие способы содержать самого хана и султанов «на иждивении народа». «Закят» и «ушр» приобретают значение только к концу XVIII в. в связи с попыткой перестроить казахскую государственность на новых основаниях.

3. На базе примитивного натурального кочевого скотоводческого хозяйства не могла иметь места консолидация господствующего класса, не могло быть создано сильное и даже относительно централизованное государство. Застойный характер экономики Казахстана, невозможность преодолеть этот застой в изолированном кочевом обществе делает все попытки создания сильного государства бесперспективными, а отдельные успехи в этом направлении случайными, кратковременными и эфемерными. Таким образом, слабость казахской государственности неизбежно вытекала из особенностей общественного строя казахов.

Укрепление казахского государства, централизация его и изменение его архаической политической структуры, в частности, путем создания сильной ханской власти, было возможно только на путях преодоления изолированности кочевого хозяйства. Попытки укрепить казахское государство и ханскую власть всегда были связаны поэтому со стремлением опереться на оседлые центры, захватить пограничные города (Хакк-Назар, Тевекель, Тауке). Тяга казахских ханов к городам поэтому была прогрессивным явлением и пользовалась поддержкой населения, несмотря на то, что это угрожало политическим интересам старшин. Однако соотношение сил кочевников-казахов и оседлых обществ Средней Азии вследствие застойности экономики Казахстана непрерывно изменялось не в пользу казахов. Экономическая отсталость, политическая раздробленность и связанная с этим военная слабость воспрепятствовали успешной экспансии казахов в оседлые области и тем самым к началу XVIII в. окончательно закрыли выход в сторону экономического прогресса и укрепления казахского государства. Отсюда и кризис власти ханов, потерявших свое значение военных вождей, что лишь особенно ярко проявилось в «годы великого бедствия» (1723–1725). Хан не мог стать и самодержавным объединителем казахских земель, поскольку в экономике Казахстана не было никаких предпосылок для такого объединения и для устранения власти отдельных старшин, успешно справлявшихся еще с задачей классового подавления подвластных им родовичей. Превращение ханов в агентов российского царизма только углубило и ускорило кризис ханской власти, но не было его причиной.

4. Развитие отношений феодальной эксплуатации, ускоренное колониальной политикой царизма, привело во второй половине XVIII в.

к резкому обострению классовой борьбы в Казахстане, сопровождавшемуся массовым антиколониальным и антифеодальным движением, острой междоусобной борьбой и потрясением основ феодальной собственности. В этих новых для Казахстана условиях глубокого хозяйственного и политического кризиса старая организация государственной власти оказалась недостаточной, чтобы удержать массы в покорности. Казахская знать, всегда до сих пор стремившаяся «иметь хана, отделя только его от управления народом», чувствует теперь острую потребность в хане «сильной руки», который уничтожит «воров», прекратит разорительную барымту и даст возможность восстановить караванную и прилинейную торговлю. Стремление к сильной ханской власти поддерживается еще в ряде случаев потребностями борьбы казахов за национальную независимость. Отсюда накануне полного уничтожения казахской государственности создаются предпосылки для ее исторического взлета в ханстве Аблая, Арынгазы и Кенесары, поскольку последний, будучи вождем национально-освободительного движения, был также и ханом.

5. Ханство Аблая, Арынгазы и Кенесары было, с точки зрения государственно-правовых форм, попыткой отбросить традиции архаической государственности и создать сильную централизованную государственную власть. Власть сосредоточена здесь в руках хана, и старшинская оппозиция решительно подавляется при помощи сосредоточенного в руках хана центрального военно-полицейского аппарата. Управление на местах переходит к лицам, назначаемым ханом. Вводится налоговая система, обеспечивающая содержание постоянного государственного аппарата. Вырастает резко, вопреки обычному праву, карательная власть хана.

Но этот своеобразный степной «абсолютизм» не имеет, однако, под собой сколько-нибудь прочной экономической базы, способной обеспечить единство государства, и государство Аблая, Арынгазы и Кенесары вновь распадается, как только исчезают породившие его на время благоприятные условия, выгодное внешнеполитическое положение или подъем национально-освободительного движения.

6. Прогрессивная роль России по отношению Казахстану, ее цивилизующая роль, которую отмечает Энгельс [541], связана с тем, что колониальное господство быстро разрушало экономическую изолированность страны скотоводов-кочевников и содействовало в XIX в. развитию в Казахстане капиталистических отношений. Однако по самому существу колониальной политики царизма этот дорого стоивший трудовым массам мучительный и медленный экономический прогресс не создавал никаких предпосылок для возрождения казахской национальной

государственности. Только великая Октябрьская социалистическая революция, превратившая патриархально-феодальный Казахстан кочевников в индустриально-аграрную социалистическую республику, создала условия для возрождения непрерывно развивающейся и укрепляющейся казахской государственности.

12. Примечания к главе III¹⁸⁴

1. Известия ГАИМК. № 103. С. 193 (выделено мною).¹⁸⁵
2. История Казахской ССР. С. 107.
3. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 390–391, 393, 403.
4. См., напр.: История средних веков. Т. 1. 1941. С. 96 и 106, или: История средних веков. М.: ВПШ при ЦК ВКП(б), 1944. С. 35.
5. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 391.
6. Там же. С. 394.
7. Большевик. 1945. № 11–12. С. 33–34.
8. Аристов Н. Опыт выяснения этнического состава киргиз-казахов большой орды... // Живая старина. 1894. Вып. III–IV. С. 393 (выделено мною).
9. История Казахской ССР. С. 81.
10. Энгельс Ф. Анти-Дюринг. 1934. С. 115.
11. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. IX. С. 350.
12. Дополнения к актам историческим. Т. X. С. 383.
13. Рычков П. И. Топография Оренбургской губернии. Оренбург, 1887 (1762). С. 98.
14. Истарх. КазССР. Ф. 5. Оп. 1. Св. 84. Д. № 1271. 1886–1870. Л. 123.
15. Истарх. КазССР. Ф. 5. Св. 117. Д. 1603. Л. 20 об.
16. I ПСЗ. Т. XXXVIII. № 29127. 22 июля 1822 г. § 8.
17. Добросмыслов А. Тургайская область. С. 276.
18. Истарх. КазССР. Ф. 5. Св. 117. Д. 1603. Л. 5.
19. ЦГИАЛ. Ф. 1264. Оп. 54. Д. 253. 1824–1825. Л. 37 об.–38.
20. Истарх. КазССР. Ф. 5. Св. 117. Д. 1603. Л. 2 об.
21. Гродеков. С. 13.
22. Отчет по ревизии Туркестанского края. Сельское управление. СПб., 1910. С. 12.
23. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 145.
24. Красный архив. 1938. № 2(87). С. 254. Из «Описания казахских родов» Тевкелева.
25. Известия Каз. филиала Академии Наук СССР. Сер. истор. Вып. 1. 1940.
26. Материалы. IV. С. 215.

¹⁸⁴ В диссертации начинается со с. 535.

¹⁸⁵ Здесь и далее примечания о подчеркиваниях С. Л. Фукса.

27. Там же. С. 223.
28. *Гавердовский* (рукопись). Л. 71 об.
29. Там же. Л. 71.
30. *Леонтович Ф.* Древний монголо-калмыцкий и ойротский устав взысканий. С. 40. Ст. 157 — См. также: *Голстунский К.* Монголо-ойратские законы 1640 г. С. 58. Ст. 125.
31. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 146.
32. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 11.
33. Там же. № 442. Л. 36 об. (выделено мною).
34. *Гавердовский* (рукопись). Л. 71 об.
35. ЛОИИ. № 439/358. Л. 6–6 об.
36. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 55.
37. ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 54.
38. ЛОИИ. Ф. 267. № 9–12. Из «Журнальной записки 1771 г., веденной при пограничных делах о действиях против калмыков».
39. *Radloff W.* Aus Sibirien. В. 1. S. 513–514.
40. *Радлов В. В.* К вопросу об уйгурах. Записки Академии Наук. Т. 72. Кн. 1. 1893. С. 69.
41. Там же и Aus Sibirien. S. 514.
42. *Гавердовский* (рукопись). Л. 71 об.
43. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 442. Л. 36 об, 37 (выделено мною).
44. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 10 (выделено мною).
45. Ш (рукопись). Л. 50 об.
46. Отечественные записки. 1830. Ч. 41. С. 90.
47. *Баллюзек*. С. 161.
48. *Красовский*. Ч. 1. С. 57.
49. ЛОИИ. Ф. 267. № 9–12 (подл. ООА Губ. Правл. Св. 12. № 51. Л. 288–289).
50. Материалы. IV. С. 135, 172 и др.
51. *Добросмыслов А. И.* Тургайская область. С. 93.
52. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 140.
53. Материалы. Т. II (печатается). С. 39.
54. Там же. С. 94.
55. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исторические известия о киргиз-кайсаках... Т. 1. Уфа, 1853. С. 17.
56. *Радлов В.* К вопросу об уйгурах. С. 70.
57. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Т. II. С. 85.
58. *Левшин А.* Описание. Ч. III. С. 170–178.
59. *Паллас П.* Путешествие по разным провинциям Российской империи. СПб., 1773. Т. 1. С. 578 (выделено мною).
60. *Рычков П. И.* История оренбургская. Оренбург, 1896 (1774). С. 72 (выделено мною).
61. *Георги П.* С. 124.
62. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 442. Л. 37.
63. Материалы. Т. IV. С. 124.

64. *Георги. П.* С. 124, 130, 135.
65. *Паллас.* Путешествие по разным провинциям Российской империи. СПб., 1773. Т. 1. С. 578.
66. *Добросмыслов А.* Тургайская область. С. 268.
67. *Георги. П.* С. 131.
68. См. главу V.
69. *Рычков П. И.* История оренбургская. Оренбург, 1896 (1774). С. 71.
70. *Георги. П.* С. 124.
71. *Чулошников А.* К истории феодальных отношений в Казахстане в XVII–XVIII вв. // Известия АН СССР. 1936. № 3. С. 504–505; *Красовский.* Ч. 1. С. 57.
72. *Гродеков.* С. 12.
73. Этнографическое обозрение. 1900. № 3. Кн. 46. С. 66.
74. Материалы. Т. IV. С. 117.
75. *Коншин Н.* Очерки экономического быта киргиз Семипалатинской области. Памятная книжка Семипалатинской области на 1901 г. Вып. V. Семипалатинск, 1901. С. 159.
76. *Морган Л.* Древнее общество. 1934. С. 120.
77. Дополнения к актам историческим. Т. X. СПб., С. 386.
78. Там же. С. 379.
79. Там же. С. 386.
80. Там же. С. 380.
81. Там же. С. 381.
82. *Левшин.* Описание. Ч. 1. С. 101 (выделено мною).
83. Материалы. II (печатается). С. 210.
84. Из показаний писаря Аблая Маметева. 28.VIII.1760 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 32. № 4. 1760. Л. 271–274.
85. Материалы. II (печатается). С. 153.
86. М. П. Вяткин видит здесь защиту Серке решения старшинского совета, но текст позволяет говорить скорее о требовании группы Серке (см.: Проблемы источниковедения. Т. III. С. 55).
87. Из рапорта Ф. Гордеева 3 октября 1763 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 37. № 2. 1763. Л. 2–15.
88. ЛОИИ. Ф. 267. № 9–12. Его же рапорт от 7.VII.1760.
89. Журнал Тевкелева. 1732–1733 гг. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 16.
90. Из «сказки» Адгамова и Ибраева. 13.IV.1776 г. о посещении ими «Невидимки» // ЦГАДА. Ф. 122. К. 60. № 1. 1775–1786. Л. 108–112.
91. *Рычков П. И.* История оренбургская. 1896. С. 80.
92. Там же. С. 82.
93. *Витевский В. Н. И. И.* Неплюев и Оренбургский край. 1889. С. 699.
94. Цитированный рапорт Филата Гордеева от 7.VII.1760.
95. ЛОИИ. Ф. 267. № 9–12. Из показаний писаря старшины Кулсары-Батыра Сафар Салива. 22.VIII.1860.
96. ЛОИИ. Ф. 267. № 7. Из письма Айчувака Рейнсдорпу от 07.II.1776. Перевод ЛОИИ; подлинный ООА Губ. Правл. № 78. 1776. Л. 235, 236 об.

97. Там же. Из письма Нуралы Мансурову от 10.IX.1777. Перевод ЛОИИ, подлинный ООА Губ. Правл. № 101. 1777.
98. Из показаний Маметева от 28 августа 1760 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 32. № 4. 1760. Л. 271–274.
99. Из письма Ералы от 3.IX.1764 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 46. № 15. 1763–67. Л. 217–218.
100. Записки купца Гока // ЦГАДА. Ф. 122. К. 8. № 4. 1742. Л. 71 об.
101. Журнал Тевкелева 1732–33 гг. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 61.
102. Из показаний Айдара Сафарова от 12 ноября 1764 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 45. № 14. 1762–63. Л. 158.
103. *Витевский В. Н.* И. И. Неплюев и Оренбургский край. 1889. С. 721.
104. Материалы. II. С. 327.
105. ЛОИИ. Ф. 267. № 7. Из письма Нуралы коменданту Яицкого городка полковнику Симонову от. 3.XI.1774 (подлинный ЦГАДА. Ф. гр. Панина. 68. № 15. 1774).
106. *Георги.* II. С. 124.
107. Указ Коллегии иностранных дел. 7.XII.1749. И. И. Крафт. Сборник узаконений о киргизах степных областей. 1898. Хронологический перечень.
108. Сын Отечества. 1822. № 35. С. 58.
109. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 442. Л. 36 об.
110. Материалы. II. С. 175.
111. Журнал Тевкелева. 1732–33 гг. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 117.
112. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исторические известия о киргиз-кайсаках. Т. 1. Уфа, 1853. С. 165.
113. Журнал Тевкелева о поездке в Калугину крепость в декабре 1755 года // ЦГАДА. Ф. 122. К. 22. Д. № 5. Л. 143 об.
114. *Nicolaus Rytschkow...* Tagebuch über seine Reise nach verschiedene Provinzen des russischen Reichs... Riga, 1774. S. 369 (русским оригиналом я, к сожалению, не имел возможности пользоваться. — С. Ф.)
115. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исторические известия о киргиз-кайсаках. Т. 1. 1853. С. 32.
116. *Баллюзек.* С. 162.
117. *Добросмыслов.* Тургайская область. С. 268 и сл.
118. *Рязанов А.* Батыр Сырым Датов // Советская Киргизия. 1924. № 10. С. 106–107.
119. *Добросмыслов А. И.* Тургайская область. С. 211.
120. Журнал Тевкелева. 1732–33 гг. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 23 об.
121. Из письма Нуралы Тевкелеву 10.VI.1758 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 27. № 4. 1758. Л. 82–83.
122. ЛОИИ. Ф. 267. № 13–16. Из донесения Неплюева в КИД от 22.VII.1745.
123. Записка купца Гока // ЦГАДА. Ф. 122. К. 8. № 4. 1742. Л. 67 об.
124. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исторические известия о киргиз-кайсаках. Т. 1. Уфа, 1853. С. 52.

125. Материалы. II (печатается). С. 211–212.
126. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 11 об.
127. Материалы. II (печатается). С. 158.
128. ЛОИИ. Ф. 267. № 5–8. Донесение КИД Прав. Сенату 14 января 1757 г. (подлинный ЛОЦИА. Д. № 1594. 1756–59. Л. 1388).
129. ЛОИИ. Ф. 267. № 7. Письма Нуралы Кречетникову 19.XII.1775 и Рейнсдорпу 7.II.1776.
130. ЛОИИ. Ф. 267. № 9–12. Из рапорта генерал-поручика Шпрингера 19.VII 1765.
131. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51.
132. *Гродеков*. С. 25.
133. *Гавердовский* (рукопись). Л. 90 об.
134. Журнал Тевкелева 1732–33 гг. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 126.
135. Там же. Л. 79.
136. ЛОИИ. Ф. 267. № 4–7. Из письма Нуралы от 1 января 1756 г.
137. ЛОИИ. Ф. 267. № 9–12. Из письма Войекову от Даутбай Тархана 1768 г. (подлинный ООА Губ. Правл. Св. 12. № 51. Л. 288–299).
138. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 184.
139. *Deguignes M. Histoire generale des Huns...* P. 1756. С. 26.
140. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50 об.
141. Там же. Л. 90.
142. Труды ВОРАО. Ч. XIII. С. 98.
143. *Рычков П. И.* Топография Оренбургской губернии. 1887 (1762). С. 111.
144. Материалы. II (печатается). С. 219.
145. Красный Архив. 1936. № 5 (78). С. 200.
146. Из показаний старшины Уразмаметь Тархана. 1765 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 45. № 14. Л. 298 об.
147. Из «сказки» переводчика Гуляева от 19.VI.1758 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 27. № 4. 1758. Л. 89 об.
148. Памятники Сибирской истории XVIII в. Кн. 2. 1713–1724. С. 160.
149. ЛОИИ. Ф. 267. Д. № 1–3. Из «сказки» Матвея Арапова 26.VI.1740.
150. Из рапорта губернатора Давыдова от 5 ноября 1762 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 35. № 4. 1762. Л. 135–135 об.
151. ЦГИАЛ. Ф. 1. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. № 28. 1821. Л. 21 об.
152. Отечественные записки. 1830 г. Ч. 41. С. 44.
153. *Красовский*. Ч. 1. С. 50–58.
154. *Чулошников А.* Очерки по истории казак-киргизского народа. 1924. С. 216; *Вяткин М.* Очерки. С. 114.
155. Там же.
156. *Вяткин М.* Очерки. С. 131.
157. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 140.
158. Там же. С. 85.
159. *Крафт И. И.* Сборник узаконений о киргизах степных областей. Оренбург, 1898. Хронологический перечень. С. 114.

160. Красный Архив. № 5(78). С. 201.
161. Материалы. IV. С. 345.
162. Из представления Тевкелева и Рычкова в КИД 22.I.1759. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 30. № 4. 1759. Л. 38 об.
163. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 442. Л. 36 об.
164. Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 156.
165. *Валиханов Чокан*. Соч. С. 6.
166. *Витевский В. Н.* И. И. Неплюев и Оренбургский край. 1889. С. 711.
167. См. примеч. 159.
168. Материалы. II (печатается). С. 232.
169. Там же. С. 238–239.
170. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 439–358. Л. 32.
171. Материалы. II (печатается). С. 256.
172. *Добросмыслов А.* Тургайская область. С. 93 и сл.
173. ЦГИАЛ. Ф. Земск. отд. 8-е делопр-во. Оп. 861. Д. 44 а. 1811–1823. Л. 29 об., 84, 90, 103 об.
174. *Крафт И. И.* Сборник узаконений о киргизах степных областей. С. 114.
175. *Левшин*. Описание. Ч. II. С. 179.
176. Там же. С. 246.
177. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 167.
178. Материалы. IV. С. 314.
179. Там же. С. 359.
180. *Рязанов А. Ф.* Сорок лет борьбы за национальную независимость казахского народа. 1926. С. 1.
181. Там же. С. 45.
182. Там же. С. 139.
183. Там же. С. 45.
184. *Левшин А.* Описание. Ч. III. С. 127, 169.
185. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Ч. 1. С. 94–95.
186. *Гавердовский* (рукопись). Л. 90 об., 91.
187. *Левшин А.* Описание. Ч. III. С. 169.
188. I ПСЗ. Т. XXIII. № 17080.
189. Истарх КазССР. Ф. 5. Оп. 1. Св. 94. Д. 1350 а. 1867. Л. 9 об–10.
190. Исторический вестник. 1913. Т. 84. С. 302.
191. *Вяткин М.* Очерки. С. 111, 112, 122 (выделено мною).
192. Указ соч. С. 151–152.
193. *Гавердовский* (рукопись). Л. 71 об.
194. *Вяткин М.* Очерки. С. 111–112.
195. Записки ИРГО по отд. этнографии. Т. 34. 1909. С. 304 (выделено мною).
196. *Вяткин М.* Очерки. С. 112.
197. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50 об.
198. С. 151.

199. Инструкция Кирилову от 18.V.1734. Ч. ПСЗ. Т. IX. № 6576; представление КИД сенату от 8.VIII.1742 // Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 139.
200. *Deguignes M.* Histoire generale des Huns... Р. 1756. S. 23, 69, 73, 85, 87, 90–91.
201. История Казахской ССР. С. 107 и 148.
202. Из представления Тевкелева и Рычкова КИД 22.I.1759 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 30. № 4. 1759. Л. 42 об.–43.
203. *Левшин А.* Описание. Ч. III. С. 155–156.
204. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 9 об.
205. Материалы. IV. С. 78.
206. *Гавердовский* (рукопись). Л. 72 об.
207. ЛОИИ. Ф. 267. № 13–16. Определение Прав. Сената 20.VI.1744.
208. Материалы. Т. II (печатается). С. 311.
209. ЛОИИ. Ф. 267. № 10–13. Из письма Ералы Неплюеву от 9 сентября 1755 г. (подлинный ЦГИАЛ. Секр. экспед. Прав. Сената. № 1582. 1755. Л. 708).
210. Журнал Тевкелева 1732–33 гг. // ЦГАДА. № 1. 1733. Л. 44.
211. Там же. Л. 12, 13 об., 14, 44, 56 об.
212. Там же. Л. 57.
213. Материалы. Т. II (печатается). С. 235.
214. Архив ЛОИИ. Ф. 267. № 7. Из письма Ералы Мансурову 24.XII.1777 (подлинный ООА. Губ. Правл. № 101. 1777. Перевод ЛОИИ и ф. 267); № 16–19. Из прошения биев и батыров 5.X.1748.
215. Материалы. IV. С. 359.
216. Материалы. II (печатается). С. 252, 253, 261, 262, 276. Из записки Гуляева, октябрь 1748 г., «сказки» муллы Смаила Абдрезякова 20.XI.1748 и Найденова 9.V.1749.
217. Рапорт капитана Андрея Яковлева 26 сентября 1749 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 18. № 4. 1749. Л. 276 об. (выделено мною).
218. Из письма Ералы султана, полученного 12.VII.1760 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 32. № 4. 1760. Л. 218–221.
219. Журнал Тевкелева 1732–33 гг. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 44.
220. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 442. Л. 63.
221. *Красовский*. Ч. 1. С. 55.
222. *Баллюзек*. С. 162.
223. Сын Отечества. 1822. № 14. С. 295.
224. Материалы. IV. С. 334, 359, 377, 495, примеч. 149.
225. *Козин С.* Сокровенное сказание. С. 135.
226. ЦГИАЛ. Ф. 1264. Оп. 54. Д. 30. Л. 15–15 об.
227. Вестник ИРГО. 1851. Ч. 1. Кн. I–VI. С. 5.
228. Вестник ИРГО. 1858. Ч. 22. С. 92.
229. *Рычков П.* Топография Оренбургская. 1887 (1762). С. 111.
230. *Левшин*. Описание. Ч. II. С. 204.
231. Красный Архив. 1936. № 5(78). С. 213.

232. Из журнала Тевкелева о поездке его в Калугину крепость, декабрь 1755 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 22. № 5. Л. 145.
233. Журнал Тевкелева 1732–33 г. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 23 об.
234. *Вяткин М.* Очерки. С. 121–122; История Казахской ССР. С. 152.
235. *Левшин А.* Описание. Ч. I. С. 64.
236. *Вяткин М.* Очерки. С. 105.
237. История Казахской ССР. С. 112.
238. Там же. С. 152.
239. Красный Архив. 1936. № 5(78). С. 201.
240. Красный архив. 1938. № 2(87). С. 153.
241. Дополнения к актам историческим. Т. X. СПб., 1867. С. 390.
242. Известия АН СССР. 1936. № 3.
243. Там же.
244. Там же.
245. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 96.
246. *Вяткин М.* Очерки. С. 90.
247. Материалы по истории народов СССР. Вып. 3. С. 291.
248. *Radloff W.* Aus Sibirien. S. 516–517.
249. *Румянцев П. П.* Киргизский народ в прошлом и настоящем. СПб., 1909. С. 19; также *Леонтьев А.* С. 119.
250. *Чулошников А. П.* Очерки. С. 215.
251. *Красовский.* Ч. 1. С. 50.
252. *Radloff W.* Aus Sibirien. S. 510.
253. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исследование о касимовских царях и царевичах. Т. II. Труды ВОРАО. Ч. X. 1864. С. 288.
254. *Иванов П. П.* Казахи и Кокандское ханство. Зап. Ин-та Востоковедения. АН СССР. Т. VII. 1939. С. 108.
255. Из журнала кн. Уракова 9 марта и 19 апреля 1744 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 10. № 4. Л. 50–54.
256. История Казахской ССР. С. 131–132; *Юшков С. В.* История государства и права СССР. 2-е изд. С. 525–526.
257. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 10.
258. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 439/358. Л. 6.
259. *Витевский В. Н.* И. И. Неплюев и Оренбургский край. Казань, 1889. С. 790.
260. Материалы. IV. С. 437.
261. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 439/358. Л. 6 об.
262. *Чулошников А.* Очерки... С. 215.
263. *Логутов Н. А.* Очерки родового быта казахов. Записки Семипалатинского отдела общества изучения Казахстана. 1929. Т. I. Вып. XVIII. С. 43.
264. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исследование о касимовских царях и царевичах. Т. II. С. 260.
265. Там же. С. 304.

266. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51 об.–52.
267. Материалы. II (печатается). С. 175.
268. Там же. С. 231.
269. Из «сказки» Гуляева от 19 июня 1758 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 27. № 4. 1758.
270. Записки купца Гока // ЦГАДА. Ф. 122. К. 8. № 4. 1742. Л. 68.
271. Материалы по истории Башкирской АССР. Т. I. С. 238 и сл., и 295.
272. *Козин С.* Сокровенное сказание. С. 117.
273. *Добросмыслов А.* Тургайская область. С. 268.
274. *Красовский*. Ч. 1. С. 48–49.
275. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 95–96.
276. История Казахской ССР. С. 165.
277. Показания Уракова и Гуляева от 10.VI.1760 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 32. Д. № 4. 1760. Л. 70.
278. Вопросы истории. 1946. № 7. С. 62.
279. *Бернштам А.* Социально-экономический строй орхон-енисейских тюрок. VI–VIII вв. 1946. С. 108.
280. *Владимирцов Б. Я.* Общественный строй монголов. С. 80.
281. *Вяткин М. П.* Казахское общество в середине XVIII в. // Известия Каз. ФАН. 1940. Вып. I. Сер. истор. С. 9 и 14.
282. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 439/358. Л. 6 об.
283. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. IV. С. 10.
284. *Сталин И. В.* Соч. Т. 5. С. 34.
285. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 443.
286. Известия АН СССР. 1936. № 3.
287. Материалы. IV. С. 365.
288. *Рязанов А. Ф.* Сорок лет борьбы за национальную независимость казахского народа. 1926. С. 33, 99.
289. Материалы. IV. С. 314.
290. Там же. С. 57, 72.
291. Красный Архив. 1936. № 5(78). С. 197.
292. *Вяткин М.* Очерки. С. 111.
293. *Левшин А.* Ч. III. С. 160.
294. Материалы. IV. С. 435–436.
295. Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 151.
296. Материалы. IV. С. 361.
297. *Вяткин М.* Очерки. С. 113. История Казахской ССР. С. 131.
298. Записки Семипалатинского отд. общества изучения Казахстана. 1929. Вып. XVIII. Т. 1. С. 43.
299. *Вяткин М.* Тюленгуты в XVIII в. // Известия Казахского филиала АН СССР. Сер. истор. 1940. Вып. I.
300. *Вяткин М.* Очерки. С. 214.
301. *Валиханов Чокан.* Соч. С. 6.
302. *Вяткин М.* Очерки. С. 113.

303. Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 156.
304. Из донесения Тевкелева и Рычкова в КИД 15.III.1759 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 30. № 4. 1759. Л. 113 об.
305. Известия Каз. филиала АН СССР. Сер. истор. Вып. I. 1940.
306. Отечественные записки. 1830. Ч. 42. С. 82, 96.
307. *Левшин А.* Свидание с ханом меньшей киргиз-кайсацкой орды // Вестник Европы. 1820. Ч. 63. № 17. Сентябрь. № 22. С. 130.
308. *Валиханов Чокан.* Соч. СПб., 1904. С. 6.
309. Памятная книжка Семипалатинской области на 1902 г. Вып. VI. 1901. С. 77–80.
310. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Ч. 1. С. 434, 446.
311. *Фюстель де Куланж.* История общественного строя древней Франции. Т. V. С. 247.
312. Там же. С. 249, 259.
313. *Владимирцов Б. Я.* Общественный строй монголов. С. 90.
314. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. № 2794. 1846.
315. Цит. у Зобнина. Указ. соч. Ст. 38 (выделено мною).
316. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. № 2794. 1846. Л. 66, 124.
317. *Зобнин Ф.* Указ соч. С. 43.
318. Там же и *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Т. I. С. 434.
319. *Зобнин Ф.* Там же.
320. *Харузин А.* Киргизы Букеевской орды. Т. I. С. 32.
321. *Владимирцов Б.* Общественный строй монголов. 1934. С. 91.
322. *Козин С. А.* Сокровенное сказание. 1941. § 224.
323. *Харузин А.* Киргизы Букеевской орды. С. 33.
324. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Т. I. С. 434.
325. *Рязанов А. Ф.* Сорок лет борьбы за национальную независимость казахского народа. 1926. С. 42.
326. Из показаний старшины Уразмаметь дархана после 1765 г. ЦГАДА. Ф. 122. К. 45. № 14 (выделено мною. — *С. Ф.*).
327. Материалы. II (печатается). С. 172.
328. *Гавердовский* (рукопись). Л. 74.
329. Там же. Л. 51.
330. *Ковалевский М.* Современный обычай и древний закон. Т. II. С. 216.
331. *Гавердовский* (рукопись). Л. 74 об.
332. *Рязанов А. Ф.* Сорок лет борьбы за национальную независимость казахского народа. 1926. С. 110.
333. *Гавердовский* (рукопись). Л. 75.
334. *Рязанов А. Ф.* Сорок лет борьбы за национальную независимость казахского народа. С. 125.
335. *Бартольд В.* Церемониал при дворе узбекских ханов. Записки ИРГО по отд. этнографии. Т. 34. 1909. С. 304.
336. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 12.
337. Отечественные записки. 1830. Ч. 42. С. 82.

338. ЦГИАЛ. Ф. 1274. Оп. 54. Д. № 30. 1819. Л. 15 об.
339. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 151 об.
340. *Красовский*. Ч. III. С. 67.
341. *Румянцев П. П.* Киргизский народ в прошлом и настоящем. СПб., 1909. С. 6 и др.
342. *Валиханов Чокан*. Соч. С. 300.
343. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 439/358. Л. 6 об.
344. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 107.
345. *Козин С.* Сокровенное сказание. § 255.
346. История СССР. Т. I. 1-е изд. С. 164, 168, 2-е изд. С. 143.
347. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 101.
348. Там же. С. 102.
349. *Вяткин М.* Очерки. С. 111.
350. Там же. С. 122.
351. *Валиханов Чокан*. Соч. С. 5, 300.
352. Материалы. II (печатается). С. 175.
353. Вестник Европы. 1821. № 21. С. 126–127.
354. Отечественные Записки. 1830. Ч. 42. С. 90.
355. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 12.
356. *Рязанов А. Ф.* Восстание Исатая Тайманова // Труды об-ва изучения Казахстана. Т. VIII. Вып. 4. 1927. С. 8.
357. Журнал Тевкелева 1732–33 г. // ЦГАДА. № 1. 1733. Л. 8–137 об.
358. Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 162.
359. ЛОИИ. Ф. 267. № 4–7. Из письма и.д. губернатора Мансурова 19.IX.1777 (подл. ООА, ф. Оренб. губ. правл. Св. 21. № 101. Л. 24–25).
360. *Георги*. II. С. 138.
361. Проблемы источниковедения. III. С. 54. Известия КазФАН. Сер. истор. Вып. I. 1940. С. 3.
362. Материалы. II (печатается). С. 54–55.
363. Там же. С. 327.
364. Там же. С. 89.
365. Там же. С. 216.
366. ЦГИАЛ. Ф. 1. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. 28. 1921. Л. 22.
367. Вестник Европы. 1821. № 21. С. 127.
368. ЛОИИ. Ф. 267. № 7. Из письма Нуралы к Оренбургскому губернатору Рейнсдорпу 7.II.1776. Перевод ЛОИИ (выделено мною).
369. *Георги*. II. С. 121.
370. Красный Архив. 1938. № 22(87). С. 169 (выделено мною).
371. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 12.
372. Материалы. II (печатается). С. 175.
373. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 439/358. Л. 6 об.
374. ЦГИАЛ. Ф. 1. Сиб. Ком-т. Оп. 54. Д. 28. 1821.
375. Материалы. IV. С. 57.
376. Вестник ИРГО на 1851 г. Ч. 1. Кн. I. VI. С. 5.

377. *Вяткин М.* К вопросу о крестьянских войнах в Казахстане // Вопросы истории. 1945. № 3–4. С. 74.
378. Вопросы колонизации. 1909. № 5. С. 124.
379. Там же. С. 80, 107, 137.
380. Большевик. 1945. № 6.
381. История Казахской ССР. С. 132.
382. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 67–69 об., 123, 131 об., 146, 152 и др; Ф. 4. Оп. 1. Св. 319. Д. 3490. 1851. Л. 38 об., 39, 67 об.; *Вяткин М.* Очерки. С. 11; Материалы. IV. С. 7–8.
383. История Казахской ССР. С. 107.
384. *Баллюзек.* С. 162.
385. *Аверкиева Ю. П.* К вопросу о потлаче у индейцев северо-западной Америки // Краткие сообщения института этнографии. 1946. № 1. С. 26–28.
386. Истарх КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 68 об. и 123 (выделено мною).
387. *Козин С.* Сокровенное сказание. § 279.
388. Там же. § 177.
389. Там же. § 123.
390. Проблемы источниковедения. III. С. 59.
391. *Козин С.* Сокровенное сказание. § 279.
392. *Плано Карпини.* История монголов. СПб., 1911. С. 24.
393. Там же. С. 23.
394. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 242. Д. 2755. Л. 1313 об.–1314 об.
395. Материалы. IV. С. 7–8.
396. *Чулошников А. П.* Очерки по истории казак-киргизского народа. 1924. С. 216.
397. *Баллюзек.* С. 63; *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Т. I. С. 24; *Гродеков.* С. 196.
398. Материалы. IV. С. 17.
399. *Георги.* II. С. 125.
400. *Гавердовский* (рукопись). Л. 91 об.
401. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 67 и сл.
402. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. I. Св. 319. Д. № 3490. 1850. Л. 38. об., 67 и 67 об.
403. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 219. Д. № 2547. Л. 94.
404. *Вяткин М.* Очерки. С. 289.
405. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 233. Д. 2651. 1845. Л. 748.
406. *Вяткин М.* Очерки. С. 112.
407. *Radloff W.* Aus Sibirien. S. 470.
408. Материалы. IV. С. 8.
409. Там же. С. 372.
410. Там же. С. 359, 360.
411. Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 136.

412. Журнал Тевкелева 1732–33 г. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733.
413. ЛОИИ. Ф. 267. № 16–19. Журнал Гладышева 15.III.–20.V.1744 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 10. № 4. 1744. Л. 83–87.¹⁸⁶
414. Рычков П. И. Топография Оренбургской губернии. 1887 (1762). С. 111.
415. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 12 об.
416. Там же. № 439/358. Л. 6 об.
417. Из письма Нуралы 17 августа 1761 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 36. № 10. 1762. Л. 27–29 об.
418. ЛОИИ. Ф. 267. № 10–13. Из прошения Нуралы Петру III. 23 января 1762 г. Перевод ЛОИИ.
419. ЛОИИ. Ф. 267. № 4–7. Из письма Нуралы от 16 августа 1771 г.
420. *Гавердовский* (рукопись). Л. 72.
421. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 161.
422. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. I. С. 97.
423. *Иванин М.* Внутренняя или Букеевская киргизская орда // Эпоха. 1864. № 12. С. 10 и 14 (выделено мною).
424. *Чулошников А.* Очерки по истории казак-киргизского народа. 1924. С. 216.
425. Материалы. IV. С. 62 и сл.
426. Там же. С. 2–3.
427. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 107.
428. Из показаний Уракова и Гуляева 10 апреля 1760 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 32. Д. № 4. 1760. Л. 71.
429. *Чулошников А. П.* К истории феодальных отношений в Казахстане // Известия АН СССР. 1936. № 3. С. 498, 511 и сл.
430. Журнал Тевкелева 1732–33 гг. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 136; ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 44. Л. 37 и № 438. Л. 11.
431. *Бартольд В.* История изучения Востока в Европе и России. 1925. С. 176.
432. Материалы. II (печатается). С. 106.
433. Там же. С. 210–211.
434. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 151.
435. Материалы. II (печатается). С. 201–202.
436. См. постановление ЦК КП(б) К от 14.VIII.1945 // Большевик Казахстана. 1945. № 6.
437. Материалы. II (печатается). С. 133.
438. Там же. С. 191.
439. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. Ф. 247. Л. 9 об.
440. Красный Архив. 1936. № 5(78). С. 197, 200.
441. I ПСЗ. Т. IX. 1734. № 6576.
442. Красный Архив. 1938. № 2(78). С. 139.

¹⁸⁶ Последняя ссылка на архив — рукописное добавление в оригинале.

443. Там же. С. 150.
444. Там же. С. 163.
445. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исследование о касимовских царях и царевичах. Т. II // Труды ВОРАО. Ч. X. 1864. С. 400.
446. История Казахской ССР. С. 102.
447. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исследование о касимовских царях и царевичах. Т. II // Труды ВОРАО. Ч. X. 1864. С. 304.
448. Там же. С. 347.
449. Там же. С. 382.
450. *Аристов Н. А.* Заметки об этническом составе тюркских племен и народностей и сведения об их численности. СПб., 1897. С. 43–44.
451. ЛОИИ. Ф. 267. № 10–13. Из письма Нуралы Екатерине II. 14.II.1766. Перевод ЛОИИ.¹⁸⁷
452. *Бартольд В.* История культурной жизни Туркестана. С. 90.
453. *Тизенгаузен В. Г.* Сборник материалов, относящихся к истории Золотой орды. Т. II. 1941. С. 78.
454. ЛОИИ. Ф. 67. № 9–12. Из показаний Мурзалея Шихова. 29.VIII.1758 (подл. ЛОЦИА. Прав. Сенат. № 867/1758. Л. 286).
455. Из показания Уракова и Гуляева. 10.IV.1760 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 32. Д. № 4. 1760. Л. 69.
456. Материалы. II (печатается).
457. ЛОИИ. Ф. 267. № 13–16. Из донесения Неплюева. 22.VII.1745.
458. Материалы. IV. С. 394.
459. Там же. С. 359.
460. Журнал Тевкелева 1732–33 г. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 44.
461. Из «сказки» Гуляева от 19 июня 1758 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 27. № 27. 1758. № 4. Л. 89 об. (выделено мною).
462. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исторические известия о киргиз-кайсаках. Т. I. Уфа, 1853. С. 133.
463. Материалы. II (печатается). С. 134 (выделено мною).
464. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 554. Л. 76 об.
465. Материалы. II (печатается). С. 93.
466. ЛОИИ. Ф. 67, № 9–1. Из рапорта Филата Гордеева от 7 июля 1760 г.
467. Журнал Тевкелева 1732–33 гг. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 72, 80.
468. *Бартольд В.* История культурной жизни Туркестана. Л. 19–7. С. 103.
469. *Загряжский Г.* С. 185.
470. Красный Архив. 1936. № 5(78). С. 197, 200.
471. Материалы. II (печатается). С. 39.
472. *Маркс К., Энгельс Ф.* Немецкая идеология. М.: Партиздат, 1935. С. 40.
473. *Левшин А.* Ч. III. С. 170.
474. *Вяткин М.* Очерки. С. 112.

¹⁸⁷ Последнее предложение в примечании — рукописное добавление автора диссертации.

475. Вопросы истории. 1945. № 3–4. С. 85.
476. Там же. С. 83.
477. Там же. С. 74.
478. Материалы. IV. С. 57.
479. *Валиханов Чокан*. Соч. 1904. С. 5.
480. Там же. С. 6.
481. *Зобнин*. Указ соч. С. 4.
482. Истарх КазССР. Ф. 374. Оп. 3. Д. 28. Св. 6 а, 1843–1844. Л. 331.
483. *Валиханов Чокан*. Соч. С. 300.
484. Там же. С. 5.
485. Там же.
486. Там же. С. 6.
487. История Казахской ССР. С. 171.
488. *Валиханов Чокан*. Соч. С. 6.
489. Материалы. IV. С. 314 и 394.
490. Там же. С. 334.
491. Там же. С. 363.
492. Там же. С. 374.
493. Там же. С. 364.
494. Там же. С. 378–379.
495. Там же.
496. Там же. С. 297 и 378.
497. Там же. С. 298.
498. Там же. С. 372.
499. Там же. С. 297.
500. *Рязанов А. Ф.* Сорок лет борьбы за национальную независимость казахского народа. С. 97 и 117.
501. Материалы. IV. С. 298.
502. Там же. С. 316.
503. Там же. С. 363.
504. Истарх. КазССР. Ф. 374. Оп. 3. Св. 2. Д. № 9. 1838. Л. 199.
505. Истарх. КазССР. Ф. 345. Оп. 1. Св. 109. Д. 10. 1837–38. Л. 542 об.
506. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 233. Д. 2652. 1845. Л. 67 об.
507. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 227. Д. 2622. 1845. Л. 970.
508. Истарх. КазССР. Ф. 374. Оп. 3. Св. 6 а. Д. 28. 1843–1844. Л. 331 об.
509. История Казахской ССР. С. 227.
510. Там же. С. 238.
511. Исторические записки. Т. 14. С. 249.
512. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 242. Д. 2755. Л. 1186 и 1269.
513. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 229. Д. 2627. 1845. Л. 17 об.
514. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 227. Д. 2622. Л. 277 об., 278.
515. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 242. Д. 2755. Л. 1313 об.–1314.
516. Известия о-ва археологии, истории и этнографии при Казанском Университете. Т. XIX. С. 630.

517. Истарх. КазССР. Ф. 374. Оп. 3. Св. 6 а. Д. 28. 1843–44. Л. 134.
518. Там же. Л. 314.
519. Там же. Л. 131 об.
520. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 237. Д. 2692. Л. 28.
521. Там же. Л. 28 об.
522. Там же. Л. 29 об.
523. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 227. Д. 2622. Л. 970 и 971.
524. Истарх. КазССР. Ф. 374. Оп. 3. Св. 6 а. Д. 28. Л. 133 об.
525. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 227. Д. 2622. Л. 971–971 об.
526. Там же.
527. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 242. Д. 2757. 1845. Л. 243 об, 244 об, 245.
528. *Вяткин М.* Очерки. С. 287.
529. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 227. Д. 2698. Л. 28 об.
530. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 233. Д. 2651. 1845. Л. 748.
531. Истарх. КазССР. Ф. 374. Оп. 3. Св. 6 а. Д. 28. 1843–44. Л. 133 об,
216 об.
532. Там же. Л. 264 об.
533. Истарх. КазССР. Ф. 345. Оп. 1. Св. 109. Д. 10. 1837–38. Л. 581.
534. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 227. Д. 2622. Л. 970 об.
535. *Добросмыслов А. И.* Тургайская область. С. 373.
536. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 227. Д. 2622. Л. 970 об.
537. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 242. Д. 2757. Л. 166 об.
538. *Добросмыслов А. И.* Тургайский край. С. 375.
539. Исторические записки. Т. 14. С. 249.
540. *Бекмаханов Е.* К вопросу о массовости движения Кенесары // Известия Казахского филиала АН СССР. Сер. истор. Вып. 2. С. 104–105.
541. *Марк К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XXI. С. 211.

ГЛАВА IV «БАРЫМТА»¹

Там, где отсутствуют суды, начинается война.
(Г. Гроций²)

Позволительно самому творить себе суд,
если помощь не оказывается судебными властями.
(Якоб Менохий, итальянский юрист XVI в.³)

Если есть храбрец в твоём роде,
не останется твой иск за чужим родом.
(Казахская пословица)

У большинства народов в ранней стадии правового развития вследствие слабости аппарата государственного принуждения легализуется самопомощь как важнейшее средство осуществления права. На основе самопомощи совместно со своими сородичами истец ведет следствие, добивается согласия ответчика на судебное разбирательство и его явки в суд, представляет суду доказательства, осуществляет вынесенное в защиту его права решение. Среди многообразных видов самопомощи всюду на этой стадии развития процесса большую роль играет захват имущества ответчика для того, чтобы понудить его уплатить долг, согласиться на судебное рассмотрение претензий либо для того, чтобы заставить его выполнить уже состоявшееся судебное решение. Требуя возврата долга, гильяк явно или тайно отпрягает собаку из нарты должника [1]. В древнем Риме кредитор без всякого участия органов власти захватывал в аналогичном случае какое-либо имущество должника,

¹ В диссертации начинается на с. 559 (отдельная страница только с названием главы). Эпиграфы — на с. 560.

² Гуго Гроций (1583–1645) — выдающийся голландский юрист, социолог, государственный деятель и политический мыслитель, один из основателей теории естественного права и науки международного права Нового времени. Автор трактата «О праве войны и мира» (1625) (см.: *Гроций Г. о праве войны и мира* / Пер. с лат. М.: Ладомир, 1994. — См. также прекрасное издание этой работы под ред. С. Б. Крылова: *Гроций Гуго. о праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право народов, а также принципы публичного права* / Пер. с лат. А. Л. Сакетти. М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1957).

³ Якоб Менохий (Jacobii Menochius) (1532–1607) — итальянский юрист. Сборник его сочинений «*Consiliorum, Sive Responsorum*» (1572) выдержал несколько изданий (3-е изд. Венеция, 1580).

и только произносимые им *certa et solemnia verba* свидетельствовали о том, что это не акт грабежа, а *pignoris capio* — легальный захват как способ взыскания. В древнем памятнике ирландского права *Senchus mor*⁴ (около 800 г. н. э.) мы находим конкретный пример захвата родом

⁴ *Senchus mor* — памятник древнеирландского права VIII в. Впервые опубликован в: *Ancient Laws and Institutes of Ireland*. 6 vols. Dublin, 1865–1901. Трактат «*Senchus mor*» содержится в первых трех томах данного издания (вышедших в 1865, 1869 и 1873 гг.) и состоит из нескольких частей, представляющих собой самостоятельные трактаты. Первая часть «*Senchus mor*» («*Athgabhail*», в англ. переводе — *Law of Distress*, т. е. право завладения имуществом) занимает 1-й том и часть 2-го тома. Во 2-м томе также содержатся трактаты о праве залога, о восприимчивости (*fosterage*), о древних видах аренды скота (*saerath*, *daerath*) и трактат о социальных связях. В 3-м томе содержится последняя часть «*Senchus mor*» — *Corus Bescna* (договорное право).

Ф. Энгельс, характеризуя «*Senchus mor*», писал: «“Шенхус мор” до сих пор является нашим главным источником для изучения древней Ирландии. Это сборник древних правовых установлений, который, согласно написанному позднее введению, был составлен по совету св. Патрика [St. Patrick] и приведен в соответствие с требованиями быстро распространявшегося в Ирландии христианства. Верховный король Ирландии Лайгайре [Laeghaire] (428–458 гг. согласно “Анналам четырех магистров” [“Annals of the Four Masters”]), вассальные короли: Корк [Corc], король Манстера, и Дайре [Daire], вероятно, один из ольстерских правителей, далее, три епископа: св. Патрик, св. Бенигнус [St. Benignus] и св. Кайрнех [St. Cairnech] и, наконец, три ученых законоведа: Дубтах [Dubthach], Фергюс [Fergus] и Росса [Rossa] — были якобы участниками составившей этот сборник “комиссии”... “Четыре магистра” указывают на 438 г. как на год составления этого сборника. Самый текст явным образом покоится на древнейших языческих материалах. Все древнейшие юридические формулы написаны в нем в стихах, обладающих определенным размером и так называемым созвучием — особого рода аллитерацией, или, вернее, ассонансом согласных, который характерен для ирландской поэзии и часто переходит в полную рифму. Поскольку установлено, что сборники древних ирландских законов были переведены в XIV в. с так называемого фенийского диалекта (Bérla Feini), языка V в., на употреблявшийся в то время ирландский язык..., то этим объясняется, что и в “Шенхус Мор” во многих местах стихотворный размер в большей или меньшей степени оказался сглаженным, но, наряду со случайными рифмами и местами, отличающимися большим созвучием, он все-таки проступает еще достаточно часто, чтобы придать тексту известное ритмическое движение. В большинстве случаев достаточно прочитать только перевод, чтобы обнаружить эти формулы в стихах. Но вместе с тем, особенно во второй половине сборника, встречается множество мест, несомненно, написанных в прозе; и если стихотворные формулы, безусловно, весьма древнего происхождения и переданы по традиции, то эти прозаические вставки, по-видимому, принадлежат самим составителям сборника... “Шенхус Мор” содержит: 1) право, относящееся к возмещению ущерба [Pfändungsrecht], т. е. примерно все судопроизводство; 2) право, касающееся заложников, которые выдавались во время междоусобиц населением различных территорий; 3) право, относящееся к *Saerath* и *Daerath*... и 4) семейное право...» (см. подробнее: *Энгельс Ф.* История Ирландии // Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 16. М.: ГИПЛ, 1960. С. 506–508; *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 45. М.: ИПЛ, 1960. С. 529 (прим. 194)).

или отделением фэнов коров, принадлежащих подданным короля Ульстера Фергюса. Цель захвата — получение композиции за убийство Фергюсом женщины родов фэнов. После того, как фэны осуществили этот захват, ответчик в лице преемника Фергюса соглашается на судебное разбирательство спора, возникшего в связи с убийством [2]. Совершенный в данном случае захват коров отнюдь не был актом произвола; ирландское право устанавливало многочисленные правила, которыми этот захват регулировали. По сравнению с *Senchus mor*, Варварские правды⁵ франков и германцев отражают, как справедливо указывает *Jutainville*, более развитую, позднейшую форму легального захвата. Здесь для захвата имущества ответчика требуется предварительное согласие суда. По Салической Правде⁶ кредитор, которому должник, несмотря на предъявленное в законной форме требование не платит долга, обращается к тунгину, который путем особого формального акта *nexlichautigio* разрешает ему приступить самостоятельно к несудебному взятию залога [3]. Однако те же Варварские Правды подтверждают, что легальный захват, не связанный предварительной санкцией органов государственной власти, был ранее хорошо известен также франкам и германцам. Так, из *Lex Visigothorum*⁷ видно, что до него не требовалась

⁵ Варварские правды (лат. *Leges barbarorum* — законы варваров) — принятое в русской историографии (по аналогии с «Русской Правдой») наименование законов германских, кельтских и англосаксонских племен Западной Европы V–XIV вв. Тексты законов в основном представляют собой записи (письменную фиксацию, кодификацию) обычно-правовых норм (на «варваризированной» латыни). Обычно к варварским правдам относят Вестготскую правду (V в., *Lex Visigothorum*), Салическую правду (кон. V в., *Lex Salica*), Правду Гундобада или Бургундскую правду (V–VI вв., *Lex Gundobada*, *Lex Burgundionum*), Правду Этельберта (VI–VII вв.), Алеманнскую правду (нач. VII в., *Lex Alamannorum*, *Pactus Alamannorum*), Рипуарскую правду (VII в., *Lex Ribuaria*), Правду Инэ (кон. VII в.), Баварскую правду (сер. VIII в., *Lex Baiuvariorum*), Лангобардскую правду (сер. VII–сер. VIII в.), Саксонскую правду (нач. IX в., *Lex Saxonum*), Правду Хамавов (нач. IX в., *Lex Chamavorum*), Фризскую правду (нач. IX в., *Lex Frisionum*), Тюрингскую или Англо-варнскую правду (нач. IX в., *Lex Thuringorum*, *Lex Angliorum et Verinorum*), Правду Альфреда (кон. IX в.) и др. (см., напр.: Варварские правды // История государства и права. Словарь-справочник / Отв. ред. М. И. Сизиков. М.: Юрид. лит-ра, 1997. С. 25).

⁶ Салическая правда («*Lex Salica*») — сборник правовых норм, составленный во Франкском государстве в конце V в.; одна из первых так называемых варварских правд представляет собой запись (на варваризированном латинском языке) судебных обычаев салических франков, обосновавшихся на территории бывшей Римской Галлии и создавших в V–VI вв. самое крупное варварское королевство в Западной Европе. При этом сборник *Lex Salica* — наиболее полный из всех варварских законов, дошедший до настоящего времени во многих списках и вариантах более раннего и более позднего времени и по содержанию отличающийся наибольшей архаичностью и очень слабым влиянием римского права (см.: Салическая правда / Пер. Н. П. Грацианского. М., 1950).

⁷ *Lex Visigothorum* — Вестготская правда (*Lex Visigothorum*, Закон Вестготов), или Кодекс Евриха (*Codex Euricianus*) — одна из так называемых варварских правд

предварительная санкция суда на захват имущества ответчика и что такое требование *Lex Visigothorum* вводит впервые. Эдикт Ротаря⁸ запрещает «частный захват» только в отношении лошадей, коров и свиней, в остальных случаях предварительная санкция суда все еще не обязательна [4]. Тот же институт легального, не связанного санкцией судебных органов, захвата мы находим в постановлениях кайтагского уцмийа Рустем-хана⁹ [5]. Институт этот, называемый «ишкиль»¹⁰, А. В. Комаров

(*leges barbarorum*), свод законов, составленный путем кодификации обычно-правовых норм вестготских племен и обнародованный ок. 475 г. при короле везготовов (или вестготовов) Еврихе (Euricus, 466–485). Этот свод законов считается первым известным опытом записи (кодификации) обычного права древнегерманских племен. Нормы закона изложены на «варваризированной» латыни. В настоящее время текст закона известен фрагментарно. Кроме того, существовал «*Lex Romana Visigothorum*» («Римский Закон Вестготовов»), известный также под названием «*Breviarium Alaricianum*» («Бревиарий Алариха»), действовавший в отношении римлян, находившихся под властью вестготовов. «*Lex Romana Visigothorum*» не относится к варварским правдам и представляет собой сборник законов, составленный под руководством вестготского короля Алариха II (февраль 506 г.) на основе кодекса восточно-римского императора Феодосия II Младшего (Кодекс Феодосия, *Codex Theodosianus*, 435–438 гг.). Кроме того, в текст Бревиария Алариха были включены новеллы поздних римских императоров до Ливия Севера и фрагменты из произведений античных юристов. Сборник законов Алариха II сыграл большую роль в дальнейшей судьбе римского права в Западной Европе, так как на протяжении нескольких веков римское право было известно там лишь постольку, поскольку оно было представлено в этом сборнике (см.: *Клауде Д.* История вестготовов / Пер. с нем. СПб.: Евразия, 2002).

⁸ Эдикт Ротаря — Эдикт Ротари (*Edictus Rothari*), запись (кодификация) обычного права племени лангобардов, составлен ок. 643 г. при короле Ротари (*Rotari, Rotharis*) (ок. 606–652), введен в действие с 643 г. Считается одним из самых объемных сводов среди варварских правд (состоит из 388 глав). В совокупности с другими законами лангобардов в русской историографии именуется Лангобардской правдой (см.: *Шервуд Е. А.* Законы лангобардов. Обычное право древнегерманского племени: (К раннему этногенезу итальянцев). М.: Наука, 1992).

⁹ Кайтаг (Кайтак, Хайдак, Кайтагское уцмийство) — в XIV–XVI вв. одно из крупных феодальных владений Дагестана, столица — селение Калакорейш (на реке Боган). Верховный правитель Кайтага именовался уцмием (см.: *Гаджиев М. Г., Давудов О. М., Шихсаидов А. Р.* История Дагестана с древнейших времен до конца XV в. Махачкала: Изд. ДНЦ РАН, 1996. С. 325–326 и др.).

«Постановления кайтагского уцмийа Рустем-хана» — памятник дореформенного обычного права северокавказских горцев (см. текст памятника в переводе с арабск. на рус. яз.: *Комаров А. В.* Адаты и судопроизводство по ним (материалы для статистики Дагестанской области) // Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. 1. Тифлиси, 1868. С. 80–88).

¹⁰ В. О. Бобровников, исследователь обычного права народов Северного Кавказа, определяет «ишкиль» следующим образом: ишкиль, или баранта, — это захват имущества родственников или односельчан ответчика, с тем чтобы заставить его выплатить задержанный долг или удовлетворить истца исполнением другого рода обязательств (см.: *Бобровников В. О.* Мусульмане Северного Кавказа: обычай, право, насилие: Очерки по истории и этнографии права Нагорного Дагестана. М.: Вост. лит., 2002. С. 61 — Подробнее об ишкиле см.: Там же. С. 61–65).

определяет как «право истца, потерявшего надежду на миролюбивое удовлетворение со стороны ответчика, нападать на его родственника или односельца и силою отнимать у него какую-нибудь вещь, которую не возвращать до тех пор, пока ответчик, понуждаемый в таких случаях родственником своим или односельцем, не удовлетворит истца». На Украине еще в XIX в. сохранились остатки обычая, именуемого «грабуванням» и заключавшегося в том, что при просрочке долга кредитор сам брал во дворе должника или в ином месте принадлежащую должнику вещь и не возвращал ее до уплаты долга. В 1703 г. Мазепа¹¹ предоставил одному лицу право «грабувать» своих неисправных должников и «грабежей не ворочать до выкупления их» [6].

Можно умножить число примеров, показывающих, что легальный захват имущества ответчика как способ понуждения ответчика к судебному разбирательству или к непосредственному удовлетворению претензии представляет собой стадийный институт, т. е. институт, неизбежно возникающий на определенных ранних стадиях развития суда и процесса у большинства народов. Мы находим его также в виде «баранты» у горцев Кавказа, его знает ойратский устав взысканий 1640 г.¹² Но, пожалуй, нигде, разве только в памятниках древнего ирландского права, рассматриваемый нами институт не описан с такой обстоятельностью, как «барымта» в памятниках казахского права. Крайний консерватизм обычного права казахов обусловил сохранение в нем даже в XIX в. норм и целых институтов, корни которых уходят в глубочайшее историческое прошлое. Мы имеем возможность проследить по материалам казахского права, хотя не с одинаковой для всех этапов полнотой, развитие и разложение института легального захвата, «барымты». Это дает возможность конкретизировать на основе исторически достоверных источников наши представления о данном институте и тем самым отчасти пополнить известные науке истории права данные о генезисе суда и процесса в целом.

¹¹ Мазепа Иван Степанович (1644–1709) — гетман Украины (1687–1708).

¹² *Леонтович Ф. И.* К истории права русских инородцев. Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий (Цааджин-Бичик). Одесса, 1879; *Голстунский К. Ф.* Монголо-ойратские законы 1640 г., дополнительные указы Галданхун-тайджия и законы, составленные для волжских калмыков при калмыцком хане Дондук-Даши. СПб., 1880.

1. Происхождение барымты¹³

Барымта — один из наиболее характерных институтов и важнейшее звено всей системы казахского обычного права. Она является порождением патриархально-феодального строя Казахстана, «родовой» организации, слабости центральной государственной власти и крайней децентрализации власти. С другой стороны, широкое распространение барымты серьезно ослабляло государственную власть. Господство барымты обусловило своеобразие всего казахского судостроительства и судопроизводства, почему рассмотрение этого института целесообразно преподать изучению суда и процесса в Казахстане.

При изучении барымты как процессуального института, как легального захвата имущества, цель которого — защита своего права, нужно иметь в виду, что термин «барымта» имел у казахов самый разнообразный смысл. Значение этого термина настолько широко, что он употребляется для обозначения почти всякого насильственного овладения чужим имуществом, независимо от цели захвата. Задача историко-юридического исследования барымты как процессуального института осложняется, следовательно, необходимостью выделить в имеющихся у нас источниках барымту как процессуальный институт, отмежевать его от прочих видов имущественного захвата, покрываемых тем же термином «барымта». Задача эта тем более нелегкая, что общность термина здесь, разумеется, не случайна и отражает как тесную генетическую связь обозначаемых этим термином явлений, так и отсутствие четких между ними границ.

Барымта есть захват чужого имущества, главным образом, скота. Цель захвата может быть различна. Это может быть акт междуродовой борьбы и эпизод феодальной войны. Барымтой называли разграбление аулов ответчика-обидчика как акт внесудебной расправы со стороны потерпевшего, игнорирующего суд или не рассчитывающего на помощь суда. Под барымтой понимали и дозволенное самоуправство против убийцы, до того как преступление станет предметом судебного разбирательства. Барымта может быть, наконец, правоммерным способом понудить ответчика явиться в суд, она может быть способом заставить его выполнить приговор суда или вынудить его согласие на пересмотр уже состоявшегося судебного решения. Иногда под именем барымты фигурирует простой грабеж. Таким образом, термин «барымта» у казахов имеет такое же широкое значение, как так называемая «баранта» у кавказских горцев, которая, как отмечает Леонтович, могла означать:

¹³ В оригинале начинается на с. 564.

1) скот; 2) преступление в смысле обыкновенного грабежа, насильного отнятия и завладения чужою вещью; 3) военный захват, угон скота или пленение людей; 4) наказание в смысле «потока и разграбления» «Русской правды» или позднейшей конфискации имущества; 5) арест (до суда) чужого имущества в обеспечение прав кредитора или претензии, связанной с личной обидой либо материальным ущербом; 6) меру обеспечения исполнения судебного приговора; 7) право родных убитого до исполнения кровомщения «барантовать» имущество убийцы; 8) право князя отбирать имущество у подвластных людей — узденей¹⁴ и чагар¹⁵ [7].

Чем же объяснить столь широкий характер этого понятия? Почему один и тот же термин, и не только у казахов, охватывает явления столь противоположные, как нарушение права, с одной стороны, и тщательно регулируемый и рекомендуемый законом способ восстановления нарушенных прав — с другой. Очевидно, многообразное значение этого термина есть результат исторического развития барымты, результат различной роли насильственного захвата имущества на отдельных этапах истории казахского общества. Необходимо, следовательно, обратиться к истории имущественного захвата.

К сожалению, у нас почти нет источников, освещающих моменты возникновения барымты, и ее раннюю историю приходится восстанавливать ретроспективным анализом источников XVIII и XIX вв., в которых обнаруживаются пережитки или отражение отношений предшествующего периода.

В своем первоначальном наиболее древнем значении барымта была вооруженным набегом враждующих племен и родов, сопровождаемым захватом скота и людей.

¹⁴ Дагестанские историки пишут, что уздени составляли одну из основных категорий крестьян в обществах горских народов Северного Кавказа. В частности, под узденями подразумевались как независимые крестьяне, имевшие свои мульки (в независимых союзах сельских общин), так и владевшие мулками крестьяне, находившиеся в феодально-зависимом состоянии (*Гаджиев М. Г., Давудов О. М., Шихсаидов А. Р.* История Дагестана с древнейших времен до конца XV в. Махачкала: Изд. ДНЦ РАН, 1996. С. 333). Уздень (кумыкск. оьзден) — незакрепощенный, свободный крестьянин в кумыкском феодальном обществе. Согласно этнографу Д.-М. Шихалиеву, «слово уздень в прямом переводе значит вольный человек, но в практическом значении это слово знаменует дворянина, владеющего землею и по рождению чистого от смеси с рабским состоянием» (цит. по: *Оразаев Г. М.-Р.* Исторические сочинения Дагестана на тюркских языках (тексты, комментарии). Кн. 1. Махачкала: Изд. дом «Эпоха», 2003. С. 116. — См. также: *Джисдалаев Н. С., Айтберов Т. М.* о термине «уздень» на Северо-Восточном Кавказе // Социальная терминология в языках Дагестана. Махачкала, 1989. С. 17–18).

¹⁵ Согласно В. О. Бобровникову под «чагар» следует понимать крепостных крестьян (см.: *Бобровников В. О.* Мусульмане Северного Кавказа: обычай, право, насилие: Очерки по истории и этнографии права Нагорного Дагестана. М.: Вост. лит., 2002. С. 144, 177 и др.).

В одной казахской легенде сохранился даже отголосок тех далеких времен, когда воинственная молодежь отделялась от общества, образуя особую прослойку воинов, особые дружины, промышленявшие барымтой — ограблением соседей. В легенде о происхождении казахов, сообщенной Г. Потаниным¹⁶, рассказывается, что посланные Котан-баем за Алашем и не вернувшиеся три его сына, каждый с сотней товарищей, все были холостяками, и барымта была их повседневным занятием [8]. В легенде о сыновьях Котан-бая с товарищами отражено явление, общее многим народам на ранней ступени их общественного развития, т. е. выделение особой группы молодых воинов, холостяков, занимающихся набегами на соседей, пограничной войной. Таковы «ко-сууны» долган, el-mogan у восточно-африканских кочевников-масаев, «ак-уйлю» у туркмен [9]. Сюда же примыкает отмеченное Энгельсом возникновение дружин как «частных объединений для ведения войны за свой страх и риск» [10]. Барымта была средством обогащения вождей таких дружин. Только как исключение из общего правила упомянутая казахская легенда отмечает некоего Булат-мурзу, который не брал себе ничего, не наживался, когда другие совершали барымту, и потому был назван Булат-ходжой, т. е. благочестивым.

Барымта была первоначально формой войны родовых коллективов, войны, которую Маркс характеризует как «один из самых первобытных видов труда каждого из этих естественно сложившихся коллективов, как для отстаивания собственности, так и для приобретения ее». Здесь у Маркса речь идет о собственности в самой первоначальной форме, об «отношении человека к его естественным условиям производства, как к принадлежащим ему, как к своим» [11]. Этот ранний этап существования барымты вряд ли можно документировать. Но из казахского предания, сообщаемого Тевкелевым, мы видим, что и во времена Тауке, законы которого рассматривали барымту как легальный и строго регулируемый способ восстановления нарушенного права и политика которого

¹⁶ Потанин Григорий Николаевич (4.X.1835–30.VI.1920), родился в современной Акмолинской области, в семье хорунжего Сибирского казачьего войска. Окончил Сибирский кадетский корпус (1846–1852), в 1859 г. поступил на естеств. отд. физ.-мат. ф-та СПб ун-та, занятия вынужден был прервать. Участвовал в экспедициях РГО на оз. Зайсан и хребет Тарбагатай, Сев.-Зап. Монголию, Сев. Китай, Вост. Тибет и Центр. Монголию. Записал более 300 произведений вост. эпоса. В его честь названы один из хребтов Наньшаня и ледник в горном узле Табын-Богдо-Ола (Монг. Алтай) (см.: Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 192–193; *Смирнова Н. С.* Потанин — собиратель и исследователь казахской народной поэзии // *Казахский фольклор в собрании Г. Н. Потанина* (Архивные материалы и публикации). Алма-Ата, 1972. С. 5–44. — См. также: *Ударцев С. Ф.* Тайны писем М. А. Бакунина // *Простор* (Алма-Ата). 1989. № 5. С. 154–156).

была направлена на обуздание межродовой борьбы для укрепления государственности, барымта продолжает прочно держаться также и в значении формы межродовой борьбы. Предание объясняет происхождение казахского рода Джетиру («семиродцы») тем, что у каждого из этих семи родов сильный соседний род Алчин брал барымту — захватывал скот — они же «по одиночке у Алчинцев, по их киргискасацкому обычаю, для возвращения своей обиды от них брать баранты были не в состоянии...». Хан Тауке, к которому они обратились за помощью, не имел никакого иного способа помочь им, как только соединить их вместе, чтобы они¹⁷ «от Алчинцев брать баранту были в состоянии...» [12]. Мысль о возможности бороться за полное прекращение межродовой барымты не приходила в голову этому практическому политику, очевидно, потому, что межродовая барымта — взаимные набеги — были древнейшей и прочной традицией.

Древнейшее существование барымты как военного набега для угона скота подтверждается в известной мере также и тем, что впоследствии, в XIX в., барымта стала синонимом феодальной войны, сопровождаемой захватом скота, и даже синонимом грабежа. До этого, в начале XVIII в., в период укрепления казахской государственности при Тауке, барымта характеризуется, как мы увидим ниже, ограничением элементов произвола, регулированием ее и превращением ее в легальный способ защиты правопорядка. Если бы барымта всегда была, как в законах Тауке, только легальным способом защиты правопорядка, то термин «барымта», должно быть, оказался бы неприложимым к кулачному праву феодальной войны, резко противоречащему народному правосознанию, и тем более неприложимым к простому грабежу.

Барымта вообще теснейшим образом связана с междуродовой борьбой. Ее существование в XVIII и XIX вв. с полным основанием связывают с сохранением пережитков родовой коллективности. Так, в рукописи «О киргизских законах», свода, составленного в 1809 г. Путинцевым, отмечается, что барымта, отгон скота, связанный с наличием какой-либо претензии, производится «не только у виновного, но и всей волости, где способнее может отогнать; например: виновной от Атагаевской волости; атагаевский род разделяется на части так, что друг от друга берут в замужество девок — сие значит, что уже они по поколению не родственники, но только носят имя роду Атагаевскому. Претендатель отгон делает и у сих последних...» [13]. Здесь подчеркнуто, следовательно, что отвечают при барымте в порядке коллективной

¹⁷ «Чтобы они» — рукописная вставка Фукса выше строки машинописного текста.

ответственности даже такие отделения, которые давно утратили кровнородственную связь и связаны только общим наименованием рода. Акад. В. Радлов прямо объясняет существование барымты тем, что взыскание обращается на стадо аула или «рода» в целом [14]. Он же указывает, что оседлое население, не знающее пережитков родовой коллективности, считает кочевников просто грабителями и ворами, потому что ему чуждо понимание принципов барымты, оно не представляет себе, как можно угнать стадо у одного соседа за ущерб, причиненный другим [15]. То обстоятельство, что царизму между 1844 и 1868 гг. удалось добиться некоторого сокращения барымты, так что, по словам А. И. Добросмылова, «родовая баранта почти исчезла и стала заменяться сильно развивающимся конокрадством» [16], может быть объяснено не «миротворческой» ролью царской администрации и даже не успехом применяемых репрессий, а быстрым разложением пережитков родовой коллективности. В качестве института, регулирующего отношения между индивидуальными собственниками, института, вовсе не связанного «родовыми» отношениями, мы у казахов барымту встречаем только в конце XIX в.

Первоначальное значение барымты как форма межродовой и межплеменной борьбы за естественные условия производства должно было претерпеть существенное изменение в ходе развития частно-собственных отношений в казахском обществе. Развивается право. Из формы межплеменной, межродовой борьбы за естественные условия существования барымта делается средством решения конфликтов между собственниками (или их родовыми коллективами), регулируется государством и тем самым превращается в *правовой институт*. Но и при новом содержании прежняя организация барымты, прежняя ее форма все же сохраняется, так как в казахском патриархально-феодальном обществе развитие частно-собственных не устраняет форму коллективной «родовой» собственности.

Превращение барымты, отгона скота, из средства междуродовой борьбы в правовой институт, имеющий своей целью восстановление нарушенного права, первоначально выражается только в появлении новых оснований и цели барымты, наличие которых обеспечивает отгоняющим скот признание их действий правомерными и некоторую поддержку государственной власти, которая, впрочем, не располагает достаточным и бесперебойно действующим механизмом государственного принуждения и именно потому предоставляет дело восстановления нарушенного права в основном самопомощи заинтересованных в каждом отдельном случае лиц. Наличие обоснованной претензии, отказ ответчиков от судебного ее рассмотрения, потворство ответчикам

со стороны тех лиц, от которых зависит понудить их к судебному разбирательству или к удовлетворению претензии, отказ судей в правосудии или нетерпимая проволочка дела, обнаружившееся бессилие суда, отказ ответчика исполнить уже состоявшееся решение — таковы те основания, которые дают истцу право барымтовать и делать отгон скота у противника мероприятием, санкционируемым государственной властью. Памятники истории обычного права казахов XVIII и XIX вв., как это будет ниже показано, перечисляют эти условия. Не останавливаясь пока на подробной юридической характеристике барымты как способа защиты нарушенного права продолжим рассмотрение путей возникновения и развития этого института в целом.

Как способ защиты права барымта была, очевидно, первоначально «грабежом» в том смысле, в каком этот термин употребляется еще в «Русской Правде», где «грабеж» означает не преступление, а санкционированную государственной властью кару для разбойника и поджигателя и в то же время способ удовлетворения потерпевшего: «на грабеж дом его, переди пагуба исплатившую а в проце князю поточити» (ст. 83 троицкого списка)¹⁸. Судя по характеру этой кары («разграбление») и по тому, что представлял собою «поток и разграбление» у других народов [17], «разграбление» осуществлялось не князем, а, как и барымта, потерпевшей общиной либо потерпевшим со своими сородичами. В шведском праве в конце XII столетия «грабежом» называлось взыскание с имущества должника в пользу кредитора, которое осуществляла сотня-община [18]. Термином «strud», означающим грабеж, именовалось в праве франков изъятие судом имущества у уклоняющегося от платежа должника [19]. Вспомним, что, как уже было отмечено, и на Украине в XVIII и XIX вв. «грабуванням» называли обычно-правовой захват должником имущества кредитора. Все это хорошо объясняет, почему термин «барымта» впоследствии мог применяться одновременно к обозначению одного из способов защиты права и к грабежу в современном значении слова. Казахская барымта развивалась в том же направлении, что и «грабеж» у славян, шведов и франков. Термины эти означали некогда всякое насильственное овладение имуществом. В догосударственный период это могло иметь место лишь в межплеменных или междуродовых отношениях. С возникновением частной собственности и государства те же термины стали означать захват имущества, допускаемый государственной властью для защиты и восстановления

¹⁸ Пространная редакция. Суд Ярославль Володимирч. Правда Русьская // Российское законодательство X–XX веков: В 9 т. Т. 1. Законодательство Древней Руси / Под общ. ред. О. И. Чистякова; Отв. ред. тома В. Л. Янин. М.: Юрич. лит-ра, 1984. С. 70 и 112 (ст. 83 и ее комментарий).

прав, поскольку государство не могло обеспечить эту защиту судебным порядком. Далее сфера применения «барымты», «грабежа» суживается по мере усиления судебной власти, которая берет на себя функции грабежа (*strudis legitima* — «легальный грабеж» «Рипуарской правды») и отстраняет, но лишь постепенно, самопомощь потерпевшего, пока, наконец, самоуправное восстановление своих действительных или мнимых прав не начинает рассматриваться как вовсе недопустимое, вследствие чего «грабеж» «*strud*» делается уголовным преступлением. Этой высшей ступени, полного запрещения барымты, казахское право не достигло.

История постепенного ограничения барымты — самопомощи потерпевшего у казахов отражена очень отчетливо в сохранившемся до XIX в. институте «канджугды»¹⁹ («обмытая кровь»), «канжуар» («обмыть кровь»). При определении размера куна, т. е. платы за кровь, причитающейся сородичам убитого, если сородичи не прибегали к барымте, а прямо обращались к суду, бий устанавливал прибавку к нормальному куну в несколько голов скота на «канжуар», а также «девятку от лошади» (т. е. девять голов разного скота, среди которых самая ценная лошадь), в качестве «выкупа за юрты». Прибавка эта делалась для того, чтобы компенсировать имущественный ущерб сородичей, воздержавшихся от барымты и ставших на путь судебного взыскания. Ибо в древнейшее время сколько бы они до суда ни отбарымтовали скота: десятки или сотни голов, суд при разборе дела об убийстве захваченное на барымте не учитывал и не засчитывал в счет погашения кровного долга, куна. Захваченным на барымте до суда потерпевшие как бы «обмывали кровь», удовлетворяли свою жажду мщения. «Обмывая кровь», они выполняли священный долг мести. Если они же отказывались от материальной выгоды, которую могла дать им предварительная, до судебного разбирательства барымта, то следовало, чтобы поощрить такой отказ, по крайней мере, компенсировать невыгодность отказа, почему суд и делал описанную надбавку к куну «канжуар». С отказом от предварительной барымты была связана еще одна приплата к куну, именуемая «выкупом за юрты». Сородичи убитого, решив отказаться от барымты и предать суду биев, все же проделывали некоторый обряд, символизирующий барымту. Приехав в аул ответчика для судебного разбирательства, они набрасывались на юрты с криком «баврым»²⁰ и ударяли по юртам саблями и другим оружием, как бы громя аул. Сородичи ответчика, прося их не ломать юрты, платили за это указанную

¹⁹ «Канджугды» — возм., правильно «кан жуды» (каз.), т. е. (букв.) «смыл кровь» или «смыл кровью».

²⁰ «Баврым» — правильно «баурым» (каз.), т. е. «брат мой».

«девятку от лошади» [20]. Можно положительно утверждать, имея в виду эти пережитки, что на первых порах государственная власть в борьбе с барымтой как «потоком и разграблением» не запрещала еще такую полностью, а довольствовалась тем, что после первого акта возмездия, барымты со стороны потерпевших, дальнейшие взаимные расчеты сторон рассматривались судом. Это и было, очевидно, самое важное с точки зрения государственного порядка, так как главная опасность барымты заключалась всегда в том, что за первым актом ее следовали бесконечная цепь актов взаимной контрбарымты и тянувшиеся десятилетиями междоусобия.

Такое примирительное отношение к первому акту барымты объясняется явной невозможностью для казахского государства помешать расправе в тот первый момент, когда неостывший труп убитого сородича взывает к мести. В аналогичном институте у горцев Кавказа мотив этот выступает чрезвычайно выпукло. Как сообщается в адатах малкарцев²¹, приводимых Леонтовичем, в случае убийства «виновный и его родственники стараются как можно скорее, через кого следует, похоронить павшего, а родственники убитого стараются медлить, потому что до предания тела земле все родственники убитого делают набег на дом и кутаны убийцы, захватывают сколько могут баранты и все, что успеют забрать, оставляют в свою пользу; назад из взятого не требуется ничего, и во время уплаты за кровь не полагается даже в цену» [21]. Здесь крайним моментом дозволенного самоуправства является погребение убитого, как и в древнем праве Англии, где мстить за убийство разрешалось лишь до тех пор, пока на следующий день не будет погребен труп убитого. В Грузии в Средние века поток и разграбление допускались до момента вмешательства органов государственной власти или уполномоченных ею лиц. Так, по законам грузинского царя Акбуги (ст. 2) сородичи убитого могут жечь имущество убийцы и причинять ему любой вред до прихода людей Ацхурского архиепископа с образом богородицы, и весь причиненный ими убийце до этого момента ущерб не идет в зачет причитающегося с него взыскания за кровь.

Постепенное вытеснение барымты судебной властью, выразившееся в допущении ее лишь на первом этапе разделки за обиду с обязательным прекращением ее в дальнейшем и переходом к судебному разбирательству, создавало как будто бы условия для полного запрещения

²¹ Казахи называют современных «балкарцев» Северного Кавказа «малкар» («малкар»).

Об обычаях мести у адыгов в XIX в. см., напр.: *Бабич И. Л.* Месть в пореформенном адыгском обществе // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики / Отв. ред. Г. В. Мальцев и Д. Ю. Шапсугов. Ростов н/Д.: Изд-во СКАГС, 1999. С. 220–249.

барымты — самоуправления и для замены ее судом. Но для этого нужно прежде всего, чтобы государственная власть располагала аппаратом, способным обеспечить принудительное привлечение ответчика к суду и выполнение им судебного решения. Представим себе, с одной стороны, слабость центральной власти в патриархально-феодалном Казахстане, с другой стороны, истца и ответчика, кочующих на расстоянии многих сотен верст от ставки хана или султана, и нам станет ясно, что в Казахстане судьба барымты должна была сложиться по-иному. Ведя борьбу против барымты как *самоуправства*, ограничивая его всячески в интересах укрепления начал государственности, казахское общество не могло отказаться от использования барымты — *самопомощи*, восполняющей слабость судебной системы. Сделать это было нетрудно. Стоило лишь отказаться от упомянутой выше древнейшей традиции — исключения результатов первой барымты из взаимных расчетов сторон — и ответчик, у которого забарантовали лишнюю против куна сотню баранов, делался заинтересованным в передаче дела в суд. Барымта делалась, таким образом, способом понуждения его к судебному разбирательству.

2. Барымта как процессуальный институт²²

В результате описанного развития барымта из средства междоусобной, междуродовой войны превращается сперва в «разграбление» ответчика как наказание и способ удовлетворения претензий, осуществляемые самим истцом, потерпевшим, а затем — путем ограничения и строгого нормирования условий допустимости и самого порядка такого «разграбления» — в легальный захват имущества ответчика для понуждения его к удовлетворению претензии, к явке в суд или к исполнению судебного решения²³. В этом своем значении строго регулируемого

²² В диссертации начинается на с. 577.

²³ Комментируя заметки Ч. Ч. Валиханова относительно барымты, профессор А. Н. Таукелев (1927–2003) писал: «Институт барымты [к середине XIX в.] законодательно был отнесен в разряд тяжких уголовных преступлений, но при этом не раскрывался состав, признаки и виды этого правонарушения... Институт барымты привлек особое внимание в период подготовки судебных реформ. Ч. Ч. Валиханов был одним из немногих авторов, давших научную интерпретацию барымты как истари существовавшему институту у кочевых скотоводческих народов и выражавшемуся в правомерном (легальном) средстве обеспечения решения судов биев или иной неудовлетворенной законной претензии самими потерпевшими. Определяя правомерную барымту («явную», «открытую») как захват чужого скота или чужих вещей... за неуплаченный долг — калым или “кун”, он обращает внимание на признаки легальной барымты, регламентируемые нормами обычного права, обращает внимание на то, что по казахскому правосознанию легальная барымта не является

обычным правом процессуального института барымта выступает уже в законах хана Тауке. Постановления законов Тауке о барымте могут быть без всякого искажения исторической перспективы дополнены имеющимися о нас материалами XIX в., поскольку из содержания этих материалов не видно, чтобы какие-либо положения законов Тауке подверглись впоследствии существенным изменениям. Обычное в литературе утверждение, что барымта после Тауке потеряла свой прежний характер, основано на смешении барымты как способа защиты права с барымтой грабежом и феодальной войной. Между тем господство барымты — феодальной войны не устранило вовсе барымты как допущенного законами Тауке способа защиты права.

Бесспорно, что постановления Тауке в целом направлены к укреплению государственного порядка и повышению роли органов государственной власти. Несомненно, что и регулирование барымты носит здесь характер ограничения самоуправства и внедрения начал законности. Постановления Тауке пытаются поэтому точно определить условия, делающие барымту дозволенной. Перечень этих условий показывает и причину, вынуждавшую государственную власть допускать барымту-самопомощь в процессе. Такой причиной была слабость государственной власти, ее неспособность обеспечить судебное принуждение.

По законам Тауке в записи Гавердовского барымта допускается, «когда удовлетворение или пеня по суду положенная обвиненными не совершается и когда родоначальник скрывает преступника и сам уклоняется разбирать дело» [22]. Это условие почти дословно воспроизводится в редакции законов Тауке, опубликованной Левшиным [23]. В записи тех же законов Шукуралиева право производить барымту представляется «убиенных наследникам» либо «похищенному хозяевам» в том случае, когда они «не могут и не в силах виновных привести к разбирательству беям, а хан и бей не имеют для взятия их при себе войска». Здесь гораздо выразительней, чем в редакции Гавердовского

преступлением. В отличие от правомерной барымты противоправная, “воровская” (как тайное похищение скота или имущества с целью наживы) считается преступлением; правосознанием четко разграничиваются кража, грабеж и правомерная барымта. Правомерная барымта, хотя и являлась самоуправным действием по имперскому законодательству, не заслуживала, по мнению Валиханова, квалифицирования как серьезное уголовное преступление. Учитывая всеобщую распространенность и принимая во внимание “взгляд народный... и в силу обычая” на барымту, он считал необходимым различать правомерную (легальную) и неправоммерную — преступную барымту...» (см.: *Таукелев А. Н.* Чокан Валиханов о понятии барымты // Чокан Валиханов и современность: Сб. материалов Всесоюзной научной конференции, посвященной 150-летию со дня рождения Ч. Ч. Валиханова). Алма-Ата: Наука, 1988. С. 139–140).

и Левшина, подчеркнуто бессилие ханов и биев самостоятельно обеспечить всем правосудие, что и является причиной санкционирования легальной барымты.

В источнике, наиболее близком к временам Тауке, в характеристике барымты, даваемой Тевкелевым в его «Описании казахских родов», допущение барымты объясняется теми же мотивами: «А неволю никто никого, ниже хан, в суд привести не может, и в таком случае, ежели кто кого обидел, а добровольно разделаться не хочет, тогда за обидимого его род весь вступится и станут брать баранту... и потом тот (в тексте — «того»), кто обидел, принужден будет со всем своим родом искать третейского суда...» [24]. Такое же объяснение сущности барымты мы находим в «Кратком описании о положении и состоянии киргиз-кайсацкого народа», документе, относящемся к 1796 г. и в этой части воспроизводящем «описание» Тевкелева, которое было уже, кажется, в 1783 г. «обработано» генерал-губернатором Апухтиным²⁴ в представлении его Екатерине II 16 сентября [25]. Здесь повторяется ссылка на то, что и сам хан не может принудить обидчика к суду, «а дабы обидчика заставить самого искать суда, то весь род обиженного делает над улусами его репрессаль и забирает от него скота такое количество, чтоб могло его самого принудить искать суда» [26]. К барымте прибегают вместо обращения непосредственно к суду, когда суд отсутствует или бездействует. Поводом для обращения к барымте может быть волокита. «Нередко случается, — пишет Путинцев в своей записи «О киргизских законах», — так, что год от году идет проволочка, чрез что начать должен в возврат скота своего барамтою (отгоном)» [27]. В таком же смысле в середине XIX в. разъяснял Гейнсу содержание барымты султан Чингис Валиханов. Она применяется, указывал Валиханов, при наличии долга либо иной какой «обиды», «если суд биев *не хочет* или *не может* помочь» [28]. Такое же значение барымты отмечается и в материалах, собранных по распоряжению Л. Баллюэка. Она рассматривается здесь как отплата вору, «когда он, пользуясь отсутствием всякой власти или покровительствуемый родовичами, отказывается от удовлетворения за похищенное и от явки в суд для объяснений, когда при том никто не принимает к склонению или побуждению его к законному расчету надлежащих мер». В этих случаях казах берется за барымту, «которая как единственный и естественный исход вышеприведенного безначалия и отсутствия всякой власти, обязанной заботиться о доставлении обиженному удовлетворения —

²⁴ Апухтин Аким Иванович (1723–1792) — симбирский и уфимский генерал-губернатор (1782–1784), потомственный дворянин, служил в армии, генерал-майор (1769) (см.: Семенов В. Г., Семенова В. П. Губернаторы Оренбургского края. Оренбург: Оренбургск. кн. изд-во, 1999. С. 111–114).

не возбраняется последнему обычаями» [29]. Во всех приведенных характеристиках барымта допускается, несмотря на наличие органов суда, вследствие бессилия судебных органов. Недаром казахская пословица говорит: «Если есть храбрец в твоём роде, не останется твой иск за чужим родом» [30].

Бессилие судебных органов отчасти объясняется «родовым» устройством казахского общества и вытекающими отсюда особенностями в осуществлении уголовного преследования и имущественного взыскания. Выше уже была отмечена связь самого существования барымты с пережитками родовой коллективности, с родовым бытом патриархально-феодалного казахского общества. Наказать виновного, заставить его платить либо явиться в суд биев и выполнить решение можно только при содействии его аульных, «родовых» властей. Поэтому барымта направляется не против конкретного виновника-должника, а против «рода», «отделения», аула в целом. Мы отметили уже сообщение Путинцева, что барымта производится «не только у виновного, но и во всей волости, где способнее может отогнать». Роль барымты как средства воздействия на аульные «родовые» власти ответчика-обвиняемого подчеркнута у Гаввердовского. Допускается «совершать наказание (здесь имеется в виду пеня. — С. Ф.) над ближним его родственником, или разве весь аул заплатит определенную мзду и обяжется под опасением нового взыску, сыскав виновного совершить над ним определение суда» [31]. Такое положение вполне понятно, ибо барымта, по Гаввердовскому, совершается, «когда родоначальник скрывает преступника и сам уклоняется разбирать дело». Еще резче значение барымты как способа воздействия на ответчика через его же аульные власти выражено в записи законов Тауке у Шукуралиева: допускается, чтобы «обиженные с отделения причинствующего человека *от сильных и хороших людей* на четвертую часть против потери отогнали в баранту скотом... дабы хозяева отогнанного скота вора отделения своего насильно могли представить на разбирательство беям» [32].

Обычное право ограничивает применение барымты определенными целями. Барымта может применяться для понуждения ответчика к судебному разбирательству претензии, для того, чтобы заставить его выполнить уже состоявшееся решение суда или чтобы заставить его согласиться на пересмотр уже состоявшегося решения. Барымта может быть предпринята и для непосредственного удовлетворения обоснованной претензии. Различные источники подчеркивают одни или другие цели барымты.

В записях Шукуралиева на первом плане понуждение ответчика барымтою к судебному разбирательству: «когда убиенных наследники,

а похищенному хозяева не могут и не в силах виновных привести к разбирательству баям». Гавердовский отмечает как цель привлечения к судебному разбирательству, так и цель исполнения состоявшегося решения: «если обвиняемый преступник по позыву судей к разбирательству не явится» либо «когда удовлетворение или пеня по суду положенная обвиненными не совершается». У Путинцева барымта также предпринимается и тогда, «когда год от году идет проволочка» в разбирательстве дела и тогда, «когда ответчик не выполняет добровольно решение султана» [33].

В изложении законов Тауке у Левшина на первом плане понуждение к исполнению приговора. «Если осужденный не исполняет приговора суда...» — вот первое условие легальной барымты. В цитированном уже выше «Кратком описании о положении и состоянии киргиз-кайсацского народа» также указывается: «Обвиненный редко повинуется судейскому приговору, получает обиженный удовольствие захватом же скота, в каковом случае и другие делают иногда оправданному помощь...» [34]. Самопомощь как средство осуществления судебного решения отмечается исследователями и у кавказских горцев. о кабардинцах Броневский сообщает, что для выполнения решения кадиев «нужно набирать войско и вступать в сражение, в противном случае спор между двумя сильными соперниками остается нерешенным» [35]. Эту же сторону казахской барымты отмечают и другие авторы, описывающие ее [36] (см., напр.: Энцикл. Словарь Березина 1873 г., *Гейнс А. К.* Собр. литер. Трудов. Т. I. С. 69–70; *Гродеков.* Киргизы и Каракиргизы. С. 170 и др.).

Барымта была также способом заставить ответчика согласиться на пересмотр дела; это отмечает Ибрагимов, указывая, что недовольная решением сторона вызывает своего противника вторично на суд посредством барымты [37]. Апеллировать можно было только один раз, вторичная апелляция с применением барымты влекла за собой оштрафование апеллирующего. Применение барымты в качестве средства апелляции, очевидно, вошло в практику уже в XIX в., так как ранний казахский процесс вообще относится к апелляции отрицательно.

По законам Тауке барымта позволялась лишь при наличии *обоснованного требования*. Ее могли совершать наследники убитого, требующие куна, обокраденные, требующие возмещения за кражу, и т. д. В материалах второй половины XIX в., собранных Гродековым, подчеркивается, что не всякая вообще обида, а лишь обида, дающая повод к требованию материального возмещения, может быть основанием барымты [38]. Это заслуживает быть особо отмеченным потому, что М. Ковалевский²⁵,

²⁵ Биобиблиографию трудов Максима Максимовича Ковалевского (1851–1916) и биобиблиографию работ о нем (сост. Ю. Н. Емельянов) см.: История и историки.

ссылаясь на несоответствие производимого при барымте захвата размерам причиненного вреда, вызвавшего барымту, сомневается в том, чтобы барымта преследовала цель возмещения ущерба, и считает, что в барымте «надо видеть не более как мечь» [39].

Все почти источники согласно подтверждают, что осуществление барымты как легального захвата требует соблюдения определенного порядка и формы, гарантирующих наличие достаточных для барымты оснований, позволяющих отличить ее от простого грабежа. В записи законов Тауке у Левшина барымта производится «с позволения своего старейшины» совместно «с родственниками или ближайшими своими соседями». В другом месте Левшин сообщает, что она производится «только по приговору судей или старейших» [40]. По Путинцеву, «барымта такова, что он один сделать никак не может, должен пригласить родственников». Это делается не потому только, что ему нужна родственная помощь, а потому, что родственники имеют право участия в барымте и право на долю в добыче: «делят полученное в добычу частями, преимущество однако ж дают большую часть первому». По Шукуралиеву, поездка на барымту должна сопровождаться объявлением об этом «родовым старшинам и вероятно достойным людям». По Броневскому, «замысел на баранту определяется в тайном совещании старейшин и почетных людей целой волости». По Гавердовскому, распоряжение барымтовать дает сам бий. В XIX в., кажется, не требовалось уже для производства барымты формальное разрешение аульных властей. По крайней мере, Чингис Валиханов подчеркивал лишь фактическую возможность барымтовать без их согласия [41], так как барымта не была индивидуальным актом, а требовала организованного содействия одноаульцев. Для понимания причин отказа от требования формального разрешения следует иметь в виду формальное же запрещение барымты русским уголовным законодательством.

Предъявление предварительного требования об удовлетворении претензии либо о судебном рассмотрении ее и отказ в этом ответчиков — одно из необходимых условий барымты. Если ответчик другого «рода», «тогда бий посылает истца с детьми к старейшине оного рода требовать удовлетворения» и велит барымтовать, только убедившись в нежелании противной стороны дать истцу законное удовлетворение [42]. Угон скота без предварительного обращения к родовичам вора об удовлетворении за кражу превращает барымту из способа защиты своего права в правонарушение [43]. Почти во всех относящихся к этому вопросу

Историографический ежегодник 1980 / Отв. ред. М. В. Нечкина. М.: Наука, 1984. С. 298–337.

материалах подчеркивается, что барымта мыслится как крайнее средство, допустимое лишь при установленной полной невозможности мирного или судебного разрешения конфликта. В материалах Л. Баллюзека подчеркивается, что казах прибегает к барымте, «побывав везде и у всех, кто может иметь малейшее влияние на вора и видя у одних нежелание содействовать, а у других действительную невозможность помочь». Гейнс и Добросмыслов одинаково описывают процедуру, предшествующую барымте против вора. Потерпевший сперва ведет переговоры с похитителем его имущества о возврате похищенного миром. Если переговоры не дают результатов, он жалуется всем власть имущим, всем, кого считал в каком-либо отношении начальством, — бию, аксакалам своего рода, султану и т. д. Не получив помощи, он едет к сородичам похитителя с просьбой указать средство возмещения. В некоторых случаях бий посылал его с детьми к старейшим рода ответчика требовать удовлетворения. И лишь когда все эти мирные попытки кончались крахом, потерпевший вправе был барымтовать [44]. Точно так же обрисованы условия барымты у Маковецкого. Имеющий к кому-либо требование «обращается к последнему и просит рассчитаться миром. При нежелании обязанного он обращается к родственникам его, а в конце к почетным аксакалам рода того, с кого следует получить удовлетворение. Переговоры тянутся иногда по несколько лет, и только потеряв надежду на сведение счетов мирным путем», обиженный обращается к барымте [45].

Легальный характер барымты должен быть обеспечен также сообщением о готовящейся барымте всем попадающимся навстречу аулам и людям, а также вторичным заявлением об уже произведенной барымте своему старшине по возвращении домой. «По прибытии с оным (отогнанным скотом. — С. Ф.) в свое жилище должно тотчас объявить старейшине о сем и на пути встречающимся почетным людям» [46]. Это требование имеет своей целью проверку наличия оснований для барымты со стороны органов власти, недопущение, следовательно, грабежей и разбоев под видом барымты. Сообщение о барымте всем встречным на обратном пути должно еще сильнее подчеркнуть отличие не таящегося барымтовщика от вора. У Левшина также отмечена обязательность по возвращении с барымты «объяснить о том своему начальнику», «который наблюдает, чтобы количество возмездия соразмерно было иску».

В записи Левшина законы Тауке не дают ясного ответа на вопрос, для чего нужна эта соразмерность отгоняемого скота сумме претензии. Ответ содержится в записи Шукуралиева, которая фиксирует, что «обиженный получает в барымту толикое число, сколько ему следует».

Отсюда видно, что барымта могла быть способом непосредственного и окончательного погашения претензий. Об этом говорит также запись Броневского: «Кто сделает баранту в отмщение за таковую же, и отгонит более нежели сколько у него было угнато, то излишнее возвращает претендателям, и тем дело оканчивается» [47]. У Броневского здесь под термином «баранта» фигурирует также первоначальное хищение, но смысл постановления совершенно ясен. П. Небольсин видел даже причину разгара барымты в том, что при барымте угоняли лишний против действительной претензии скот [48]. Это, конечно, ошибка, но возможность покрыть непосредственно путем барымты свою претензию и требование, чтобы барымтующий не обогащался, отмечены им правильно. Вместе с тем явка забарымтованного скота старшине имеет в виду и другой случай, когда целью барымты является понуждение ответчика к судебному разбирательству, и это видно из записи Шукуралиева, хотя она довольно противоречива и не совсем сводит концы с концами.

Наряду с нормой, дающей право истцу покрыть свою претензию угнанным барымтою в соразмерном количестве скотом, у Шукуралиева имеется указание и на другую форму барымты, служащую не способом непосредственного удовлетворения претензии, а средством привлечения ответчика к суду. В этом случае скот отгоняется не у ответчика, а у «сильных и хороших людей» его отделения, причем лишь в размере четвертой части суммы претензии. Цель отгона — «дабы хозяева отогнанного скота вора отделения своего насильно могли представить на разбирательство беям». Именно к этому случаю, и только к нему, очевидно, относится и заключительное положение записи Шукуралиева, гласящее, что тот, «кто потаенно пригнав из того скота сколько возмет себе в барымту, задержит или куда продаст», карается как вор. Ибо отогнанный в этом случае скот служит только средством понуждения аульных властей ответчика заставить последнего согласиться на судебную процедуру, это только внесудебный, принудительно взятый залог, подлежащий, очевидно, возврату по решению суда. Что такой возврат во многих случаях предполагается, видно из другой статьи законов Тауке в редакции Левшина, гласящей, «что скот, бывший в чужих руках, возвращается с приплодом кроме скота барантою угнатого». Здесь, очевидно, приплод остается в вознаграждение лицу, вынужденному прибегнуть к барымте и хранить этот скот как залог. На полный возврат скота после примирения указывает Чокан Валиханов [49]. о такой форме барымты говорит и Маковецкий. Скот отгоняется «у одного из аксакалов из того рода, которому принадлежит ответчик, для того, чтобы заставить аксакала вмешаться в дело и доставить обиженному удовлетворения. Когда удовлетворение доставлено, то угнанный скот

возвращается и стороны мирятся» [50]. При этой второй форме барымты явка забарымтованного скота аульным властям преследует цель сохранности залога, а форма эта в целом, в отличие от ранее указанной, есть не способ удовлетворения претензии, а средство понуждения к суду, к примирительному разбирательству спора.

Касаясь условий, обеспечивающих публичность барымты, отметим сообщение Гродекова, что на барымту нужно было выходить днем, а не ночью [51]. Однако сомнения Словохотова [52] по поводу допустимости производить барымту ночью не обоснованы. Речь идет лишь, очевидно, о необходимости выйти на барымту явно, днем, подчеркнув тем легальность своих намерений перед своим и соседними аулами. На возможность как явной дневной, так и тайной ночной барымты прямо указывает такой знаток вопроса, как Чокан Валиханов, отмечая, что во втором случае следует лишь в течение 3 дней известить потерпевшего, за что произведена барымта [53]. В XIX в. формы проведения барымты явным образом изменились по сравнению с древнейшими временами. По причинам, которые освещаются ниже, открытое выступление истца, применяющего силу в защиту своего права, сменяется вылазкой, во время которой он стремится избежать вооруженного столкновения и достичь нужного ему результата скорее ловкостью и хитростью, нежели применением силы. Может быть, поэтому в XIX в. предпочитают ночную барымту дневной. Ночью легче избежать вооруженного столкновения и осуждаемых обычаем жертв. Указанная эволюция барымты как процессуального института, стирание граней между барымтой, кражей и грабежом, измельчание барымты отражены в записи Гавердовского, которую следует привести здесь полностью. Бий, указывает Гавердовский, «велит барантовать, т. е. следующий иск отнять силой». «А если невозможно будет совершить сие явным образом, иногда производят хищничество, нападая тайно на табуны или, дождавшись в скрытых местах выезда самого обвиняемого, снимают с него оружие, одежду и уводят лошадь. Сей род похищения нередко основывается на личных и несправедливых претензиях, а потому и подает право к отмщению, которое, таким образом, переходя из рода в род, сделало между киргисцами повсеместное хищение за обиды дедов и прадедов, и вместо того, что прежде баранты совершались с воли родоначальников под управлением подчиненных людей и производимы были только за великие претензии, то есть за воровство ста и более лошадей, ныне один баран, обидное слово и сию производит баранту» [54].

Успешные действия истца часто заставляют ответчика пойти на мирное окончание спора. Барымта вовсе не предполагала непременно ожесточенной и непримиримой вражды, хотя таковая часто была ее

последствием. Характерно в этом смысле описание одной барымты в определении Оренбургской Пограничной комиссии от 26 августа 1799 г. Обвиняемые по этому делу показывали, что они прибыли для «взятия взаимной барымты» в каракитинском роде. Отбив 200 лошадей, они направили некоторых участников барымты к каракитинцам с требованием вернуть еще 600 лошадей [55]. Следовательно, участники барымты отнюдь не опасались за жизнь и неприкосновенность своих товарищей, только что совершивших с ними барымту. Поскольку правосознание казахов признавало легальную барымту законным способом решения спора, удачная барымта могла повлечь за собой примирение или контрбарымту, а не личную расправу.

Объектом захвата по записям как Левшина, так и Шукуралиева является индивидуализированная частная собственность. Различие объектов захвата также связано с описанными выше двумя видами легальной барымты. В одном случае это скот ответчика, в другом случае — скот «сильных и хороших людей» его аула. Такое различие объектов сохраняется в конце XIX в. Гродеков указывает [56], что скот обидчика является средством компенсации ущерба, а скот сородичей — залогом получения удовлетворения. Вообще скот является специфическим объектом захвата при барымте. Даже там, где барымту трудно отличить от грабежа, часто сохраняются любопытные следы этого обычно-правового воззрения. о значении барымты для безопасности купеческих караванов тот же Гавердовский писал: «Киргисцы орды средней иногда совершали ее в виду купцов и даже отнимали тех самых верблюдов, на которых везлись тюки, не трогая нисколько товара».

Что касается захвата людей, о котором так часто говорят источники, то такой захват с барымтой как процессуальным институтом не имел ничего общего. Хотя ханы, султаны и старшины, обращаясь к царской администрации с просьбой задерживать на линии их политических противников, обычно называли это барымтою и ссылались на то, что «сие дело в народе их издавна употребляемое и обыкновенное», однако в этих случаях речь идет о захвате заложников, «аманатов», и термин «барымта» применялся здесь постольку, поскольку под «барымтою» в широком смысле слова понимали, как увидим ниже, всякий захват, всякое насилие.

Описанными условиями барымта в обычном праве казахов отличается от грабежа и кражи. В памятниках обычного права барымта нигде не смешивается с кражей и грабежом, всюду резко им противопоставляется. «Под словом барымта, — читаем у Путинцева, — разумеется отгон скоту, а хотя по нашему было бы то воровство, грабеж, кража, доказательством можно поставить то, что за краденную лошадь по их закону платить трижды девять, т. е. 27 лошадей, а забарантованную

платить лошадь за лошадь, да и то еще с уменьшением лет... и вор в краже изобличенной презирается, а отогнавший барымту почитается за человека расторопного».

Отличая барымту от кражи и грабежа, обычное право по-иному относится к преступлениям против личности, совершаемым во время барымты. По Броневскому, при столкновениях во время барымты «дерутся жестоко, но всегда помнят, чтобы отнюдь не убить человека; редко употребляют при сем оружие», потому что «кто ранил кого на баранте неврдно, иску нет, как и за легкий знак; а ежели убьет, платит полный кун» [58]²⁶. У Гавердовского имеется конкретный пример кровомщения на почве случайного убийства во время барымты. Но ранение, как видим, и не очень тяжкое считалось допустимым и не наказывалось [59]. Впрочем, даже и убийство на барымте, по словам авторов записки к проекту положения об управлении в Тургайской области, «не считается в народном сознании преступлением, подходящим под один уровень с видами убийства при других обстоятельствах» [60].

Остается еще рассмотреть вопрос о последствиях нарушения норм обычного права, регулирующих барымту. Законы Тауке прямо не устанавливают этой ответственности, но можно считать само собою разумеющимся, что совершение барымты без предусмотренных обычным правом оснований или без соблюдения требуемых условий, указанных выше, влекло за собою приравнение барымтовщиков к грабителям и ворам. Вряд ли, впрочем, требования, предъявляемые к соблюдению формальностей, отличались особым ригоризмом.

В «Сборнике обычного права сибирских инородцев» Самоквасова (§ 142) указывается, что по обычному праву казахов совершивший барымту «безвинно», т. е. при отсутствии для нее обычно-правовых оснований, должен полностью вернуть все забарантованное и удовлетворить требования потерпевших о возмещении всякого рода ущерба, связанного с увечьем или повреждением имущества при погоне за барымтовщиками. Это очень далеко от квалификации необоснованной барымты как грабежа или кражи, что, как указано выше, логически вытекало бы из постановлений Тауке. Однако материалы Самоквасова недостаточны для вывода о принципиальной безнаказанности необоснованной барымты. Другие источники иначе решают этот вопрос. В черновиках д'Андрэ при перечислении наказаний за различные виды кражи скота читаем: «буде угнан целый табун... то сверх возвращенных голов полагается тугуз» (т. е. штраф, взимаемый с вора, чем подтверждается принципиальный взгляд на необоснованную барымту как на кражу)... «Но подобные кражи, — сообщает далее д'Андрэ, — именуются

²⁶ Сноска [57] в оригинале рукописи на с. 591–592 пропущена.

барантами и буде возвратить ворам невозможно по отдаленности или не хотят, если отбить впоследствии табун, то тем и оканчивается, но взыскание за подобную кражу тугузом затруднительно». Несмотря на это, далее указывается положенное за барымту наказание, заключающееся в том, что с каждого барымтовщика взыскивается за солидарной ответственностью «ат-тун», т. е. более легкий штраф, взимаемый обычно за малозначительные преступления [61]. Тем самым устанавливается, что необоснованная барымта в середине XIX в., а, значит, тем более, по законам Тауке, наказывалась как кража. Только фактическая невозможность покарать барымтовщиков заставляла потерпевшего мириться с более легким наказанием или даже ограничиться простым возвратом. Такое отношение к преследованию необоснованной барымты нужно считать следствием ее массового и почти безнаказанного распространения в степи. В это время даже пострадавший от кражи чаще всего считал наилучшим выходом из положения договориться с вором о добровольном возврате украденного. Тем более понятным делается такое же отношение к барымте.

Наказуемость необоснованной барымты подтверждается также условиями, выработанными съездом биев в августе 1865 г., которые приводит Гейнс [62]. Пункт 7-й этих условий гласит: «Если кто либо, желая вернуть от кого-нибудь долг, угонит скот у невинного (не должно ему киргиза), то платит проторы, убытки и штраф»; п. 9-й «Угнавший скот барантою судится, как вор». Пункт 9-й явно ориентирован на формальную поддержку русского закона, вообще запрещавшего всякую барымту. Но п. 7-й устанавливает конкретное наказание именно за необоснованную барымту, что не имело бы вообще смысла, если бы бии не различали наказуемой и ненаказуемой барымты.

Одним из правовых последствий этого различия была также различная судьба исков о куне за убитого во время барымты барымтовщика. Кун этот выплачивался только за законного барымтовщика [63]. Незаконный барымтовщик приравнивался к грабителю, по отношению к которому любые меры сопротивления считались дозволенными. Только в этом смысле нужно понимать сообщение рапорта губернского секретаря Биглова от 12 марта 1846 г., что за убийство грабителя и барымтовщика кун не взыскивается [64] и что, следовательно, барымтовщика можно убить безнаказанно. Приравнение барымтовщика к грабителю, с точки зрения казахского обычного права, имело смысл только по отношению к незаконному барымтовщику.

3. Барымта — феодальная война и грабеж²⁷

В конце XVIII и начале XIX в. барымта начинает терять свое преимущественно судебнo-процессуальное значение, значение института легальной самопомощи, и ее все чаще отождествляют с феодальной войной. Это изменение содержания барымты порождено было ускорением и углублением процесса феодализации в казахском обществе. Феодализм всюду и везде порождает на определенном этапе господство кулачного права, вытесняющего или суживающего сферу патриархального обычного права. Обычно-правовой институт барымты как формы самопомощи в междуродовых спорах оказался чрезвычайно подходящим для осуществления феодалами в этой форме кулачного права. Казахские феодалы нуждались в подобном институте так же, как их западно-европейские собратья. Интересно, что западно-европейские юристы обосновали справедливость, необходимость и «законность» «частной войны»²⁸, а также формулировали условия допустимости такой войны почти так же, как казахское обычное право формулировало допустимость барымты. Итальянский юрист XVI в. Якоб Менохий в трактате о владении и восстановлении нарушенного владения выдвигает тезис: «позволительно творить себе суд, если не оказана помощь судебными властями» (*liceat inim jussiri olicere, cum judicis auctoritate succursum non est*). Он поясняет этот тезис конкретным примером, не оставляющим сомнения в том, что речь идет именно о праве феодальной войны: справедливо, если обобранный собственник, у которого отняли крепость, захватит ее при случае, если он замечает, что обращение к судье не послужит ему помощью, так как судья не в силах будет привести в исполнение постановленный приговор, или когда захватчик обладает такой властью и могуществом, что не признает над собою высших [65]. При таком определении условий феодальной «частной войны» не приходится удивляться тому, что казахским феодалам для нужд феодальной войны оказался чрезвычайно полезным дофеодалный по своему происхождению институт барымты. Но это повлекло за собой изменение сущности барымты, не ускользнувшей от внимательных наблюдателей.

Левшин, изложив содержание барымты по законам Тауке, и, в частности, требование, «чтобы количество возмездия соразмерно было иску», делает тут же следующее примечание: «Сие последнее

²⁷ В диссертации начинается на с. 596.

²⁸ Г. Гроций, например, полагал, что «частная война» может быть дозволена, если не противоречит естественному праву (см.: *Гуго Гроций. о праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М.: Гос. изд. юрид. лит-ры, 1956. С. 119*).

обстоятельство показывает, что барымта была допущена древними постановлениями киргизскими совсем не в том виде, в каком ныне существует». В каком виде существовала барымта во времена Левшина (начало XIX в.) и несколько раньше, об этом убедительно и ярко рассказывает «Обет», принятый султанами и старшинами младшего жуза в 1803 г. Здесь барымта, бывшая при Тауке способом утверждения правопорядка и защиты нарушенных прав, характеризуется уже как источник разорения и анархии. «С давних пор впитавшаяся в нашу среду барымта, — пишут авторы «Обета», — приносит ли она нам какую-нибудь пользу. Не ведет ли она наши общины к разорению и разрушению. Разве мы не видим, что барымта со стороны башкир и др. отдирает наше тело от костей (а производимая) нами же в нашей среде, она разрывает нам сердце и печень. Не потому ли наше население скитается, нищенствуя... А некоторые из нас в виду беспомощности разве не продают своих детей в рабство. И разве не потеряли мы больше половины нашего скота» [66]. Разорительные последствия барымты отмечаются и царской администрацией. Из сообщения командующего сибирского корпуса Штрандмана²⁹ генерал-прокурору Самойлову³⁰ в феврале 1795 г. видно, что барымта — феодальная война представляла собою иногда крупное военное предприятие. На барымту, по словам Штрандмана, «съезжаются иногда более двух и трех тысяч», из захваченных при этом десятков тысяч голов скота огромное количество просто погибало в дороге от форсированных перегонов, скот беспощадно резали и т. д. Штрандман склонен был даже видеть в это время в барымте основную причину упадка скотоводства и довольно наивно полагал, что казахи «употребляя большую часть летнего времени на баранту... не имеют достаточно времени обработать землю» [67].

Так как при барымте — феодальной войне, как и всюду при феодальных войнах, больше всего страдало хозяйство рядовых казахов-скотоводов, то разгул барымты этого типа повлек за собою массовое разорение населения, довел его до нищенства, до продажи в рабство детей. Барымта — феодальная война была также удобной формой экспроприации казахскими феодалами рядовых скотоводов. Здесь произошло то же, что имело место в разгаре феодальной войны в Кабарде, где

²⁹ Фон Штрандман Густав Эрнест (Густав Густавович) (1742–1803) — дворянин, генерал от инфантерии (1798). Служил на Сибирских пограничных линиях (1778–1798), командующий Сибирской дивизией (1787), командующий Сибирским корпусом и пограничными линиями в Западной Сибири (1789–1798) (см.: *Андреев И. Г.* Описание Средней орды киргиз-кайсаков. Алматы: Ғылым, 1998. С. 252 (коммент. 77)).

³⁰ Самойлов Александр Николаевич (1744–1814) — генерал-прокурор Сената (1792–1796), граф (1775), член Императорского Совета. С 16 лет на военной службе.

кабардинские князья присвоили себе право отбирать у своих подвластных баранов и прочее имущество, поставив собственность своих подданных вне всякой защиты от произвола [68]. Тем самым барымта сыграла важную роль в процессе концентрации феодальной собственности и ускорении развития феодальных отношений.

Когда произошло отмеченное Левшиным изменение в содержании барымты? В источниках есть некоторая точка опоры для утверждения, что это имело место в середине XVIII столетия. Ясно, во всяком случае, что в начале XIX в. население относило появление барымты этого нового типа, барымты, ставшей общественным бедствием, к недавнему прошлому. Так, Шангину, бывшему в Казахстане в 1816 г., сообщили, будто бы начало «барымты» было положено тем, что 35 лет тому назад Старший жуз отбарантовал скот у Среднего, за этим последовала «барымта» между родами, а отсюда уже и господство ее в степи [69]. В упомянутом уже «Обете» 1803 г. о происхождении «барымты» сказано, что «начало свое получила она более 60 лет тому назад от башкирского народа, который донимал тогда ею наших предков» [70]. Броневский в 1830 г. сообщал, что «начало баранты или набегов для отбития скота известно более 70 лет» [71]. Герман относит начало рассвета барымты к известному столкновению между казахами и башкирами, спровоцированному в 1758 г. оренбургским губернатором Неплюевым, отдавшим детей и жен восставших башкир в руки казахов и тем разжегшим многолетнюю жестокую борьбу между башкирами и казахами, в которой взаимная барымта играла большую роль [72]. Все это, конечно, очень важно. Происхождение одного из древнейших казахских установлений почти единогласно относится к 50-м годам XIX в. Но наличие такой устойчивой традиции, безусловно, заслуживает внимания. Ее подлинный смысл заключается в том, что, сообщая о недавнем появлении барымты в степи, казахи имели в виду не барымту вообще, а то новое содержание барымты, которое в то время, когда эти заявления делались, стояло в центре внимания населения, причиняя ему столь тяжкие невзгоды, т. е. барымту — феодальную войну.

Под давлением этого нового содержания старый смысл барымты начинает выветриваться, отступать на второй план. У авторов «Обета» 1803 г., в глазах которых барымта ассоциируется с бедствиями феодальных усобиц, существует, правда, еще и представление о том, что барымта есть способ борьбы за право, легальный правовой институт. Но в то же время несоответствие современной им барымты какому-либо правопорядку заставляет их противопоставлять барымту, как произвол, праву и закону. Они требуют поэтому прекращения, запрещения барымты. «Отныне не вести споров по барымте, а если на стороне кого

либо из нас *будет право*, то добиваться удовлетворения, ведя переговоры в своей же среде или путем соглашения, т. е. *заканчивать по правилу и закону*, отдавая друг другу дочерей (замуж), рогатый скот и коней и не прося помощи из других мест» [73]. Не отрицая, следовательно, что барымта есть традиционный способ борьбы за право, они объявляют этот способ отныне противоправным. Споры должны решаться мирными расчетами, без применения насилия и захвата, и в этом-то отныне будет заключаться новое «правило и закон», поэтому «никто не должен, имея какой-либо долг за другим или еще какую-либо тяжбу с ним, выставлять себя судьей по своему делу и нарушать спокойствие, прибегая к барымте». Нарушители этого постановления подлежат наказанию, а «*украденные или захваченные путем барымты имущество и скот должны быть немедленно возвращены владельцу*» [74]. Новый взгляд на барымту, как видим, проявляется особенно ярко в том, что она частично отождествляется с кражей, что, с точки зрения обычного права времен Тауке, представляло бы собою вопиющее смешение правомерного действия и преступления.

Отныне правящие группы казахского общества стремятся уничтожить барымту и достоинства верховной власти видят в том, чтобы она энергично боролась с барымтой. В августе 1817 г., делая представление о замене хана Ширгазы ханом Арынгазы, султаны, бии и старшины аргументируют свою просьбу тем, что при Ширгазы «барымта и воровство в нашем журте разрослись и перешли (всякие) границы» [75]. Что же касается Арынгазы, то он будет приносить пользу «...уничтожая воров, искореня барымту...». Сам Арынгазы видит в борьбе с барымтой важнейшую сторону своей деятельности и постоянно подчеркивает это в обращениях к русским властям. Так, в мае 1816 г. он сообщает Волконскому: «У легкомысленных киргисцов через устрашивание уничтожили междоусобную баранту и с таковым при том подтверждением, что буде кто во время здравствования нашего пустится на оную, то в таком случае оной будет умерщвлен, а именно будет разграблено, что уже над несколькими ворами и исполнили» [76]. У Алтын-Джабасцев прекращена была барымта и распри «по закону нашему», сообщает Арынгазы. Новое право, которое, безуспешно, впрочем, пытался внедрить Арынгазы, считало барымту преступлением, заслуживающим смертной казни, и сближало ее с кражей-грабежом.

В связи с тем, что барымта теряет характер дозволенного правом акта самопомощи, способа защиты права и становится преимущественно формой феодальной войны, вскоре обнаруживаются и губительные последствия такой «частной войны», постоянных междоусобиц и взаимных грабежей для устойчивости отношений собственности,

для неприкосновенности позиций господствующего класса, словом, для общественного строя в целом. Правда, феодальные войны, осуществляя «право» сильнейшего, содействовали концентрации частной собственности путем экспроприации слабых владельцев, скота рядовых скотоводов и захвата пастбищ. Но легализация грабежа в форме барымты — феодальной войны становилась уже опасной для класса собственников в целом в связи с небывалой до того времени остротой классовой борьбы. Обострение классовой борьбы (особенно в конце XVIII в. в массовом движении, связанном с восстанием Срыма Датова), должно было по-иному поставить и вопрос о путях и методах защиты частной собственности. Старые способы защиты ее, опиравшиеся на помощь однородцев, оказались теперь неудовлетворительными, потому что острота классовой борьбы превращала однородцев из помощников в опасных противников собственника. Об этом очень выразительно говорит донесение письмоводителя Габейдуллы Феткуллина³¹ военному губернатору Вязмитинову³² о результатах страшного жута 1796 г. В донесении Феткуллин указывает, что «киргисцы, у которых скот прозимовал благополучно, опасаются, говоря, что между ними спокойствия уже быть не может, ибо лишившиеся скота своего киргисцы будут делать великое воровство и барымту» [77]. Чрезвычайно интересно сообщение Гавердовского об использовании барымты неимущими казахами. Отметив, что удачливые предводители грабительских наездов пользуются доброй славой и получают титул «батыра», Гавердовский продолжает: «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» и нападают на купеческие караваны. Получаемая при этом добыча «составляет существенное пропитание многих киргисцов» [78]. Беднота, как мы видим здесь, пыталась использовать барымту как форму экспроприации богачей. Позже на это указывал и Гейнс, сообщив, что в прежнее время

³¹ Габейдулла Феткуллин (Габейдулла Феткульлин, Губайдулла Феткуллин, Фаткуллин) — мулла, письмоводитель (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 137, 186).

³² Вязмитинов Сергей Кузьмич (1744–1819) — русский государственный деятель, военный министр, граф (1818). С 1754 г. на военной службе, правитель Могилевского наместничества (1790), генерал-поручик (1793), сенатор (1794), сибирский и уфимский генерал-губернатор (1794–1796), командир Оренбургского отдельного корпуса (1795), шеф Московского мушкетерского полка (1796), комендант Санкт-Петербургской (Петропавловской) крепости (1797), член Военной коллегии и управляющий Комиссариатским департаментом, генерал от инфантерии (1798), член Государственного совета (1810), председатель Комитета министров (1812), военный губернатор Петербурга (1816) (см.: Семенов В. Г., Семенова В. П. Губернаторы Оренбургского края. Оренбург: Оренбургск. кн. изд-во, 1999).

неимущие, «чтобы добыть себе пропитание невольным образом влеклись к хищничеству...» [79]. То, что к барымте, к захвату скота стала прибегать теперь также беднота, для которой барымта была временами единственным способом обеспечить свое существование, именно это обстоятельство поставило в глазах господствующего класса барымту на одну доску с «воровством» — грабежом и вынудило его объявить войну барымте как институту угрожающему частной собственности.

В начале XIX в. феодальные войны пошли на убыль, и господствующие классы стали вздыхать о преимуществах порядка, о сильной власти, способной обеспечить неприкосновенность собственности. Несущиеся со страниц «Обета» 1803 г. вопли об ужасах барымты — это декларация неприкосновенности частной собственности и увековечения уже сложившегося ее распределения. Использование барымты для феодальной войны уже сыграло свою историческую роль. Собственность концентрировалась в руках сильнейших. Барымта разорила трудящихся, пострадал при этом кое-кто из старой знати. «Разве глаза не видят, что те наши люди, которые прежде ездили на хороших конях и гнали много табунов, ныне ездят, оседлав быка, или же (ходят) пешком» [80]. Продолжение барымты угрожало позициям старой знати, вытесняемой батырами. Положение о Ханском Совете 31 мая 1806 г. требует прекращения самоуправства и барымты, «чтобы не допускали возникать и усиливаться батырам»³³ [81]. Испытываемый теперь знатью «белой кости» страх перед барымтой был вскоре ловко использован царизмом для того, чтобы заставить эту знать поддерживать мероприятия царизма, направленные к окончательной ликвидации остатков политико-административной самостоятельности казахов. Осуществляя реформу 1822 г., открывая в Среднем жузе новые округа, правительство в инструкции чиновникам, занятым организацией этих округов, предписывает внушать казахам, что с открытием новых округов будет уничтожена барымта, в чем заинтересована в первую очередь знать. «От недостатка у них внутреннего устройства, — говорится в инструкции, — известные государю роды в степи: Валихана, Букея, Ханбабы³⁴, Турсун-хана³⁵ и Ишимхановых и проч., беднеют и наглыми барантовщиками не уважаются, тогда как начальство отличает всегда кровь сию благородную» [82].

Но не только знать «благородной крови», а весь класс феодалов увидел уже, что разгул барымты — феодальной войны пробудил опасные

³³ Правила для ханского совета, утвержденные Александром I от 31 мая 1806 г. // Материалы по истории политического строя Казахстана. Т. 1. С. 45.

³⁴ Ханбаба Султан, чингизид.

³⁵ Турсун Хан (ум. в 1712 г.) — хан Старшего жуза, отец Кушик Хана (ок. 1718–ок. 1750) (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 99, 100).

и глубоко враждебные ему силы. Господство барымты — кулачного права поощрило и бедноту к попыткам использования барымты для осуществления своих классовых целей. Поэтому нужно было отказаться от барымты. Она объявляется преступлением, «воровством», грабежом, и когда на сцене появляется сильная власть, стремящаяся к устойчивому классовому порядку, вроде Арынгазы, она карает барымту смертью.

4. Барымта как орудие колониальной политики царизма³⁶

Почти в то же самое время войну барымте в Казахстане объявляет царское правительство. Отношение его к барымте изменялось в зависимости от задач, методов колониальной политики и в зависимости от указанных выше изменений в характере самой барымты.

На первых этапах борьбы за колониальное подчинение Казахстана российское правительство не отвергало барымту, рассматривая ее как «репресаль». Оно весьма умело использовало наличие такого института. «Описание казахских родов» Тевкелева, «представление» 1789 г. Апухтина и, наконец, «Краткое описание о положении и состоянии киргиз-кайсацкого народа» 1796 г. не случайно, нужно думать, применяют термин «репресаль» для характеристики междуродовой барымты. Коллегия иностранных дел, ведавшая в то время казахстанскими делами, не без умысла усмотрела в барымте признание самими казахами международно-правового института репрессалий. В наличии будто бы такого института у казахов видели прекрасный повод для легализации вооруженного насилия и ограбления казахского населения, для так называемых «воинских поисков», «пограничной баранты», бывших важнейшим орудием всей колониальной политики царизма. В самом деле, неудобно же было *воевать* с народом, который числился подданным или, во всяком случае, вассалом, «его императорского величества». Осуществлять «репресаль» было все же пристойней, особенно, если этот метод урегулирования взаимных претензий у казахов якобы является традиционным и широко практикуется.

Об истории появления «барымты» в русской административной практике Оренбургское Областное правление 5 декабря 1861 г. сообщало Областному Правлению сибирских киргизов: «В официальный русский язык слово это вошло в употребление с 1740 г., с тех пор как хан Абул-Хаир стал требовать у русского правительства, чтобы оно в отмщение за грабежи и разбой киргизцев на Оренбургской линии задерживало, по

³⁶ В диссертации начинается на с. 606.

указаниям его, тех из них, которые будут приезжать в Оренбург. В то время под барантою разумелось единственно «задержание киргизов на линии за грабежи и разбои». Барымта-«репресаль» практикуется царской администрацией во второй половине XVIII в. чрезвычайно широко. Указами Коллегии Иностранных Дел 1749, 1760, 1776, 1779 и 1783 гг. неуклонно подтверждается, «что для восстановления спокойствия при границах» для борьбы с набегами, «воровством» и прочими «предерзостями» со стороны казахов следует «чинить репрессалию, т. е. захват людям и скоту», «управляться с ними... обыкновенным у них средством, т. е. захватом и задержанием правых и виновных, пока обида будет удовлетворена», приступать к «баранте» — «баранта же сим разумется — захват или задержание людей, также лошадей и скота»³⁷.

Превратив, таким образом, барымту в «репресаль», царское правительство нашло нужную ему юридическую формулу для осуществления политики колониального грабежа и насилия над казахским народом. «Пограничная баранта», «воинские поиски» стали источником величайших бедствий для казахского народа, источником его хозяйственного разорения и физического уничтожения, особенно при таких губернаторах, как А. Р. Давыдов, который считал, что «лучший способ управиться с казахами — это резать их» [84]. Далеко не всегда, соответствуя даже планам правительства и без пользы для него, обостряя сопротивление казахов, «пограничная баранта» часто применялась только для того, чтобы дать возможность пограничному начальству пограбить. Оренбургский военный губернатор Бахметев³⁸ вынужден был признать, что барымта «позволяла составлять состояния» [85]. Какой ценой при нем эти состояния составлялись, видно из записки Тимковского от 29 мая 1821 г. В ней Тимковский писал: «Опустошительные баранты, или в подлинном смысле невероятные грабительства, произведенные в Меньшей орде под руководством генерал-майора Бахметева, привели киргисцев в бедственное состояние» [86]. Такой прекрасный знаток нравов оренбургской администрации, как Левшин, должен был поэтому высказать пожелание «чтобы военные отряды, которые будут в степь посылаться, обращали более внимания на отыскание виновных киргизов, нежели на стада, ближайшим аулам принадлежащие» [87]. Дикий

³⁷ В диссертации С. Л. Фукса отсутствует сноска № 83 (видимо, пропущена по технической ошибке при перепечатке). После сноски № 82 следует № 84. Примечание № 83 имеется, но оно не привязано к конкретному месту.

³⁸ Бахметев Николай Николаевич — генерал-майор, оренбургский военный губернатор в 1798–1803 гг. Сделал представление Павлу I о необходимости преобразования пограничной экспедиции в комиссию пограничных дел, пограничный суд предложил упразднить (см.: Губернаторы Оренбургского края. С. 146–154).

разгул пограничной и царской администрации, разорявшей и уничтожавшей казахов, вышел даже за пределы, допустимые интересами колониальной политики царизма, и Екатерина II вынуждена была в Указе 1784 г. генерал-губернатору Апухтину потребовать, чтобы военные начальники «не попускали подчиненных им ни на какие своевольства против киргисцев», «подвергли под суд и жесточайшие наказания всякого, кто станет поступать вопреки сему, яко злейшего преступника, который поведением своим дает причину к нарушению спокойствия подданных наших». Указ признавал также, что мнимые репрессалии были простым грабежом и носили провокационный характер, «ибо, — говорилось в нем, — мы не имеем ни малого сомнения, что собственные поступки в прежнее время начальствовавших навлекали от киргисцев воровства и грабежи из мщения» [88].

Не следует, впрочем, думать, что царская администрация действительно увидела в степи только один вид барымты — «репрессаль». Когда оренбургский губернатор Неплюев, не желая усиливать хана Нуралы, счел более выгодным отказаться от «пограничной баранты», он, возражая против ее применения, обнаружил и более точные представления по этому вопросу. Он писал, что «баранта киргиз-кайсаков подлинно употребительна *только* в одних партикулярных делах, т. е. когда у кого сделается ссора или убийство, или из одного улуса в другой подбегами воровство»... [89]. В этой аргументации за устранение барымты из сферы внешней политики утверждение Неплюева, что она применяется у казахов «*только*» в частных взаимоотношениях, было продиктовано, быть может, задачами чисто полемическими. Но, если бы для своего времени, когда законы Тауке не были еще одним преданием, Неплюев подчеркнул, что область дел «партикулярных» есть *основная* сфера применения барымты, он, должно быть, правильно охарактеризовал бы значение «барымты» для середины XVIII в. Позже, в 60-х гг. XIX в., компетентные органы царской администрации совершенно точно знали, что представляет собою барымта у казахов. В упомянутом уже разъяснении Оренбургского Областного Правления от 5 декабря 1861 г. сообщалось, например, что под барымтой разумеются «наезды, совершаемые значительными скопищами одного рода или отделения против людей другого рода или отделения, вследствие первоначальной обиды, нанесенной которою либо из враждующих сторон». Таким образом, разъясняло Областное Правление, «воровство, похищение женщины, захват мужчины, грабеж или разбой, произведенные одними киргизами в аулах других — в первый раз, не суть баранта; барантою становятся эти преступления тогда лишь, когда в мести за обиженного или обиженных первоначальным наездом, примут участие родственники

сих последних и в свою очередь нападут на обидчиков, а эти ответят новым наездом и так далее» [90].

Царское правительство решило отказаться от «пограничной барымты» тогда же, когда собрание казахских султанов, старшин и биев, принявших «Обет» 1803 г., объявило войну всякой барымте. Отказ этот со стороны правительства объясняется, прежде всего, тем, что правительство серьезно усомнилось в целесообразности продолжать политику опоры на ханов. Между тем «пограничная баранта» одной из своих задач имела усиление власти хана, так как задержание людей и скота происходило сплошь и рядом по его просьбам и указаниям и служило для него средством использовать правительственные вооруженные силы для борьбы со своими противниками внутри жуза [91]. Нуралы заявлял, что без барымты он чинимых ему повелений исполнить не в состоянии [92]. С другой стороны, правительство не могло не видеть, что разбойничья деятельность чиновных барымтачей отнюдь не способствует подготовке условий для прочного господства царизма в Казахстане. Данная 16 сентября 1803 г. оренбургскому военному губернатору «высочайшая» инструкция говорит об этом достаточно откровенно, объясняя набеги казахов на линию «взаимством за отгон скота и за иные преступления подчиненных начальников наших, кои, руководствуясь с командами своими видами корысти или упования награды за мнимые подвиги свои, нередко сами покушались на действие противу киргизцов без всякого со стороны их повода и представляли потом их во образе вынужденного сопротивления» [93]. Тактика «пограничной баранты» не могла обеспечить полное подчинение Казахстана царизму, она лишь озлобляла казахов, активизировала их борьбу и тем затрудняла осуществление стоявшей перед царизмом основной задачи. Новый и отрицательный взгляд правительства на «пограничную баранту» не означал, конечно, полного ее прекращения. Грабеж казахского скота и захват людей продолжал широко практиковаться при военных действиях и карательных экспедициях против восставших казахов, да и прилинейная российская администрация долго еще не отказывалась от возможности поправить свои дела за счет казахских стад. Но отказ от «пограничной баранты» сделал для царского правительства возможным отрицательное отношение к барымте в целом, во всех ее формах и проявлениях. Это было весьма своевременно накануне первых серьезных шагов по превращению Казахстана во внутреннюю колонию Российской империи, ибо введение в Казахстане царской администрации казалось несовместимым с самоуправством-барымтою даже в делах «партикулярных».

При запрещении в 1806 г. Александром I³⁹ «внешней барымты» указывалось, что государь «тем более найти изволил несообразным, чтобы внутри империи допущено было распоряжение, толико противное всякому благоустройству» [94]. Кстати, барымта со стороны казахов отнюдь не ограничивалась делами «партикулярными», т. е. отношениями между казахами, и от нее временами, особенно во время массовых антиколониальных восстаний, изрядно доставалось и пограничному русскому населению. «Устав о сибирских киргизах» 23 июля 1822 г.⁴⁰, ликвидируя окончательно казахскую государственность в Среднем Жузе, одновременно (§ 206) относит «грабежи и баранту к числу тех еще немногочисленных пока преступлений, которые «относительно к киргизам» считаются уголовными и потому изымаются из ведения казахского суда биев и относятся к юрисдикции царских судов, где рассматриваются по уголовным законам империи [95].

С тех пор уголовное законодательство царской России многократно подтверждает свой взгляд на барымту как на уголовно наказуемое деяние, преступление, отождествляемое с грабежом для всех казахов Средней, Малой и Букеевской Орды и наказуемое в большинстве случаев военным судом [96].

Однако эта точка зрения не была проведена последовательно и до конца. Привлечение к военному суду лиц, виновных в проведении барымты, вообще имело место, главным образом, в тех случаях, когда барымта затрагивала интересы русского населения или непосредственные интересы царской администрации, когда, например, «преданные» царизму, обычно прилинейные аулы делались объектом нападения со стороны аулов «мятежных». Привлечение к уголовной ответственности за барымту, не затрагивавшую непосредственно правительственные интересы, было практически почти невозможным. Даже в конце XIX в., когда царская администрация и суд значительно укрепились, в Тургайском суде не было ни одного дела о барымте, хотя в области она практиковалась широко и повсеместно [97]. Виновные были трудно досягаемы для суда и следствия, ни один уважающий себя казах не пошел бы по этому делу в свидетели, следствие тянулось бы годами, пока не погиб бы спорный скот, и поэтому потерпевшие не менее самих виновных стремились к сокрытию факта барымты от русской администрации, которая могла

³⁹ Александр I (1777–1825) — российский император (1801–1825). В первые годы правления проводил умеренно либеральные реформы. После победы в войне с Наполеоном в 1813–1814 гг. возглавлял коалицию европейских государств.

⁴⁰ Устав о Сибирских киргизах от 22 июня 1822 г. // *Материалы по истории политического строя Казахстана*. Т. 1. С. 93–109. — См. также: *Войцеховский Е. И.* Устав о Сибирских киргизах 1832 года (текст и комментарий). Алматы, 2004.

неуместно жестоко, с точки зрения обычного права, покарать виновных, приравняв их к грабителям, но лишила бы потерпевших материального возмещения, обеспеченного им разбирательством в суде биев или при контрбарымте. По мере того, как завершалось колониальное подчинение Казахстана, по мере подавления освободительной борьбы масс и их вооруженного сопротивления барымта переставала быть опасным орудием сопротивления политике правительства, и вопрос о борьбе с ней переносился в плоскость поддержания административного порядка. Здесь острые меры борьбы, вроде военного суда или непосредственной генерал-губернаторской расправы [98], далеко не всегда оказывались наилучшими. Для решения задач чисто полицейского порядка можно было найти другие меры, и правительство, не отменяя уголовного закона, в ряде случаев фактически становится на путь легализации внутренней «частной» барымты. Начиная с 1859 г., и особенно в 1862 г., между казаками Оренбургского и Сибирского ведомства имели место многочисленные острые столкновения из-за спорных пастбищ, которые сопровождалась барымтой, угоном скота, ранениями и даже убийством. Понимая, что никакое уголовное преследование барымтующих не в состоянии прекратить взаимную барымту, царское правительство стало на другой путь улаживания конфликтов, уже испробованный и до этого в 1847 г. Оно назначило съезд представителей сторон для примирения их в расчете претензий на основе казахского обычного права. При этом правительство четко расписалось в признании банкротства уголовного преследования барымты царским судом. Администрация испрашивала «высочайшее» прощение убийцам, так как «преследование преступников законным порядком по окончании их претензий народным судом на основании киргизских обычаев, будучи несогласно с теми обычаями, могло бы возбудить новые раздоры со стороны родственников обвиняемых и их однородцев и возобновить беспорядки...» [99]. Практика такого рода примирительных съездов, зачастую созываемых самой царской администрацией, укоренилась очень прочно. В Семипалатинской области губернаторы устраивали так называемые «топы», т. е. мировые съезды влиятельных лиц и биев от обеих спорящих сторон. Внесенная в Комитет Министров 30.VI.1867 г. военным министром записка констатирует, что «преследование баранты уголовным порядком, как доказал опыт, не прекращает этого рода дел, и все расчеты по баранте решались особыми съездами биев» [100].

Если царское правительство расписалось в своей бессилии бороться с барымтой, то и в самом казахском обществе не оказалось сил для этой борьбы. Почва из-под барымты — феодальной войны, проводимой в широком масштабе, была вырвана в конце первой четверти

XIX в. тем, что царизм, все глубже и глубже проникая в степь, получил возможность поддержать своими отрядами того или иного «владельца» и сравнительно быстро предрешить исход междоусобия. Феодалная война не может иметь места при наличии сильной власти. Но бороться с барымтой более мелких масштабов в степи было некому. Предельное ослабление ханской власти накануне ее ликвидации реформами 1822 и 1824 г. еще более уменьшило те, и без того небольшие, возможности регулировать барымту, которыми казахское государство располагало в XVIII столетии. Отсюда для барымты в XIX столетии характерно ее «измельчание», с одной стороны, и существование рядом с барымтой — как традиционным правовым институтом — под тем же названием барымты — многочисленных краж и грабежей, которые превратились в величайшее бедствие для населения.

Развитие барымты в Казахстане пошло, следовательно, иным путем, чем у калмыков. Ойратское Уложение 1640 г. допускает самоуправный захват потерпевшим имущества *вора*. Единственная санкция за такой захват без ведома князя заключается в том, что потерпевший получает только двойное возмещение вместо девятикратного. При подобном же самоуправстве против *должника*, если оно совершено днем, кредитор теряет право взыскания, а если ночью, то платит даже штраф. Но после трехкратного заявления о долге властям при свидетелях он может силою изымать имущество кредитора, т. е. производить барымту [101]. В дальнейшем, однако, право барымты резко ограничивается, а затем и вовсе отменяется. Так, в законах хана Дондук-Даши (1741–1753 гг.) взыскание допускается уже только через суд, через яргичея, который посылает для взыскания своего посланца (Там же. Ст. 42). В еще более категорической форме всякое внесудебное взыскание под угрозой серьезных наказаний запрещается Уставом 1822 г. [102]. Калмыцкое право могло запретить барымту, потому что государственная власть была здесь значительно сильнее. Недаром казахский хан Абулхаир свое стремление к сильной власти излагал Тевкелеву как желание быть «самовластным... так, как Аюка хан волен над своими калмыками...» [103]. Сам же Тевкелев, говоря о трудностях борьбы с барымтой, писал: «Калмыцкий хан Аюка почти самовластный был, токмо и он без барымты обойтись не мог» [104]. Очевидно и более сильному государству калмыков в XVIII в. удалось изгнать барымту из закона, но не полностью искоренить ее на практике.

В XIX в. учащаются случаи совершения краж и грабежей под видом барымты. Причины роста преступлений против собственности понятны. Процесс укрепления начал индивидуальной частной собственности и упадка значения «родовой», коллективной собственности, повлек

за собою и обнищание экспроприруемых масс, и одновременно лишение их той минимальной «помощи» со стороны сородичей, которая в прошлом хотя и была способом закабаления, но давала, по крайней мере, некоторые гарантии от голодной смерти. Чем быстрее шел этот процесс, а он, естественно, шел быстрее в прилинейных аулах, нежели в глубине степи, тем в более безвыходном положении оказывалась беднота. о положении находившихся в глубине степи бедняков Оренбургский военный губернатор Волконский в марте 1806 г. сообщал, что «бедность их быв иногда поддерживаема другими исправными киргизцами, не столь для них чувствительна...» [105]. Что же касается прилинейных, которые, как сообщает рапорт Троицкой таможни, «многое множество в разодранных рубищах, почти нагие, шатаясь все вообще, как мужской, равно и женский пол, с их детьми и родственниками в крепостях снискивают царское подаяние» [106], то им царское правительство «помогало» только разрешением продавать своих детей русским помощникам в крепостное право. Авторы «Обета» 1803 г. прекрасно понимают, что бедняки эти «*в силу своей нужды* привыкают к занятию воровством» [107].

Различие в характеристике положения разных групп бедноты здесь выступает как территориальное (прилинейные и глубинные районы). Можно, однако, с полным основанием утверждать, что такое же в общем и целом различие имело место в положении казахской бедноты в XVIII и XIX вв. В XVIII в. казахская беднота в рамках «рода» пользовалась еще «поддержкой» со стороны «исправных» сородичей. В XIX в. в связи с разложением родовой коллективности беднота стала терять даже такую «поддержку» и значительная часть ее стала перед необходимостью воровать, если не хотела умереть с голода. Так возникает в XIX в. прочная база для роста имущественных преступлений, для краж и грабежа.

Особенность этих имущественных преступлений в Казахстане заключается в том, что они используют старую легальную форму барымты и не всегда легко отделимы от нее. Это и понятно. Буржуазное общество преследует всякое самоуправное распоряжение чужой собственностью, даже и в защиту своего действительного права. Оно делает борьбу против самоуправства и самопомощи универсальной потому, что в форме самоуправства может иметь место нарушение священных интересов частной собственности. Кража и грабеж преследуются здесь как наиболее одиозные формы недозволенного распоряжения чужой собственностью. В феодальном казахском обществе самопомощь, введенная в некоторые легальные рамки барымты, была слишком долго нормальным способом борьбы против всякой обиды, личной или

имущественной. Даже в XIX в. отсутствие сильной и административной, и судебной власти не позволяет господствующему классу отказаться от этого способа защиты своих личных и имущественных интересов, почему самопомощь и теперь принципиально не отрицается. С внешней стороны только соблюдение процессуальной формы (как то заявление старшине о готовящейся барымте, явка ему угнанного скота и т. д.) отличает барымту от разбоя и грабежа. Использование барымты для феодальной войны сопровождалось уже отказом от этих процессуальных форм со стороны самого господствующего класса. Безнаказанность феодальной войны — грабежа поощряли к покушениям на чужую собственность и все население. При этих условиях любой обездоленный казах, которого обстоятельства вынуждали стать на путь угона скота из табунов и стад богатого соседа, называл⁴¹ свой набег барымтой, тем более, что в обидах здесь, очевидно, никогда недостатка не было. И в глазах общественного мнения, привыкшего этим путем решать все споры, угон чужого скота, независимо от поводов к этому и соблюдения или несоблюдения традиционных процессуальных норм, далеко не всегда был предосудительным поступком, а часто характеризовался как удалство, молодчество. Но такое положение неизбежно приводило к тому, что под одним и тем же именем барымты понимали и легальную самопомощь, и просто грабеж и кражу.

Не удивительно, что царская администрация, воспитанная на законодательстве, веками жестоко преследовавшем любое малейшее покушение на неприкосновенность частной собственности, и к тому же в большинстве случаев неспособная разобраться в особенностях общественного строя казахов, иногда усматривала во всем этом лишь «природную» склонность казахов к грабежам и хищничеству. Часто вовсе не отличали барымту от грабежа, называя «барымтой» любой грабеж и лицемерно используя этот более удобный термин для оформления самых возмутительных актов колониального ограбления. Так, например, Терентьев пишет об ограблении войсками городского населения «8 и 9-го июня войска *барантовали*, в лагере открылся базар и началась торговля. 10 числа *баранта* была воспрещена и прекратилась» [108].

В XIX в. имеет место «измельчание» барымты. Выше было приведено ценное сообщение об этом Гавердовского. Левшин замечает, что в отличие от прежних времен, когда возможность барымты связывалась либо с наличием обычно-правовых для нее оснований, либо с произволом сильных владельцев (феодальная война), «ныне всякий обиженный, обокраденный или недовольный...» приступает к барымте. Гейнс

⁴¹ В оригинале — «называя», видимо, опечатка.

для второй половины XIX в. констатирует полное исчезновение межродовой барымты и сохранение ее только во взаимоотношениях между отдельными лицами, что он не без основания связывает с[о] слабостью судебной власти [109]. Если прежде, указывает Гейнс, барымта производилась с воли родоначальников, под управлением почетных людей и только в случае значительных претензий (например, 100 лошадей и более), то впоследствии «один баран — обидное слово и т. п. все служило поводом для производства барымты». В результате «воровство скота в степи перестало, наконец, считаться пороком» [110]. Чокан Валиханов видит измельчание барымты в том, что в отличие от прежних времен в середине XIX в. барымта производится «большею частью тайно воровски» [111]. Ю. Шмидт нарисовал очень выразительную бытовую картину этой измельчавшей, но чрезвычайно распространенной в конце XIX в. барымты, которая имела обычно место во время зимовок. «Между соседними аулами... имеется достаточно прошлых счетов и накопленных обид, скука и монотонность жизни на одном месте вызывает старые воспоминания, к которым зачастую примешиваются и свежие мелкие счеты, вроде, например, того, что один угостил другого бараном, а другой не ответил тем же и ограничился предложением кирпичного чаю и т. п. Начинаются пререкания, взыскиваются старые долги; зачастую вспомнят, что соседняя волость когда-то забарантовала несколько коней, словом, набирается достаточно горючего материала и, в заключение, обиженная сторона со своими сторонниками решается свести счеты обычной барымтой». «Обыкновенно одна баранта вызывает другую, третью и в заключение всей местностью овладевает барантанная эпидемия, которая прекращается лишь с наступлением первых теплых дней... когда кочуют на джайляу» [112].

Крафт, для которого точка зрения царского суда является определяющей, решается даже утверждать, что к концу XIX в. от былой барымты осталось только сильно развитое конокрадство [113]. Но это утверждение Крафта нельзя признать основательным, поскольку любая запись обычного права казахов в конце XIX в. продолжает констатировать живучесть института барымты и как способа осуществления своего права.

Одной из причин распространенности барымты, используемой для грабежей и воровства, является дезорганизация общественно-политической жизни Казахстана под воздействием колониальной политики царизма и деморализации господствующих классов казахского общества. Лишенные своей национальной государственности казахские феодалы потеряли возможность консолидировать свои интересы феодалов-собственников в единый классовый интерес, воплощаемый

в *государственном порядке*, при котором интересы отдельных собственников подчинялись бы интересу господствующего класса в целом. Здесь некому было обеспечить государственный порядок, принципиальную защиту частной собственности, преследование нарушителей права собственности. А так как каждый в отдельности взятый феодал уважает лишь свое право собственности и чтит любой грабеж, если грабеж может его обогатить, то сами феодалы стали поощрять своих подвластных к угону скота у соседей, по любому, даже мнимому поводу, признавая его той же барымтой. Это не было феодальной войной. Совершенно правильно подметил М. Вяткин, что если в начале XIX в. знать прикрывала барымтой феодальные войны, то в середине XIX в. султаны и бии не были организаторами барымты, а только не мешали отдельным аулам ее производить, получая за это значительную часть отбарантованного скота. Гавердовский сообщает, что барымта производится по указанию бия, «а потом судья и истец отнятое разделяют поровну» [115]⁴². Так обстояло дело в начале XIX в. Ничего в этом отношении не изменилось через 50 лет. Гейнс, как и Гавердовский, указывает, что бий, разрешающий истцу барантовать, делит с ним отбарантованный скот пополам [116].

5. Выводы⁴³

1. Барымта как процессуальный институт есть легальный захват имущества ответчика или его сородичей с целью понудить ответчика удовлетворить претензию или согласиться на судебное ее рассмотрение. Такие отношения сторон до суда есть следствие «родового» устройства казахского общества и чрезвычайной слабости надродовой власти.

2. В своем первоначальном, наиболее древнем и наиболее широком значении барымта была вооруженным набегом враждующих племен и родов, сопровождаемым захватом скота. Далее в клановом обществе под этим названием обособляется средство самоуправного удовлетворения претензий путем «разграбления» ответчика; наконец, путем ограничения и строгого нормирования условий допустимости последствий и самого порядка такого «разграбления» барымта превращается в институт легального досудебного и не требующего разрешения суда захвата имущества ответчика, в важнейший и чрезвычайно распространенный в Казахстане легальный способ обеспечить себе правосудие. Наличие такого процессуального института, как барымта, характеризует архаичность казахского судостроительства и судопроизводства и предопределяет его особенности (см. главу V).

⁴² Сноска [114] в оригинале рукописи на с. 621–622 пропущена.

⁴³ В диссертации начинается на с. 623.

3. Наряду со значением процессуального института барымта сохраняет значение всякого насильственного отнятия имущества. В XVIII в. в форму барымты облекается феодальная междоусобная война. Временами барымта используется беднотой для экспроприации богатых скотоводов, что заставляет последних бороться за уничтожение барымты. В XIX в., в связи с гибелью казахской государственности и разложением патриархально-феодального строя, под именем барымты фигурирует часто простой грабеж, поощряемый родовыми властями, выдающими в такой барымте источник обогащения.

4. Царизм в XVIII в. широко использовал барымту для ограбления и разорения казахов, для карательных экспедиций против них, которые производились под видом «ответной баранты». Попытка царского правительства уничтожить барымту в XIX в., когда барымта перестала служить годным орудием колониальной политики, не увенчалась успехом. Царская администрация вынуждена была неоднократно признавать свое бессилие бороться с широким распространением барымты.

6. Примечания к главе IV⁴⁴

1. *Штернберг Л.* Семья и род у народов северо-восточной Азии. Л., 1933. С. 13.
2. *A. D'Arboir de Jubarnille.* Le Senchus mor Nouvelle Rerue historique dedroit fransars etelrangere. Sonne 1884. N 1. T. VIII. P. 35 и сл.
3. *Brunner.* Т. II. С. 587–589. Примеч. С. 25.
4. *A. D'Arboir de Jubarnille.* Le Senchus mor Nouvelle Rerue historique dedroit fransars etelrangere. Sonne 1884. N 1. T. VIII. P. 43 и сл.
5. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. I. 1868. С. 80–81.
6. Киевская старина. 1889. Т. XXIV. С. 670.
7. *Леонтович Ф.* Адагы кавказских горцев. Ч. I. С. 366.
8. Живая старина. 1916. Вып. II–III. С. 55.
9. *Толстов С. П.* К истории древне-тюркской социальной терминологии // ВДИ. 1938. № 1.
10. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 181.
11. *Маркс К.* Формы, предшествующие капиталистическому производству. 1940. С. 24.
12. Красный архив. 1938. № 2(87). С. 154.
13. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. 28. 1821. Л. 21 об.–22.
14. *Радлов В.* Образцы народной литературы тюркских племен. Ч. III. СПб., 1870. С. XVI.
15. *Radloff W.* Aus Sibirien. Leipzig, 1884. B. I. S. 517–518.
16. *Добросмыслов А. И.* Суд у киргизов Тургайской области. С. 30–31.

⁴⁴ В диссертации начинается на с. 625.

17. См., например, описание этого института у албанцев или у горцев Хунзаха (*Ковалевский М.* Родовой быт. С. 9. Сб. сведений о кавказских горцах. Вып. IV. 1870 // Горская летопись. С. 64).
18. *Brunner*. В. II. С. 595.
19. Там же.
20. *Изразцов Н.* Обычное право киргиз Семиреченской области // Этнографическое обозрение. 1897. № 4. С. 16.
21. *Леонтович Ф.* Адагы кавказских горцев. Ч. I. С. 284.
22. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51.
23. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170 и сл.
24. Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 154.
25. Текст у А. Добросмылова. Тургайская область. Вып. II. 1901. С. 177–182.
26. Красный Архив. 1936. № 5(78). С. 210.
27. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. № 28. 1821. Л. 21.
28. *Гейнс*. Ч. I. С. 252.
29. *Баллюзек*. С. 12.
30. *Леонтьев*. С. 139.
31. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51.
32. Сибирский Вестник. 1820. Ч. IX. С. 13.
33. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. № 28. 1821. Л. 21 и 21 об.
34. Красный Архив. 1936. № 5(78). С. 210.
35. Новейшие географические и исторические известия о Кавказе, собранные и пополненные Семеном Броневским. Т. II. М., 1823. С. 116.
36. См., напр.: Энциклоп. словарь Березина 1873 г.; *Гейнс* I. С. 69–70; *Гродеков*. С. 170 и др.
37. *Ибрагимов*. С. 235.
38. *Гродеков*. С. 170.
39. *Ковалевский М.* Современный обычай и древний закон. Т. I. М., 1889. С. 189.
40. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 84–85.
41. *Гейнс*. I. С. 252.
42. *Гавердовский* (рукопись). Л. 72.
43. *Баллюзек*. С. 126.
44. *Гейнс*. I. С. 69. II. С. 643 и сл.; *Добросмылов А. И.* Суд у киргиз Тургайской области. С. 23.
45. *Маковецкий*. С. 73.
46. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51.
47. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 275.
48. *Небольсин П.* Очерки торговли России с Средней Азией. С. 79. Записки ИРГО. Кн. X. 1855.
49. *Валиханов Чокан*. Соч. С. 174.
50. *Маковецкий*. С. 73.
51. *Гродеков*. С. 170.
52. *Словохотов*. С. 50.

53. *Валиханов Чокан*. Соч. С. 174.
54. *Гавердовский* (рукопись). Л. 72 об–73.
55. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 2. Д. № 10. Л. 57 об.
56. *Гродеков*. С. 170.
57. *Гавердовский* (рукопись). Л. 27.
58. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 81 и 268.
59. Ср. также: *Баллюзек*. С. 126 и 133.
60. Истарх. КазССР. Ф. 5. Св. 122. Д. 1628. Л. 11.
61. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 70 и 70 об.
62. *Гейнс*. 1. С. 123 и сл.
63. *Баллюзек*. С. 132.
64. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–1846. Л. 21.
65. Цит. по: *Пусторослев*. Незаменимая саморасправа как учреждение уголовного права. М., 1889. С. 19.
66. Материалы. IV. С. 214.
67. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 553. «Торговля Азиатская». Т. 1. Л. 265.
68. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. IV. 1870. С. 47.
69. Сибирский вестник. 1820. Т. IX. С. 86–87.
70. Материалы. IV. С. 219.
71. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 81.
72. Вестник Европы. 1821. № 21.
73. Материалы. IV. С. 214 (выделено мною. — С. Ф.).
74. Там же.
75. Там же. С. 314.
76. Там же. С. 297.
77. Там же. С. 187.
78. *Гавердовский* (рукопись). Л. 73 (выделено мною. — С. Ф.).
79. *Гейнс* 1. С. 59.
80. Материалы. IV. С. 214.
81. *Добросмыслов А. И.* Суд у киргиз Тургайской области. С. 18.
82. ЦГИАЛ. Ф. Земск. Отд. 8-е дел-во. № 88. Л. 25–25 об.
83. Истарх. КазССР. Ф. 5. Оп. 1. Св. 26. Д. 431. 1862–63. Л. 9 об–10.
84. *Вяткин М. П.* Очерки по истории Казахской ССР. С. 164.
85. Там же. С. 170.
86. ЦГИАЛ. Ф. Земск. Отд. 8-е дел-во. № 291. Д. 73. 1821. Л. 90.
87. Материалы. IV. С. 437.
88. I. ПСЗ. Т. XXII. № 15991.
89. *Витевский В. Н.* И. И. Неплюев и Оренбургский край в прежнем его составе до 1768. Казань, 1889. С. 794.
90. Истарх. КазССР. Ф. 5. Оп. 1. Св. 26. Д. 431. 1862–63. Л. 9 об–10.
91. См. соображения Коллегии Иностранных дел (Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 160) и указ Екатерины II. 25 июня 1776 г. у И. И. Крафта. Из киргизской старины.

92. *Рычков П. И.* История оренбургская (1730–1750). 1896. С. 90.
93. I ПСЗ. Т. XXVII. № 20938.
94. Материалы. IV. С. 232.
95. I ПСЗ. Т. XXXVIII. № 29127.
96. 2 ПСЗ. Т. XII. Отд. II. Прибавл. к Т. XI. № 9711 а. 18.XI.1836; Т. XII. Ч. II. № 10659. 3.XI.1837; Т. XIV. № 12811. 25.X.1839; Т. XIX. Отд. I. № 17998. 14.VI.1844 и № 18509. 11XII.1844; Т. XX. Отд. I. № 19283. 15.VIII.1845. «Уложение о наказаниях уголовных и исправительных». Приложение IV. Т. XXVII. Отд. I. № 26831. 3.XII.1852; Т. XXXVII. Отд. II. № 39088. 25.XII.1862 г. № 41 и 42 и «Временное положение об управлении в степных областях» 21 октября 1868 г. — приведено у А. Добросмыслова. Тургайская область. С. 447–457.
97. *Крафт И. И.* Судебная часть в Туркестанском крае. С. 63.
98. 2 ПСЗ. Т. XXXVII. Отд. II. № 39088. 25.XII.1862. § 42.
99. 2 ПСЗ. Т. XXXVIII. Отд. II. № 40333. 29.XI.1863.
100. *Крафт И. И.* Судебная часть в Туркестанском крае. 1898. С. 57.
101. *Голстунский К.* Монголо-ойратские законы. 1640. Ст. 61, 62.
102. *Леонтович Ф.* Калмыцкое право. Ст. 97.
103. Красный Архив. 1936. № 5(78). С. 201.
104. *Витевский В. Н. И. И.* Неплюев и Оренбургский край... С. 794.
105. Материалы. IV. С. 234.
106. Там же. С. 30.
107. Там же. С. 215.
108. *Терентьев М.* История завоевания Средней Азии. 1906. Т. 1. С. 470–471.
109. *Гейнс.* II. С. 643.
110. Там же. С. 70.
111. *Валиханов Чокан.* Соч. С. 174.
112. Записки Зап.-Сибирского отд. ИРГО. Кн. XVII. 1895. Вып. II. С. 116.
113. *Крафт И. И.* 1) Судебная часть в Туркестанском крае. С. 3; 2) Из киргизской старины. С. 91.
114. *Вяткин М.* Очерки. С. 301.
115. *Гавердовский* (рукопись). Л. 72 об.
116. *Гейнс.* I. С. 69.

ГЛАВА V СУД И ПРОЦЕСС В XVIII И ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЕ XIX В.¹

1. К вопросу о возникновении суда и процесса²

В казахском судебном праве, как и во всей системе обычного права казахов, прежде всего бросается в глаза обусловленность судоустройства и судопроизводства патриархально-родовым бытом. Здесь в нормах, регулирующих классовую юстицию, легко обнаруживаются пережитки тех форм, в которых в первобытно-общинном строе разрешались конфликты доклассового общества. Неизменная родовая защита во всех стадиях процесса, большое значение патриархального авторитета биев, отсутствие у судей возможности опереться в своей деятельности на специальный аппарат принуждения, в ряде случаев возможность свободного выбора сторонами в судьи любого казаха — все эти специфические черты патриархально-феодалного правосудия являются пережитком порядка разрешения споров в доклассовом обществе, в котором «без солдат, жандармов и полицейских, без дворянства, королей, наместников, префектов и *судей*, без *тюрем*, без *процессов* — все идет своим установленным порядком» и всякие споры и недоразумения разрешаются коллективом тех, кого они касаются (Энгельс) [1]. При наличии некоторой генетической связи судебно-процессуальных институтов казахского права с учреждениями доклассового общества, не знавшего ни суда, ни права, необходимо, естественно, установить характер этой связи. Это необходимо прежде всего для того, чтобы и в этом случае показать несостоятельность концепции буржуазных социологов и юристов, утверждающих наличие суда и права в доклассовом обществе. Нужно исключить возможность отождествления институтов казахского судебного права с похожими на них учреждениями и обычаями доклассового общества. Следует показать качественную противоположность этих явлений при формальном их сходстве. Само собою разумеется, какое огромное значение имеет четкое решение этого вопроса для понимания происхождения суда и процесса у казахов, а следовательно, и для понимания сущности отдельных институтов судебного права и всего

¹ В диссертации для названия главы выделена отдельная с. 631.

² В диссертации начинается на с. 632.

судебного права казахов в целом. В частности, например, такое явление, как наличие в казахском судебном праве при всей его примитивности ясно выраженного и занимающего большое место розыскного начала, которое обычно считают продуктом довольно позднего феодального развития, невозможно объяснить, не установив, что элементы, на которых строится розыскной процесс, в не меньшей мере, чем элементы обвинительного процесса, содержатся в обычном порядке разрешения конфликтов в доклассовом обществе. Далее отмеченный в XVIII в. принцип казахского процесса: «неволею никто никого, ниже хана, в суд привести не может» (Тевкелев) может быть понят только как пережиток отсутствия карательной и судебной компетенции у общественных властей доклассового общества. С обычаями доклассового общества связано и закрепление у казахов за народным собранием исключительного права присуждения к смертной казни. К примирительно-посредническому разбирательству междуродовых конфликтов в доклассовом обществе восходит и происхождение доказательственной системы казахского обычного права с огромной ролью в ней присяги. При наличии такого рода связей изложению основ казахского судебного права приходится предпослать некоторые общие соображения о происхождении суда и процесса, которые должны обосновать предполагаемое ниже понимание сущности отдельных институтов казахского судопроизводства.

Отсутствие судебных органов в доклассовом обществе исключает все же возможности использования при создании органов классовой юстиции каких-либо иных органов доклассового общества. Вполне возможно поэтому поставить вопрос так: в какой мере могли быть использованы и были ли использованы органы родового доклассового общества для классовой казахской юстиции? Являются ли органы суда у казахов результатом превращения каких-либо органов родового строя «из орудий народной воли» «в самостоятельные органы господства и угнетения против собственного народа» [2], либо органы суда генетически не связаны с какими-либо органами первобытно-общинного родового строя? Во втором случае речь будет идти, следовательно, о судебных органах как о новых органах, впервые учреждаемых новыми общественными группами, возникающими в ходе классового расслоения общества, об учреждениях, впервые порожденных новыми потребностями вновь возникающих классовых групп. Энгельс, указав на возможность перерождения старых родовых учреждений и использования их для целей классового господства, указал также и на зарождение для этой цели новых органов, на учреждение всякого рода должностей, неизвестных первобытно-общинному строю. Новые органы в этом

случае возникали «вне родовой организации, рядом с нею, а вместе с тем и против нее» [3].

Вопрос о происхождении суда и процесса у казахов в такой его постановке вряд ли может быть разрешен на основе одних лишь материалов истории казахского права без привлечения данных истории права³ других народов. В последующем изложении, основанном на привлечении таких данных, показано будет, что при отсутствии в доклассовом обществе даже зародыша суда и процесса отдельные элементы, из которых позже в классовом обществе складываются судебная организация и судоустройство, возникают еще в доклассовом обществе — в различных сферах его деятельности, и притом несвязанные⁴ между собой (изгнание родовича, примирительно-посредническая процедура в междуродовых столкновениях). Можно уже заранее сказать, что в судоустройстве и судопроизводстве казахов такие элементы должны играть важную роль. Энгельс связывает появление *новых* органов и всякого рода должностей, возникающих *вне родовой организации, рядом с нею и против нее*, с развитием (в ходе раскола общества на классы и возникновения государства) противоположности города и деревни, разделением труда между различными группами ремесленников, торговлей и, что особенно важно, с заменой кровно-родственных объединений территориальными. Между тем именно эти моменты (см. главу II) не получили развития в процессе создания классового общества казахов, и, следовательно, удельный вес старых доклассовых форм, используемых для целей классового подавления, должен быть в судебных, как и в прочих государственных учреждениях казахов, особенно значительным.

Для возникновения суда как органа государственного принуждения, хотя бы и не отделенного от аппарата администрации, необходимо, во-первых, чтобы налицо был орган, осуществляющий принуждение, и, во-вторых, чтобы принудительная власть этого органа была заключена в рамки более или менее определенных обязательных норм, регулирующих порядок привлечения к ответственности, установления оснований этой ответственности, определения ее характера. Вне этих норм, как бы гибки они ни были, нет судебной деятельности, а есть лишь голое⁵ принуждение. Предпосылки возникновения суда можно было бы искать поэтому, во-первых, в деятельности тех органов доклассового общества, которые осуществляли принуждение. Их следовало бы далее искать в такой деятельности учреждений доклассового общества,

³ Предыдущие пять слов в рукописи дописаны сверху строки рукой автора.

⁴ Частица «не» — рукописная вставка в тексте оригинала.

⁵ Слово «голое» добавлено в текст машинописи рукой Фукса.

которая сопряжена была с выработкой обычаев, регулирующих порядок привлечения к ответственности, установления оснований и способов определения характера ответственности. Однако при ближайшем рассмотрении этого вопроса выясняется, что в то время как функция принуждения, насилия (да и то лишь в виде исключения) осуществляется только в отношениях *внутри*родового коллектива, процессуальные обычаи зарождаются в *междуродовых* отношениях, но не гарантируются здесь силой принуждения. Таким образом, следовательно, каждая из этих предпосылок суда, одинаково необходимых для его возникновения, зарождается в особой сфере, и, не соединяясь, ни одна из них не способна породить даже зародышевую форму суда.

В доклассовом обществе применение силы, принуждения к нарушителям общественного порядка имело место лишь в самых исключительных случаях. Распорядительская и миротворческая роль военачальников и родовых старейшин доклассового общества, «решения» и «приговоры» родовых старейшин были основаны исключительно на силе общественного мнения и не нуждались в поддержании их принудительной силой, даже если бы это была не «особая сила», не особый аппарат принуждения, а сила всего общества. Представление, что за моральным авторитетом родового старейшины, за всеми его советами и распоряжениями, неизменно подкрепляя их, стоят кулаки всех членов рода, основано, главным образом, на порядке отношений ранних *классовых* обществ, сохранивших родовой быт, родовую организацию. Ниже приводятся примеры такой поддержки авторитета казахских биев добровольцами «хорошими людьми» у казахов и свидетельство Георги, что у них «всяк вступает за употребительные у них законы и требует, чтобы они были наблюдаемы» [4]. Аналогичным образом характеризует С. Муромцев⁶ судебную власть римских понтифов. «В случае

⁶ Муромцев Сергей Андреевич (1850–1910) — русский ученый-правовед (цивилист и теоретик права), адвокат, общественный и государственный деятель. Выпускник юридического факультета Московского университета (1871), доктор гражданского права (1877), профессор Московского университета (1878); главный редактор «Юридического вестника» (1879–1892), председатель Московского юридического общества (1880–1899), присяжный поверенный округа Московской судебной палаты (1884), депутат от Москвы (и председатель) первой Государственной Думы (1906). Один из основателей, лидеров и член ЦК Конституционно-демократической партии (партии кадетов). В 1906–1910 гг. профессор Московского университета. Подвергался репрессиям со стороны правительства по политическим мотивам. Автор работ «О консерватизме в римской юриспруденции» (1875, магистерская диссертация), «Очерки общей теории гражданского права» (1876, докторская диссертация), «Определение и основное разделение права» (М., 1879), «Гражданское право Древнего Рима» (М., 1983) и др. (см. о нем: *Зорькин В. Д.* 1) Позитивистская теория права в России. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1978; 2) Муромцев (Из истории

неповиновения высокому авторитету понтифика вся община могла оказаться готовою восстать, как один человек, против ослушника и кулаками принудить его к повиновению» [5]. Но во всех этих случаях в общине налицо уже противоречие классовых интересов и «добрые люди», коллективно защищающие свой интерес, выраженный в судебном решении. При крайней скудости материалов, относящихся к доклассовому устройству, при извлечении их преимущественно методами ретроспективного анализа строя раннего классового общества, действительно, нелегко конкретно представить себе действительный, определяющий поведение людей авторитет, за которым не было бы эвентуально-го принуждения, время от времени реализующегося и напоминающего тем о последствиях неподчинения этому авторитету.

Однако Энгельс о власти сахема ирокезов говорит как о власти «чисто морального порядка» [6] и специально подчеркивает, что «средствами принуждения он (сахем) не располагал». Родовой старшина, как и все прочие органы родового строя, пользовался «свободным, добровольным уважением», уважением, «не из под палки приобретенным» [7]. Родовое общество «не обладало никакими другими средствами принуждения, кроме общественного мнения» [8]. Отсюда, собственно, и вытекало подчеркнутое Энгельсом отсутствие в доклассовом обществе «прав» и «обязанностей», отсутствие «различия между правами и обязанностями» [9], отсюда и характеристика этого общества как не знающего судей и процессов [10].

Взгляд, что общественные органы и должностные лица не могут применять принудительную силу, насилие к членам общества, вытекает из самой сущности доклассового общества и далеко не сразу изживается на последующей ступени общественного развития.

Пережитки таких взглядов содержатся в традициях, о которых сообщают Пфаф и Красовский, а именно в том, что как у казахов, так и у осетин очень долго сохранялось представление, что никто никому (исключая женщин и неотделенных детей) не может выговаривать, приказывать, а тем более наказывать другого. Так же следует расценивать сообщение Тевкелева, что у казахов «неволею никто никого, ниже хана, в суд привести не может»⁷. Пережитком того же порядка отношений

политической и правовой мысли). М.: Юрич. лит-ра, 1979; Белов В. «...Явил себя оригинальным мыслителем и блестящим лектором...» // Муромцев С. А. Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2004. С. 5–58; Юридическая библиография профессора С. А. Муромцева // Там же. С. 741–753. — См. также: Муромцев С. А. Определение и основное разделение права / Вступ. ст., коммент. Ю. И. Гревцова. 2-е изд., доп. СПб.: Издат. дом СПбГУ, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2004).

⁷ Об этом см. также выше, в начале данной главы.

следует объяснить правовое положение главы сербской семейной общины — «домачина», — который не только имел права суда и наказания по отношению к взрослым членам общины, но обязан был воздерживаться от всяких выговоров мужчинам при женщинах, молодых людях и детях [11]. Сюда относится и абсолютная нетерпимость к каким-либо упрекам, хотя бы и вполне заслуженным, которая отмечена у чукчей. Тан-Богораз⁸ приводит случай, когда чукча, которого он упрекнул в гибели оставленной чукче на хранение собачьей упряжки, бросился на него с ножом, считая, что собачья упряжка не стоит того, чтобы из-за нее так тяжело оскорблять человека.

Подобное «безвластие», на первый взгляд, может показаться несовместимым с элементарной потребностью поддержания порядка и разрешения конфликтов в любом обществе. Но в том-то и дело, что в доклассовом обществе *большинство* конфликтов решалось вовсе не путем обращения спорящих к родовым властям, что могло бы создать подобие судебного органа. Большинство конфликтов разрешилось общественным мнением *непосредственно*. Такой способ непосредственного решения конфликтов, без создания для этого каких-либо органов, сохранился отчасти у осетин в XIX в. Пфаф описывает его следующим образом: «Узнав о каком-нибудь столкновении прав или правонарушений, старики, каждый сам по себе, стараются разузнать все подробности дела и выработать свое мнение; каждый заявляет о нем на аульной ежевечерней сходке. Мнение каждого старика разбирается в оживленном разговоре, сначала в отдельных кружках, а затем, по мере того как эти кружки обмениваются своими мыслями и соображениями, совершенно естественно образуется общее мнение относительно спорного дела. Это общее дело заменяет судебное следствие, и доказательства имеют полную силу судебного решения или приговора, как только оно принято всеми» [12]. Исполнялись же подобные решения не какими-либо органами общественной власти, а отцом или старшим братом нарушителя, у которых общее мнение стариков пользовалось абсолютным авторитетом.

В рассматриваемом случае у осетин в XIX в. общинные органы, совет стариков не пользуется ни судебной в строгом смысле, ни исполнительно-карательной властью. Судебная и карательная общественная власть принадлежит князьям — владельцам, которые в свое время

⁸ Тан-Богораз — Богораз-Тан Владимир Германович (1865–1936) — этнограф, лингвист, фольклорист, профессор Ленинградского университета, директор Музея истории религии АН СССР. Известен под псевдонимом Тан Н. А. Изучал народы крайнего севера-востока Азии. Автор «Чукотских рассказов» (1899) и др. произведений.

узурпировали ее, подчинив себе осетинские роды-общины. С другой стороны, принудительной судебной-карательной властью по отношению к домочадцам пользуются главы патриархальной семьи. Классовая юстиция, следовательно, налицо. При таких условиях отсутствие судебной-карательной власти у общинных властей тем характернее. Оно может быть только пережитком древнейших порядков, коренящихся в первобытно-общинном строе, где принудительная власть у органов общины принципиально отсутствовала.

Первые следы принудительно-карательной власти общинных родовых органов мы находим в обычае изгнания из рода собранием сородичей наиболее злостных нарушителей общинных, родовых порядков. Превращение акта изгнания, «потока и разграбления» в право народного собрания казнить сородичей за наиболее тяжкие преступления смертью было, очевидно, следующим этапом развития карательной власти внутри рода, хотя возможно, что применение смертной казни либо изгнания могло зависеть от большего или меньшего влияния ряда факторов, в частности, военной организации. Нет, однако, оснований считать, что карательная компетенция народного собрания характеризует первобытно-общинный строй как таковой. Напротив, некоторые данные позволяют утверждать, что и эта исключительная форма принуждения также неизвестна была собранию сородичей в доклассовом обществе в пору его расцвета. Описывая социальный строй американских эскимосов, Тан-Богораз сообщает, что у них действие общественного мнения, реагирующего на нарушение общественных порядков «проявляется молча, без особых обсуждений, но нередко ведет к внезапному устранению того или другого члена общины, чьи действия являются вредными для коллектива и губительными для его отдельных членов. Исполнителем такого безмолвного суждения является нередко один человек, который особенно сильно чувствует необходимость поддержать расшатанную общественную связь. Таким образом, складывается как бы поединок между отдельным нарушителем общественной связи и таким же отдельным мстителем за эту нарушенную связь». Тан-Богораз показывает механизм преследования нарушителя в родовом обществе американских эскимосов, из которого ясно видно, что в каком-либо принуждении со стороны родовых органов здесь просто нет необходимости: «...если человек совершил ряд убийств или вообще стал ненавистен соседям многими обидами, он в виде правосудия может быть убит другим мстителем из состава общины. Такой мститель должен прежде всего обойти своих соседей и спросить их мнение о том, нужно ли убить обидчика». Убивая обидчика, он действует, следовательно, в интересах и как бы по поручению всего коллектива. Но родовые органы остаются при этом

совершенно в стороне, не принимая никакого участия в формировании этого своеобразного «приговора». Не создается для этого и каких-либо специальных, временных органов: совещание исполнителя с соседями, сородичами, пишет Тан-Богораз, «сводится к минимуму, оно совершается в последнюю минуту — по существу решение принимается молча, бесшумно, как естественно возникший заказ исполнителю от данной общественной ячейки» [13].

До того, как доклассовое общество стало разлагаться, его общественные власти, в том числе и собрание рода, общины не выполняли каких-либо судебно-карательных функций. Функции эти не были присущи указанным органам, не могли развиваться у них, хотя бы потому, что в обществе, построенном на гармонии и солидарности интересов его членов, общественные конфликты возникали⁹ лишь в виде редкого исключения. Рассмотрение и разрешение их стало предметом занятий общинных, родовых органов лишь по мере того, как зарождение и развитие классовых противоречий нарушило былую солидарность сородичей. К этому времени в процессе становления классового общества рассмотрение внутренних конфликтов из редкого исключения становится правилом и сосредотачивается в родовом совете, т. е. собрании всех взрослых членов рода. Порядок рассмотрения всяких раздоров, неурядиц и преступлений, объединяемых общим названием «неудобное житие», «неудобное дело», которое тот же Тан-Богораз нашел у чукчей, представляет собою следующую, высшую ступень развития общественной карательной власти. При наличии такого «неудобного дела» у чукчей собирался совет из стариков и молодых мужчин. Старики садились и обсуждали дело. Молодые мужчины стояли сзади и молча слушали [14]. Подобный *Umstand*¹⁰, отмеченный Энгельсом у ирокезов, греков и германцев, развиваясь в народное собрание, племенное или родовое, выполняет уже судебно-карательные функции. О народном собрании германцев времен Тацита¹¹ Энгельс говорит: «Народное собрание служит вместе с тем и судом: сюда приносятся и здесь же разрешаются жалобы, здесь выносятся смертные приговоры, причем смерть полагается только за трусость, измену и противуестественный разврат. В родах и других подразделениях суд правят также все члены под председательством

⁹ Слово «возникали» вставлено рукой Фукса взамен зачеркнутого слова «интересов».

¹⁰ *Umstand* — обстоятельство, условие (жизни) — нем.

¹¹ Тацит Корнелий (ок. 58 — ок. 117 г. н. э.) — римский историк. Главные труды посвящены истории Рима и Римской империи в 14–68 «Анналы» и в 69–96 «История» в 14 книгах, из которых дошли 1–4-я и начало 5-й; а также религии, общественному устройству и быту древних германцев, написан очерк «Германия».

старшины...» [15]. Но судебнo-карательные функции присущи лишь собранию сородичей, превратившемуся в народное собрание уже на высшей ступени варварства, при «наиболее развитом общественном устройстве, какое вообще могло развиваться при родовом строе» [16] накануне конца родового строя, его разрушения и замены его строем государственным.

Судебно-карательные функции народного собрания — это новое по своему классовому смыслу явление, которое, зарождаясь в рамках первобытно-общинного строя в пору его разложения, по существу относится к раннему *классовому* строю, строю военной демократии. Ибо только этот строй, являющийся демократией для многочисленных еще свободных собственников воинов и диктатурой для эксплуатируемых несвободных бедняков, впервые содержит в себе предпосылки для возникновения права, как выражение воли господствующего класса, и суда, как органа классового подавления. То, что в роли органа классовой юстиции выступает народное собрание, как нельзя лучше соответствует всему строю военной демократии, в котором политическая, а следовательно, и судебная власть осуществляется *массой* свободных. Но именно потому судебнo-карательная функция народного собрания сохраняется в дальнейшем развитии лишь как пережиток военной демократии, там, где сохраняются какие-либо остатки военно-демократического устройства, военного строя, народоправства.

Когда военная демократия мелких собственников сменяется, в связи с концентрацией собственности, иерархией собственности, тогда наступает конец и демократическому судоустройству. Народное собрание теряет свои судебнo-карательные функции. Они вместе с политической властью узурпируются крупными собственниками-рабовладельцами или феодалами. Одновременно формируется и укрепляется на почве развития частно-собственнических отношений судебнo-карательная власть глав отдельных семей над подвластными им членами семьи, ибо семья «содержит в зародыше не только рабство (*Lervitus*), но и крепостничество», ибо «она содержит в *миниатюре* все противоположности, которые позднее широко развиваются в обществе и в его государстве» (Маркс) [17].

Горцы Дагестана 60-х гг. XIX в. исходили в деятельности народного суда из принципа, что право смертной казни и, следовательно, обязанность применить ее в известных случаях лежит на главе семьи преступника. Однако при отказе главы семьи выполнить свой долг казнь могла быть осуществлена общинным собранием. Это относилось, главным образом, к преступлениям, бесчестящим семью, как то разврат, отцеубийство, мужеложство. В этих случаях «не только дозволяется, но как бы

вменяется в обязанность самому ближайшему родственнику убить виновного без всякого суда или разбора дела, неисполнение этого влечет за собою укоры, насмешки и явное неуважение к неисполнившему своего долга» [18]. Признание за старшим в семействе преимущественного перед собранием общины права и обязанности казнить преступного члена семьи, очень резко выраженного в описаниях в Сборнике сведений о кавказских горцах конкретных случаях казни. Так, в одном случае, аульная сходка решила казнить женщину, убившую своего пасынка, «если отец или муж будут медлить с казнью ее». Сход посылает «к отцу ее Имам-Аликадию требовать от него убийства дочери, а когда он отвечал, что с тех пор как она выдана замуж, он не имеет над ней никакой власти, толпа отправила людей к мужу Ашуры Дацию, чтобы он немедленно убил ее». Потом, не дождавшись ответа, толпа вытащила виновную из убежища, где она укрывалась, и потащила ее к мужу на безотлагательную казнь. Муж убил ее выстрелом в упор [19].

В приведенном примере перед карательной властью главы патриархальной семьи отступает на второй план даже власть собрания общины, аульного схода. Однако она не случайно лишь отступает на второй план и продолжает угрожать своим вмешательством, угрожает казнить убийцу, если это не сделает сам глава семьи, муж. В этом отчетливо отражена решающая судебно-карательная власть народного собрания на предыдущем историческом этапе.

Народному собранию, собранию сородичей принадлежала судебная и карательная власть в случаях исключительной тяжести нарушения, угрожающего общинным родовым порядкам в целом. Даже убийство, если оно совершалось в кругу семьи, не считалось преступлением, влекущим за собой общественное вмешательство и кару. Так, М. Ковалевский сообщает, что у сванетов «отцеубийца продолжает мирно жить в среде своих родственников, отличаясь от других только носимой им чрез плечо повязкой из крупных камней или так называемой “ККА”». У пшавов несколько раньше «убийцы близких родственников продолжали жить в родственной среде, преследуемые презрением окружающих» [20]. Ковалевский объясняет это невозможностью установления композиции внутри семьи при наличии общей семейной собственности. Объяснение это не вызывает само по себе возражений, но с точки зрения данной карательной системы знаменательно именно то, что отцеубийство не рассматривается как угроза общественному, классовому порядку в целом и не требует других санкций, кроме композиции, которую в данном случае присудить невозможно.

Ограничивая свою судебно-карательную деятельность тягчайшим нарушением родовых, общинных порядков, народное собрание знало

также лишь одну по существу меру наказания — смерть или изгнание, лишение родовой защиты, почти равносильное смертному приговору.

Смертная казнь как типичный, наиболее часто встречающийся и некогда единственный приговор сородичей вырастает из акта изгнания сородича, лишения его родовой защиты. *Только поставив злого нарушителя общественной дисциплины вне рода, превратив его тем самым в чужака, врага, сородичи устраняли традиционное препятствие для применения к нему силы, насилия.* «Поток и разграбление» Русской правды представляет собою институт, стоящий на грани изгнания и смертной казни. Акт изгнания отнюдь не был мирной и мудрой идиллией наподобие нарисованной Пушкиным в «Цыганах»: «оставь нас, гордый человек...». Процесс изгнания, «потока» в древности был, очевидно, очень близок к той картине изгнания убийцы, которая еще в XIX в. наблюдалась у албанского племени духадшир. Сородичи вытаптывают ногами посеы изгоняемого, рубят фруктовые деревья в его саду, растаскивают его сельскохозяйственные запасы, уничтожают, таким образом, все его хозяйство и тем принуждают его к оставлению общины вместе со своей семьей [21]. Жизнь его и телесная неприкосновенность не¹² являются объектом покушения со стороны общинников-сородичей, но лишь потому, быть может, что в этот момент он не стоит еще вне общины. Положение его резко ухудшится и в этом отношении после того, как он будет изгнан. Тесная связь изгнания — «потока» со смертной казнью резко выражена в описании подготовки к смертной казни, к которой собрание горцев Хунзаха (Сев. Кавказ) приговорило двух убийц. Решив наказать их смертью, толпа, вынесшая решение, прежде всего, сожгла их сакли, т. е. уничтожила их хозяйство, после чего уже убийцы были выведены на площадь и привязаны к столбу [22]. Здесь от «потока и разграбления», окончательно превратившихся в смертную казнь, сохраняется только «разграбление» как обязательный спутник смертной казни.

Собрание сородичей, осуждающее на «поток и разграбление» труса, убийцу сородича или изменника, — такова первая форма применения насилия к нарушителю общественного порядка.

Следы этой древнейшей формы общественного насилия сохранились и в постановлениях казахского обычного права, согласно которым смертный приговор мог быть вынесен только единогласным решением собрания родоправителей, а еще раньше народного собрания [23]. Только в XVIII и XIX вв. сильные ханы — Аблай, Арынгазы — пытались узурпировать право вынесения смертных приговоров, принадлежащее

¹² «Не» — рукописная вставка Фукса в машинописном тексте в оригинале.

народному собранию. Вообще же власть ханов в этом отношении и в начале XIX в., по свидетельству Левшина, не шла дальше права «казнить таких преступников, которых смерть *не может произвести сильного ропота в народе*» [24]. Сохранилась в казахском обычном праве XIX в. также и традиция осуществления смертного приговора самим народным собранием. Левшин же сообщает, что смертная казнь путем удушения совершается в собрании старейшин, родоправителей и народа. Осужденного приводят в собрание с петлей на шее, которую затягивают присутствующие на собрании [25]. Казахская обычно-правовая традиция в указанном столетии, как и во многих других, не представляет собою какого-либо исключения. В Риме народное собрание (*Cowitracuriata*) было высшей судебной инстанцией для решения дел о смертном приговоре римскому гражданину [26]. У кабардинцев преступления все еще наказывались смертью «по всенародному суду», хотя вся власть принадлежала уже старшинам [27].

Хотя германцы времен Тацита тогда знали уже судебную, карательную роль старшин, специально избираемых народным собранием для суда в округах и деревнях, хотя народное собрание рассматривает здесь и дела, влекущие за собою пеню, однако в описании судебной деятельности народного собрания, даваемом Тацитом, превалируют тяжкие преступления, как предмет рассмотрения народного собрания, и смертная казнь, как наказание: «Изменников и перебежчиков вешают на деревьях; трусов, малодушных и осквернителей своего тела топят в болотной грязи, покрыв их плетнем» [28]. Должностные лица у германцев еще и в это время были в принципе лишены судебно-карательной функции и они узурпировали ее именем бога: «Казнить, заковывать в цепи, даже сечь не позволено никому, кроме жрецов, да и то не как бы в наказание и не по приказанию предводителя, но как бы по повелению бога» [29].

Весьма распространенным в истории права является также отмеченное нами в казахском обычном праве исполнение смертного приговора вынесенным его народным собранием. В одном описании казни, совершенной в 1866 г. аульным сходом горцев Дагестана¹³ над женщиной, уличенной в прелюбодеянии и в убийстве своего ребенка, мы читаем: «...мальчики, по приказанию старейшин, приготовили камни, и Хадижама была приведена на назначенное место, где ее вновь спросил народ, признает ли она себя виновной в прелюбодеянии? Хадижама, повторив сказанное ею прежде, села на землю и просила скорее окончить

¹³ Из истории права народов Дагестана (Материалы и документы) / Сост. А. С. Омаров. Махачкала, 1968; Омаров А. С. Памятники обычного права Дагестана XVI–XVII вв. М.: Наука, 1964.

казнь над нею. Как только она произнесла это, со всех сторон полетели в нее камни, и вскоре она была убита» [30]. Вообще распространенность такого вида смертной казни, как побитие камнями, объясняется исключительно тем, что обязанности палача исполняло общинное собрание в целом. В деятельности Новгородского веча карательная функция народного собрания сохранилась еще в XVI в. Матвей Меховский¹⁴ в трактате «О двух Сарматиях» описывает порядок казни, которой по решению новгородской «господы» подверглись воры и разбойники в Новгороде. По звону колокола народ «сбежался со всего города, причем каждый хозяин захватывал два камня в руки, а сыновья его по столько же. Когда сенаторы выносили обвинительный приговор преступнику, близ стоящие осыпали его камнями и убивали, а затем шумной толпой бежали к дому убитого и разграбляли все его имущество» [31]. Летописи неоднократно отмечают случаи выполнения смертного приговора самим вечевым собранием, которое топило осужденного им в Волхове.

Смертный приговор — первоначально универсальная форма приговора народного собрания. Шпилевский, анализируя *gragas*, отмечает, что не только считалось дозволенным мстить смертью за оскорбительные слова, оскорбительные стихотворения, за истребление чужого скота или незначительное телесное повреждение, но и суд в этих случаях присуждал к лишению мира, что было, по существу, равнозначным смерти [32]. Если это наблюдение Шпилевского относится не только к суду народного собрания, то для суда народного собрания оно безусловно правильно, поскольку народное собрание рассматривало первоначально лишь наиболее важные преступления.

Таким образом, рассматривая формы, в которых осуществлялось поддержание общественного порядка внутри родового коллектива в доклассовом обществе, мы констатируем отсутствие карательной власти у органов этого общества, например, у вождей, военачальников, совета старейшин. Карательная власть народного собрания есть, очевидно, уже продукт разложения первобытно-общинного строя и она отчетливо выражена лишь там, где налицо переход к классовому обществу, например, при строе военной демократии. Но даже здесь, где возникают первые формы судебно-карательной власти, сфера регулирования внутривидовых конфликтов сама по себе не способна породить

¹⁴ Матвей Меховский — Мáceй из Мёхова (1457–1523) — польский ученый, географ и историк. Профессор (с 1485 г.) и ректор Краковского университета. В «Трактате о двух сарматиях» (1517 г.) дал историко-географическое описание Восточной Европы, в том числе Московского княжества и Золотой Орды. Сторонник сильной королевской власти.

судебные учреждения, потому что ни карательная деятельность собрания сородичей, народного собрания, ни осуществление главою патриархальной семьи своего права жизни и смерти над подвластными ему членами этой семьи не создавали почвы для возникновения какой-либо особой процедуры, отличной от несудебной деятельности старейшин или народного собрания. В частности, здесь не было почвы для определения оснований привлечения к ответственности или для какой-либо специфической процедуры получения доказательств в пользу того или другого решения. Да и потребности в этом не было. Знание лицами, решавшими судьбу нарушителя всех обстоятельств совершения проступка, вытекало из принадлежности как судей, так и нарушителя к одной и той же родовой группе, к одной общине, внутри которой не могло быть такой тайны, которая не была бы раскрыта совместными усилиями всех сородичей, однообщинников. Не было никакой необходимости и в процессуальных формах, обеспечивающих явку правонарушителя в судилище, признание им компетенции суда и исполнение приговора. Все это непосредственно вытекало из привычного подчинения каждого индивидуума коллективу, авторитету коллектива и его должностных лиц. Непосредственность эта, т. е. отсутствие опосредствующих форм, означала отсутствие в «судебно-карательной» деятельности особой судебно-процессуальной формы. Поэтому карательная и примирительная деятельность органов власти внутри рода, общины, семьи не может объяснить позднейшее происхождение судебных учреждений и судебно-процессуальных форм. Зародыш судебного процесса следует искать в порядке ликвидации междуродовых конфликтов, способ разрешения которых резко отличается от указанного выше.

Там, где вступившие в конфликт стороны не объединены общей родовой властью, которая является как бы единственным для них судьей, там требуется согласие сторон на примирение, обоюдное одобрение ими¹⁵ кандидатов в примирители, согласие подчиниться установленному таким образом арбитражу, гарантии, что подчинение это будет обеспечено. Там, где перед медиаторами, посредниками-примирителями стоят в ожидании решения два враждующих коллектива, а сами посредники стоят вне этих коллективов, нельзя также предполагать в этих посредниках то непосредственное знание обстоятельств спора, которое всегда налицо у родовых органов, когда речь идет о внутривидовых делах. Они узнают эти обстоятельства из противоречивых показаний сторон и должны найти объективный постоянный, устойчивый и внушающий сторонам доверие критерий для установления судебной

¹⁵ В оригинале ошибочно исправлено: «или». По смыслу должно быть «ими».

истины. Должен быть выработан, следовательно, обеспечивающий интересы обеих сторон способ получения и оценки доказательств. Наконец, только в обстановке столкновения двух враждующих коллективов возможна та состязательность, которая характеризует древнейший процесс и которая корни свои имеет в вооруженном столкновении сторон. Так, из потребностей посреднического рассмотрения международных споров, из обычаев доклассового общества, устанавливающих порядок такого рассмотрения, рождаются вместе с зарождением классового общества формы судоустройства и процессуального права.¹⁶

Но в международном посредничестве, т. е. там, где зарождается судебно-процессуальная форма, отсутствует другой и важнейший элемент суда. Отсутствует сила, стоящая над спорящими и способная осуществить по отношению к ним насилие. Такая сила, безусловно, отсутствует в доклассовом обществе. Морган отмечает, что «индейские племена не достигли такой степени развития общественного строя, чтоб у них возникла идея высшей исполнительной власти» [33]. Совет племени, состоявший из родовых вождей, не мог быть органом, разрешающим международные споры на основе принуждения, хотя бы потому, что решение этого совета должно было быть единогласным, что, очевидно, исключалось при наличии в составе его глав спорящих родов. Помимо же совета некому было принудительно решать международные споры, так как «ирокезское племя не признавало никакого верховного вождя и их конфедерация не знала никакого должностного лица с исполнительной властью» [34]. Даже классовое общество, сохраняющее родовой быт, часто не знает принудительных средств разрешения международных конфликтов. В даваемом М. Ковалевским описании судоустройства сванетов, осетин, чеченцев, пшавов подчеркивается примирительный характер суда посредников-медиаторов, выполнение приговора которых обеспечивается только предварительной присягой сторон или поручительством. Других средств принуждения к исполнению приговора здесь не существует. Поэтому только от самих сторон, если они не связаны присягой, зависит, привести ли решение в исполнение или вернуться к прежнему состоянию вражды [35]. Средства принудительного решения международных сторон появляются лишь по мере развития в классовом обществе, сохраняющем родовой быт, органов исполнительной власти, стоящих над родовыми объединениями. Князья, ханы, беки,

¹⁶ О современных представлениях на процесс возникновения права и государства см., напр.: *Мальцев Г. В.* 1) Происхождение и ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999. С. 27–135; 2) Пять лекций о происхождении и ранних формах права и государства. М., 2000.

султаны, уцмии и прочие «владельцы» делаются судьями подвластных им родов, узурпируя судебную власть в той мере, в какой они действительно способны осуществить господство, принуждение в отношении своих подвластных.

Следовательно, суд как орган классового насилия, осуществляемого в определенных процессуальных рамках, не может вырасти ни из одного порядка разрешения внутриродовых споров, где нет почвы для возникновения процессуальных обычаев, ни из порядка разрешения международных споров, в которых отсутствовала принудительная карательная власть. Только синтез этих двух различных порядков, взаимно дополняющих друг друга, создает предпосылки для развития судебных органов и судебно-процессуального права. В связи с этим можно отметить бесплодность спора о том, были ли древнейшим органом отправления правосудия старейшины и народное собрание или, как полагал М. Ковалевский, посреднический, медиаторский суд [36]. Точка зрения Ковалевского обусловлена непониманием того, что нельзя говорить о суде там, где нет аппарата классового принуждения, насилия. Одна лишь процессуальная форма еще не создает суд.

Изложенный здесь взгляд на происхождение судебно-процессуальной формы помогает уяснить сущность и особенности судоустройства и судопроизводства казахов, в которых сохраняются значительные пережитки дофеодальной юстиции. Здесь не приходится искать *единых* принципов судоустройства или процесса. Обнаруживая, например, *устойчивое* сосуществование таких принципиально различных начал, как подсудность, определяемая подвластностью, и свободный выбор в качестве судьи любого частного лица, либо начал розыскного и обвинительного процесса, мы отнесем их к различным сферам юстиции: юстиции внутриродовой и международной. При этом, конечно, имело место взаимопроникновение принципов, некогда безраздельно царивших в каждой из этих сфер. Например, начала обвинительного процесса проникли и в порядок рассмотрения дел внутриродового объединения, где для них ранее не было мест. Подсудность по подвластности приобретает значение и в международных спорах, поскольку появились органы власти, стоящие над отдельными родами, возникает даже иерархия биев-судей. Но при всем том каждая из указанных сфер правосудия сохраняет свой особый характер, в каждой из них преобладают, господствуют различные принципы судоустройства и процесса. Эта двойственность судебного права не была замечена исследователями. Имеющиеся в литературе попытки охарактеризовать судебное право казахов исходят из наличия общих для внутри- и международной юстиции норм. В результате получается нагромождение противоречивых утверждений,

и содержание казахского судебного права грубо искажается. Например, возможность соглашения сторон и выбора ими бия в *междуродовом* споре не подлежит сомнению. Однако когда на этом основании утверждают, что в древности все суды казахов были третейские [37] (Гродеков с. 777), то тем самым, вопреки бесспорным историческим фактам, отрицается судебная власть старшин, биев, султанов и ханов, а заодно, следовательно, и классовый характер казахской юстиции.

2. Основы судоустройства в Казахстане в XVIII и первой половине XIX в.¹⁷

В XVIII–XIX вв. судебная власть в Казахстане принадлежала в той или иной мере ханам, султанам, родоначальникам — старшинам и домовладыке — главе семьи. Для патриархально-феодалного строя в еще большей степени, чем для феодализма вообще, характерна нераздельность власти судебной и административной. Здесь всякий, имеющий власть, осуществляет суд и расправу. Судебная функция — важнейшая функция всякого носителя власти.

Однако, обращаясь к источникам и литературе, освещающим вопросы истории казахского судоустройства, мы встречаем здесь многократно повторяющиеся утверждения, что в Казахстане вообще в эту пору не существовало никакой принудительной судебной власти и что единственным средством в борьбе со всеми видами правонарушителей было самоуправство или самопомощь потерпевшего, который путем барымты (отгона стад правонарушителя) мог либо восстановить свой нарушенный интерес непосредственно, либо принудить нарушителя согласиться на примирительно-третейское разбирательство у произвольно и добровольно избираемого сторонами в качестве третейского судьи любого лица.

Отрицается наличие судебной власти у ханов, которые изображаются третейскими судьями-арбитрами. Так, например, Тевкелев в результате самого близкого и продолжительного знакомства с политическим строем Казахстана середины XVIII столетия в своем описании казахских родов приходит к выводу, что в Казахстане вообще и у хана в частности, отсутствует принудительная судебная власть: «настоящих никаких прав», т. е. писаного закона, у казахов нет, сообщает он; «ежели что случится, то третейским судом на словах по натуральным правам разводятся и в тот третейский суд выбирают из обеих стран (сторон) кого пожелают... а *неволею никто никого, ниже хана, в суд привести*

¹⁷ В диссертации начинается на с. 658.

не может» [38]. Этот взгляд приводится и в представлении Тевкелева и Петра Рычкова¹⁸ в Коллегию иностранных дел от 2 января 1759 г., где указывается, что «принуждать их (казахов. — С. Ф.) и самим ханам невозможно, потому что они не только штрафовать, но и под караул посадить никого не могут, да и нечем: вся сила ханов состоит в рассудке их, по оным в резон и послушание не всякого привести можно...» [39].

Николай Рычков в дневнике путешествия в Казахстан в 1771 г. также утверждает, что у казахов вовсе нет законов и судов. «Не только их мнимые начальники, но даже сами их царственные повелители не имеют почти никакой власти для того, чтобы наказать по собственному желанию серьезнейшего преступника» [40] (там же. Перевод мой. — С. Ф.), — пишет Николай Рычков. Преступник всегда может укрыться от наказания, опираясь на численность своего рода, и для наказания его требуется согласие глав многочисленных семейств. Об отсутствии у хана принудительной судебной власти говорит в конце XVIII в. и Паллас, который, впрочем, изображает дело таким образом, что право суда принадлежит старшинам: «Он (хан) также не имеет права их судить; но во всякий год бывают три собрания старшин и главных из каждой фамилии и поколения, которое тогда решает случившиеся ссоры» [41]. Об отсутствии принудительной судебной власти и у султанов читаем в записке «О киргиских законах» Путинцева: «Власть султана уподобляется совестного судии с тем различием, что присуждение последнего приводится в исполнение силою законов, а решение солтанское исполнить остается на воле ответчика» [42]. Буквально то же о судебной власти султанов говорит и Броневский, может быть, использовавший записку Путинцева: «Посредство их (султанов. — С. Ф.) при разборе тяжёбных дел киргизских имеет вид обязанности совестных судей; но присуждаемое взыскание с виноватых отнюдь не приведется в исполнение, если солтан бессилён, от позванного зависит к нему придти» [43].

Отрицая наличие в XVIII–XIX вв. принудительной судебной власти у ханов и султанов, сводя все казахское судостроительство к примирительно-третейскому разбирательству на основе добровольного соглашения сторон, многочисленные источники и литература одновременно выдвигают в качестве основного звена всей судебной системы биев, из числа которых преимущественно избираются третейские судьи. В биях видят юристов-специалистов, профессиональных арбитров, знатоков

¹⁸ Рычков Петр Иванович (1712–1777) — русский ученый-географ, первый член-корр. Петербургской АН (с 1759 г.). Автор работ «Топография Оренбургская...» (Ч. 1–2. 1762 г.) и «История Оренбургская...» (1759 г.).

и глашатаев права¹⁹. Они судят при ханах и султанах, при аульных старшинах и без них. Фигура бия часто заслоняет в изображении казахского судоустройства прочие органы судебной власти. «Все дела, требующие суда и расправы, в Орде проводятся биями, как главными представителями народного права», — отмечает чиновник особых поручений д'Андрэ в черновиках составленного им в 1846 г. по поручению Пограничной Комиссии «Описания киргизских обычаев, имеющих в орде силу закона» [44]. «Во всех комбинациях народного судоустройства *основною и исключительною* единицей судебной власти является бий», — пишет Словохотов [45]. Суд биев в литературе изображают иногда как самостоятельный и основной судебный орган. Но наличие у биев принудительной судебной власти отрицается. В черновиках «Описания киргизских обычаев, имеющих в орде силу закона» д'Андрэ категорически подчеркивает чисто обвинительный характер суда биев, решительно отрицает право биев привлекать кого-либо к суду, а также наличие каких-либо обязательных правил территориальной или предметной подсудности или монополию биев на осуществление судебных функций. Здесь мы читаем: «Всякое преступление, совершенное ордынцем (исключая преступления против веры), может оставаться без наказания, если обиженное или пострадавшее от того преступления лицо не изъявит на то претензии, не будет требовать удовлетворения. А посему бий не входит в разбирательство, равно и не преследует виновного дотоле, пока сами не явятся претендаты с жалобой или требованием удовлетворения» [46]. Далее: «Бий требовать, чтобы чье-либо дело было отдано на собственное его обсуждение — не может, ибо спорящие ни в коем случае не лишаются права избирать в судьи ордынца по своему произволу» [47]. «Ничто не заставляет ордынца прибегать с жалобами непременно к бию. Иногда суд или разбирательство предоставляются

¹⁹ См. работы о биях, суде биев, изданные под редакцией С. З. Зиманова: Майкы би, Толе би, Казыбек би, Айтеке би, их жизнеописания, слова мудрости и судебные решения // *Қазақтың ата заңдары: Құжаттар деректер және зерттеулер Древний мир права казахов: Материалы, документы и исследования. 10 томдық. / Бағдарлама жетекшісі: С. З. Зиманов. Қазақша, орысша, түрікше, ағылшынша. Алматы: Жеті жарғы, 2004. («Интеллектуал – Парасат» заң компаниясы). Т. 1. Алматы: Жеті жарғы, 2004. С. 143–620; Галерея крупных биев, их судебные решения, краткая биография, ораторское искусство, изречения и об их роли в утверждении в обществе морали человеколюбия, мира и справедливости // Там же. Т. 3. Алматы: Жеті жарғы, 2004. С. 35–610; Бийские судебные прецеденты // Там же. Т. 4. Алматы: Жеті жарғы, 2005. С. 497–544; Постановления чрезвычайных и волостных съездов биев // Там же. Т. 5. Алматы: Жеті жарғы, 2005. С. 297–358. — О суде биев см. также, напр.: *Алимжан К.* Суд биев как институт обычного права // *Право и государство (Алматы).* 1998. № 3. С. 59–62; То же. В кн.: *Древний мир права казахов: В 10 т. / Под ред. С. З. Зиманова. Т. 1. Алматы: Жеті жарғы, 2003. С. 57–65.**

избранному самими же спорящими киргизцу...» [48]. И, наконец: «Бий может обслуживать дела каждого ордынца к какому бы роду или отделению сей последний не принадлежал», «ни род претензии, ни важность преступления не могут препятствовать ему в своем суде» [49].

Свободу обращения к бию в древнем суде биев и отсутствие у последних принудительной судебной власти энергично подчеркивает первый казахский ученый и просветитель Чокан Валиханов. Он указывает, что право свободного выбора биев из всех биев Казахской степи вытекало для тяжущихся из необходимости дать им возможность найти судью беспристрастного, т. е. свободного от родовых, даже самых отдаленных, связей со сторонами. Казахи любили поэтому, сообщает Валиханов, судиться у проезжих биев или у лиц совершенно незнакомых. Отсюда вытекало принятие биями дел только по просьбе тяжущихся или по сообщению административной власти (NB), а также отсутствие у биев исполнительной компетенции [50].

Многочисленные аналогичные сообщения, применительно к древнему суду биев, содержатся в литературе конца XIX — начала XX в. [51].

Наряду с изображением биев третейскими судьями в источниках и литературе получила широкое распространение идеализация биев доколониального периода. Правильно, конечно, отмечается у авторов второй половины XIX и начала XX в., что суд биев в эпоху существования казахского национального государства коренным образом отличался от того «народного суда» «суда биев», который в XIX в. был создан под тем же названием царским правительством как придаток колониальной администрации. Обращаясь к прошлому этого суда, авторы обычно правильно подчеркивают, что в доколониальный период суд биев не был столь неприкрытым орудием беззакония, лихоимства и неограниченного произвола. Отмечают, что бии не были чиновниками, пролезающими, как во второй половине XIX в., на эту должность путем подкупа и темных махинаций на систематически фальсифицируемых выборах. Но в результате идеализации старины и национального прошлого казахов и непонимания либо сознательного извращения классовой сущности суда затушевывается роль суда биев как органа классового господства верхушки аула. Ярким примером такой идеализации является уже приведенная характеристика суда биев, данная Чоканом Валихановым. Чтобы стать бием, не нужно было, сообщает Валиханов, ни выборов народа, ни признания со стороны правящей власти. «Только глубокие познания в судебных обычаях, соединенные с ораторским искусством, давали киргизам это почетное звание». Из числа таких уважаемых за глубокие познания и ораторские таланты

лиц стороны свободно избирали себе судью, не будучи связаны какими-либо правилами подсудности. Решения бия выполнялись только из уважения к нему [52]. Такая характеристика биев, изображаемых носителями внеклассовой справедливости, мудрыми глашатаями права, авторитет которых покоится только на уважении народа к их познаниям, опытности и красноречию, не была, однако, чистым продуктом поэтического вымысла самого Валиханова. Он просто некритически воспроизводил патриархально-феодальную традицию, опиравшуюся на действительно своеобразное положение бия как судьи и бывшую в то же время исконным вековым средством маскирования классового смысла суда биев и способом укрепления его авторитета в массах²⁰. Традиция эта ввела в заблуждение не одного Валиханова, который, может быть, легче других склонялся к ней как казах, горячо любящий прошлое своего народа. Такую же характеристику суда биев дает в 1846 г. д'Андрэ. В черновых записях его, основанных на опросе биев, старшин и султанов в глубине степи, мы находим следующий дифирамб суду биев: «Природный ум и особые душевные качества с присоединением к сему опытности и примерной нравственности — вот качества и вместе с тем *все достояние*, посредством которых бий может иметь право носить это почетное имя». «Бий — судья, не отдавая отчета никакой другой власти, кроме собственной своей совести, без всякого сомнения может занимать место в Орде, недоступное быть может и для самих султанов; поскольку *не сила власти или богатства* заставляет ордынцев прибегать к разбирательству бия, но собственное влечение искать у человека избранного самим народом для своего блага» (первоначальный вариант записи: «Но собственное народное чувство что не может существовать народ, не имея никакого закона и этот закон состоит в одном лице бия») [53]. Славословие по адресу казахских биев, может быть, было в данном случае и известным результатом не приличествующего виновнику вольнодумства. Оно вызвало, как уже было отмечено в главе I, соответствующую реакцию в канцелярии председателя Пограничной Комиссии. Но несомненно, что эти представления о суде биев были подсказаны д'Андрэ опрашиваемыми им в степи биями — носителями упомянутой степной традиции. Эта традиция, затушевывающая

²⁰ Современную интерпретацию взглядов Ч. Ч. Валиханова см.: *Сатаргалиев Г. С.* О правовых взглядах Ч. Ч. Валиханова // Чокан Валиханов и современность: Сб. матер. Всесоюзной науч. конференции, посвящ. 150-летию со дня рожд. Ч. Ч. Валиханова. Алма-Ата: Наука, 1988. С. 129–139; *Таукелев А. Н.* Чокан Валиханов о понятии барымты // Там же. С. 139–140; *Ударцев С. Ф.* Политические и правовые взгляды Чокана Валиханова // Валиханов Чокан. Записка о судебной реформе / Вступ. ст. и примеч. С. Ф. Ударцева. 2-е изд., доп. и испр. Алматы: Жеті жарғы, 2004. С. 5–34.

подлинными классовыми основами судебной власти биев, держалась очень крепко, и она оказала очень сильное влияние на всю литературу о суде биев. Муса Чорманов²¹ сообщает о биях: «Во время сборов на поминки обсуждаются киргизами, разбираются и решаются дела, претензии, споры и иски, накопившиеся за истекший год. При этом киргизы, выказавшие свой ум и здравый взгляд на дела, получают от своего народа звание “бия”, т. е. человека знающего. К этим-то биям и обращаются потом все киргизы для разъяснения или разбора их разнохарактерных дел» [54]. Даже весьма далекий от идеализации казахской старины судебный деятель царизма в Казахстане И. И. Крафт в введении к опубликованной им казахской сказке о справедливом судье писал: «Биями считались самые умные и самые справедливые люди, и они не были представителями родовых и партийных интересов, так как их никто не выбирал. Прославится в народе кто-нибудь, как умный и правдивый человек, к нему и идут спорящие» [55].

В приведенных характеристиках судебная власть биев определяется как власть, покоящаяся на силе их морального *авторитета*, бии выступают как свободно избираемые третейские судьи. Рядом с такими преобладающими в литературе высказываниями одиноко стоит трезвое описание казахского судостройства, данное А. И. Добросмысловым. Подчеркивая, что речь идет о периоде ханского управления, т. е. о доколониальном периоде, Добросмыслов писал: «Был судьей всякий, кто достаточно обладал силою, чтобы понудить виновного выполнить его приговор... Размер района действий такого судьи обыкновенно определялся размером его силы и влияния. Судьею в роде или в отделении, в большинстве, был родоначальник, пользовавшийся, по праву рождения и богатству, властью над своими сородичами... Вообще, чем бий был богаче и принадлежал по происхождению к старшему и более сильному роду, тем он пользовался лучшею репутациею...» [56]. Если Валиханов утверждал, что только юридические познания и красноречие давали звание бия, если д'Андрэ прямо отрицал значение «силы власти или богатства» как побудительного стимула для избрания сторонами данного лица судьей, то Добросмыслов, наоборот, энергично подчеркивает, что судьей был тот, кто обладал *силой принуждения* и объем его судебной власти был тем шире, чем сильнее, знатнее, богаче он был. По

²¹ Муса Чорманов — бий, крупный скотовладелец Павлодарского уезда Семипалатинской области, им написаны и опубликованы интересные статьи характеристики быта и нравов казахов, трудностей ведения традиционных методов хозяйства (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 26, 418, 617, 690; Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов. С. 103, 116).

сообщению Добросмыслова, казахи в прошлом «не могли себе представить судью, если он не обладал достаточной исполнительной властью» [57]. Валиханов же утверждал, что бий вовсе этой власти не имел. Перед нами, таким образом, две диаметрально противоположные точки зрения на принципы казахского судоустройства. Подобными противоречиями пестрит вся литература о биях. Сам Добросмыслов в другой своей работе пишет, что споры «подлежали ведению биев, т. е. лиц, отмеченных народом за свои хорошие качества (справедливость, умение красноречиво говорить и вникать в сущность дела)» [58]. Здесь и у Добросмыслова бий — это не сильный, властный, богатый начальник, а справедливый и мудрый оратор. Противоречие подобных характеристик легко можно было бы примирить, если бы богатство и власть всегда сочетались с мудростью, глубокими познаниями в праве, справедливостью и ораторским искусством. Но так как такое совпадение бывает скорее исключением, чем правилом, то приходится признать, что в литературе по этому вопросу существует самый жестокий разнобой и не только между высказываниями отдельных исследователей, но, как мы не раз увидим в дальнейшем, между отдельными высказываниями одного и того же исследователя. Корни этих литературных противоречий следует искать как в отмеченном уже нами различии внутривидовой и межвидовой юстиции, так, в частности, в своеобразном положении бия как судьи, в многогранности этой центральной фигуры казахского судоустройства.

Прежде чем перейти к рассмотрению основных моментов казахского судоустройства, к выяснению роли в нем биев и к характеристике самой фигуры бия, отметим, что картина судебной власти, основанной на моральном авторитете судей, которую рисуют нам Чокан Валиханов, д'Андрэ и другие, очевидно, ничего общего не имеет с судом классового общества. Она возвращает нас к порядку рассмотрения конфликтов в обществе доклассовом, когда еще не было потребности в суде, а споры между сородичами легко улаживались силою непререкаемого авторитета старейших и мудрейших. В патриархально-феодальном Казахстане, разумеется, не было места для такого «суда». Здесь нужен был и возможен был лишь суд как орудие государственного принуждения к поддержанию порядка, выгодного и удобного господствующему классу. Суд биев, как показано будет ниже, и был таким орудием государственного принуждения, с той, однако, особенностью, что судебный аппарат не был еще отделен от административного, а классовое принуждение достигалось не созданием специального для этого аппарата, а использованием патриархально-родовой организации.

Кто такие бии? Источники говорят о них как о лицах, выполняющих судебные функции, и как о власти имущей группе в общине, в ауле.

Всегда ли имел бий обе эти функции? Была ли какая-либо из них основной или первоначальной, изменялось ли и как соотношение этих функций в ходе исторического развития?

А. П. Чулошников высказал предположение, что бии появились в казахском обществе сперва как посредники между спорящими, как третейские судьи, медиаторы. Роль судьи-посредника возвышала бия и весь его род, превращала биев в прослойку господствующего класса. Сделавшись сперва предводителями отдельных кочевых улусов, они позже, в XVII в., возвысились до роли второго после ханов и султанов господствующего сословия, стали «новым феодальным слоем» [59]. Таким образом, Чулошников полагает, что бии были судьями-посредниками, еще не будучи представителями власти, и самую власть узурпировали, опираясь на осуществление ими судебной функции.

Концепция Чулошникова предполагает наличие судебных органов, не являющихся органами власти, и принадлежность судебной власти группе людей (биев), не представляющих собой господствующий класс. Это, однако, противоречит элементарным представлениям о классовой сущности суда и фактическим данным о его происхождении.

Выполнение судебных функций даже в самой примитивной форме примирения враждующих требует уже наличия власти. В замечательном описании примирительной процедуры у гиляков, находившейся на самой ранней ступени классового развития, Штернберг²² сообщает, что избирание для этого *Xlaj-nivux* (что значит: толкующий человек, красноречивый, оратор, и потому лицо, пользующееся славой избранника и особым почетом, является вместе с тем избранником и в другом отношении: «Это человек богатый, искусный в промыслах, бывалый, храбрый, с большим природным умом и пользующийся авторитетом среди своих соплеменников». *Xlaj-nivux* избирается обычно из числа так называемых «хозяев», самых богатых и храбрых людей, возглавляющих род в минуты опасности. Наиболее выдающиеся из них пользуются громкой известностью среди всех гиляков, это нарождающаяся гражданская и военная власть [60]. Казахский бий также был властью имущим раньше, чем стал судьей. Об этом говорит происхождение самого термина «бий». А. И. Самойлович, исследуя значение этого термина, подчеркивает, что в языках тюркской системы, начиная с VIII в., термин «beg», «beu», «biu» обычно противопоставляется *qul'u*, т. е. рабу. Значение слов *beg*, *beu*, *biu* и *piu*, отмечает А. И. Самойлович, связано

²² Л. Я. Штернберг — видный этнограф и член РГО, составитель «Инструкции для сбора этнографических материалов», изданной в СПб в 1912 г. (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 687).

с понятием *власти* [61]. Л. Будагов переводит «бег», «бий», как «князь», «вельможа», «дворянин», «господин». Он прямо указывает, что значение «судьи» для слова «бий» является вторичным, что первоначальное значение этого слова отличало лишь наличие власти. «Би́и, как главные чиновники, — сообщает Будагов²³, — разбирая дела словесно, постановляли решение, и потому слово это приняло значение: мудрого, находчивого, и “бейлык” значило опытность в решении судебных дел, распоряжение, власть» [62].

В XVIII в. под биями понимали прежде всего родоначальников. Как о родоначальниках о них говорят преимущественно наблюдатели, писавшие в это время о казахах, автор XVIII в. Сьуй Синь Цзянь сообщает, что «у казахов главу народа называют “би”» [63]. Паллас говорит о казахских дворянах, подчиненных, «подсудных» ханам и султанам и именуемых «бю». Георги называют биев «бю», «бюи» и характеризует биев как средний слой дворянства, выше которого стоят султаны [64]. Чулошников приводит следующее свидетельство П. И. Рычкова: «Бий — князек, звание, присвояемое у азиатских народов лучших пород людям вместо дворянства. Таких биев в Хивинском владении весьма много, а несколько есть и у киргизцов» [65]. По свидетельству того же П. И. Рычкова, у туркмен биями называются «князья и старшины, из которых кто у кого похощет у того и судится» [66]. Броневский характеризует бия как «начальника одного из родов», который управляет аулом, состоявшим из его родственников. Он, правда, род смешивает с аулом, но фигура бия как «родоначальника», старшины обрисована довольно ясно. Далее Броневский отмечает, что «есть даже целые волости, находящиеся под управлением биев» [67]. В качестве знатных, именитых старшин би́и фигурируют в многочисленных документах XVIII и XIX вв.

В значении власть имущих, «дворянства», родовой аристократии, знати различных степеней би́и в одинаковой мере выступают как у казахов, так и у узбеков, у туркмен, каракалпаков и прочих народов Средней Азии. о том же, как мы видели, говорит и происхождение самого слова «бий». Нет основания поэтому сомневаться в том, что в этом своем значении знати, «владельцев» би́и существовали еще в узбекском союзе до выделения из него в XV в. казахского союза и гораздо раньше би́и фигурируют в роли эмиров еще в монгольский период истории

²³ Будагов Лазарь Захарович (12.IV.1812–30.XII.1878), окончил вост. отд. Казанского ун-та с золотой медалью. Преподавал азерб. яз. на ФВЯ СПб, татарск. яз. в училище правоведения СПб, состоял на службе Азиатск. департамента МИД в должности драгомана татарск. и армянск. языков (см.: Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 54–55).

Средней Азии, например, в «Книге побед» Шереф-ад-дина²⁴ [68]. В узбекской рукописи 30–40-х годов XVII в. автор, описывая церемониал при дворе узбекских ханов и перечислив всех сидящих за ханским столом, добавляет: все упомянутые степени и места относятся к разряду высокостепенных эмиров и людей, пользующихся доверием и свободных от беспокойства; обычное право этого высокого племени (узбеков) называет всех их *биями* [69]. Все имеющиеся у нас данные о биях как о судьях по преимуществу позднейшего происхождения, и потому возможность появления биев сперва как третейских судей, не пользующихся властью и лишь позже приобретающих такую власть при помощи своей судейской деятельности, является невероятной. Во все времена существования суда биев, бии могли быть и были судьями только потому, что они обладали властью, хотя своеобразный механизм этой власти существенным образом отличается от механизма судебной власти, свойственного централизованной государственности. Соображения Чулошникова о приоритете судебной функции биев заслуживают, однако, внимания, если считать, что судейская деятельность биев была одной из первых, самых ранних форм осуществления ими функций *уже принадлежавшей им власти*.

В феодальном обществе вообще, в патриархально-феодальном в особенности, судебная власть есть важнейшая прерогатива военного органа государственной власти. Для первых шагов молодой государственности, для укрепления и развития ее это особенно важная прерогатива еще и потому, что осуществление судебной власти дает наиболее легкую возможность государственного вторжения в сферу частных интересов, регулирования таким путем общественных отношений и установления государственного господства имущих классов. Здесь на первом плане и прежде всего бросается в глаза обеспечение «порядка», тогда как основная функция подавления и угнетения остается как бы в тени, остается для масс долго неразгаданной. Вмешательство государственной власти имеет место в момент конфликта между отдельными членами общества или отдельных лиц с обществом и способствует урегулированию этого конфликта. Поэтому Ленин говорит о суде «как о *тонком* орудии беспощадного подавления эксплуатируемых» [70]. Достаточно сравнить формы проявления, например, полицейской или даже финансовой власти эксплуататорского государства с формами проявления судебной власти, чтобы убедиться в том, что господствующему классу в процессе образования государства, в процессе создания

²⁴ Шараф ад-Дин Али Йазди (Шерефеддин) (ум. в 858 г. х. 1454 г.) — историк, автор «Зафар-наме».

государственной машины принуждения приходится, прежде всего, ухватиться за власть судебную. И недаром наивное русское летописное предание о призвании князей гласит, что князья эти призывались для того, чтобы «володеть» и «судить по праву». Не случайно назывались «судьями» правители древней Иудеи²⁵. Автор грузинской летописи «Картлис Цховреба» Леонтий Мровели о вождях объединения грузинских племен, о мамасахлисах Мцхета, сообщает, что они «стояли над всеми остальными и не именовались ни царями, ни эриставами, а мамасахлисами и он бывал *примирителем* и *судьей* потомков Картлоса, так как город Мцхет более всех других был велик и называли его матерью городов» [71]. М. Ковалевский указывает на знание права, юридических формул, умение выносить судебные решения как на одну из причин усиления власти старшин. Превращение этих познаний в недоступную массам фамильную тайну есть один из способов превращения власти старшин из выборной в власть наследственную. В число правителей могут в таком случае избираться лишь потомки правителя-судьи, если они владеют переданной им тайной законов и юридических формул. В качестве примера приводится династия «уцмиев» — правителей Кайтага, которые все были наследниками знаменитого в XVI в. судебного посредника Рустема, составившего сборник судебных решений, знание которого долго было монополией его потомков. Сборник поэтому не устает повторять: «Кто держит язык за зубами, голова того будет цела» [72]. Левшин, перечисляя те качества выборных начальников, которыми казахи руководствуются при выборах того или другого лица, указывает в первую очередь на «способность вникать в разбирательство тяжёб и правосудие» кандидата [73].

Возможно поэтому и в глубокой древности казахские бии были хранителями обычного права казахов и даже монополизировали знание его. Наследственность звания биев была, как показано ниже, весьма распространенным, очевидно, даже типичным явлением. Это хорошо объясняет исключительное место биев в судоустройстве, и это должно

²⁵ Царь Саул объединил Израильское и Иудейское царства, в 928 г. до н. э. оно распалось. В 597 г. до н. э. Иерусалим был взят войсками Навуходоносора II (см.: Книга судей Израилевых. Главы 1–21; Первая книга царств 10–17:27; Вторая книга царств 2–1:7 // Библия. С. 271–298, 312, 340; *Иосиф Флавий*. Иудейские древности; *Авдиев В. И.* История Древнего Востока. М., 1952. С. 382–383, 405, 407). Об идеологии древнеизраильского Ветхого завета см.: *Ударцев С. Ф.* «Ветхий завет»: политико-правовые идеи и легенды // Евразия (Алматы). 2002. № 1(5). С. 15–16, 18; Доп. и исправл. вариант этой ст. в сб.: Синергетика образования (Межвузовский сб.). Вып. 1. Ростов н/Д., 2004. С. 263–265, 266, 267. — См. также: *Ударцев С. Ф.* История политических и правовых учений. Древний Восток: Академический курс. СПб., 2007.

было сильно укреплять положение биев. Но судебная роль биев *не была ни первичным источником, ни базой их власти*. Она не создала биев как родоправителей. Она только способствовала закреплению и усилению наличной уже у биев власти.

Глубокие познания в судебных обычаях и красноречие оратора-судьи, природный ум и примерная нравственность, на которые указывают Чокан Валиханов, д'Андрэ и другие авторы как на истинное основание для приобретения знания бия, были, быть может, важны, но отнюдь не достаточны для того, чтобы быть бием. Д'Андрэ напрасно доверился сообщениям биев, что сила власти или богатства здесь ни при чем. Источники, напротив, свидетельствуют о решающей роли этих факторов. Это засвидетельствовано как для XIX, так и для XVIII в. Очень ценной является характеристика биев-судей, данная в самом начале XIX в. Гавердовским. Она, несомненно, может быть без оговорок применена и к биям XVIII в. «Народные судьи, — писал Гавердовский, — называются бии, под которым словом разуметь должно людей красноречивых, богатых и оборотливых; приговоры их тем более имеют преимущество, чем сильнее подвластная им партия, а как истолкование правосудия состоит в произволении, то и совершение оно зависит от руки сильного» [74]. Бии, следовательно, это прежде всего люди богатые, опирающиеся в судебной деятельности на сильную «подвластную им партию». Осуществления ими правосудия «зависит от руки сильного». В таком же смысле о биях говорят и многие литературные источники XIX в. Гейнс сообщает в 70-х гг. XIX в., что в прошлом значение судьи могло приобрести только лицо, способное силой понудить к исполнению приговора, и еще лет десять назад «судьей или бием в роде был почти всегда родоначальник, пользовавшийся чаще всего по праву рождения властью верховного вождя» [75]. «Еще весьма недавно, — продолжает Гейнс, — бием мог быть исключительно человек достаточно сильный для того, чтобы заставить уважать свой приговор» [76]. Леонтьев приводит по этому поводу пословицу: «Не будет бием тот, кто ограничится одной постановкой решения, но бием назовется лишь тот, кто и привел решение в исполнение» [77]. В Положении о Ханском совете 31 мая 1806 г. подводится итог практике судостроительства XVIII в. следующим образом: «Суд и расправа в орде предоставляются хану, его совету и, *по обычаям их* частным родоначальникам...» [78]. Дингильштедт считает, что число биев «было ограничено известным кругом *людей всегда богатых и почетных*» [79]. Ибрагимов, заявив сперва, что бием в степи считается всякий казах, избранный тяжущимися для решения их дела, тут же разъясняет, кто же является обычно таким избранныком. Истец «обращается к бию (судья), или вернее сказать к тому богатому лицу,

в ауле которого проживает его ответчик, или — что также часто случается — к тому богатому и почетному лицу, под влиянием которого находится его ответчик, или же, наконец, к своему родоначальнику» [80].

Большой интерес представляет характеристика биев, данная академиком В. В. Радловым. Она является, правда, результатом изучения общественного строя казахов в конце XIX в. В. В. Радлов справедливо отмечает, что собранные им в результате многолетнего наблюдения данные характеризуют общественные отношения, «изменившиеся лишь в незначительной степени, хотя бы в течение многих столетий» [81]. Указывая, что при соединении аулов в отделение необходимо твердое руководство для устранения возможных между ними конфликтов, В. В. Радлов тем самым хорошо объясняет, почему родоправитель должен осуществлять и судебную власть, почему он должен быть в то же время судьей и примирителем. Такого родоправителя-судью находят, по Радлову, в лице богатого, сильного большой семьей, духовно одаренного и справедливого бия. Но власть бия отнюдь не опирается на избрание. В. В. Радлов решительно подчеркивает, что «власть бия есть в сущности всегда власть, захваченная силой известной семьей или ее представителем которую другие признают лишь побуждаемые к тому обстоятельствами». Эта узурпированная власть редко бывает общепризнанной. Чаще бий пользуется поддержкой лишь части рода и имеет многочисленных соперников.

Бии составляли особую группу, монополизировавшую, хотя и не полностью, судебные функции. Господство биев закреплялось также и наследственностью звания бия. «Право на звание бия есть наследственное», — сообщает Броневский [82]. По сообщению Гродекова, бии назначались ханами из потомков биев. Загряжский указывает, что царизм, вводя «выборность» биев, пытался таким путем подорвать потомственное начало и связанную с ним относительную независимость биев от царской администрации [83]. Как «наследственных народных судей» характеризует биев периода ханской власти Гейнс [84]. О том, что бии, равно как и батыры, выступают как «родственно между собою связанные и по наследству передающие свое достоинство», говорит и Чулошников [85]. Наследственность биев подчеркивает Дингельштедт, указывая, что толкователями и представителями обычного права были «старейшие, почтеннейшие и, непременно, наследственные судьи из народа» и что обычное право сохранялось, благодаря твердости «наследственных биев, преемственно передававших обычное право от отца к сыну в возможной чистоте» [86]. О наследственности звания бия говорит Н. Максимов [87]. Наследственность власти биев отчасти отмечена и В. В. Радловым в указании, что власть эта сосредоточивается

в руках лиц, которые отличаются происхождением от родов, бывших прежде могущественными [88]. Наконец, о наследственности звания бия как о необходимом и желательном моменте говорят и казахские пословицы: «Сын бия похож на бия, на высокую гору похож...», «Киргиз, которого отец и дед не были биями, не поступит согласно обычаю: просителей он выслушивает с намеками (на взятку), а перед высшими он не встанет из гордости» [89].

Наследственность звания бия не вяжется с представлением о биях как о свободно избираемых третейских судьях. Д'Андрэ утверждал, что «каждое лицо, пользующееся в Орде всеобщим доверием может войти в разбирательство дел своих единоплеменников, а посему подобного рода судьи особого класса в народе не составляют» [90]. Именно потому он²⁶ и оспаривает категорически наследственность звания бия: «Звание бия не наследственное» [91]. Отрицание наследственности звания биев встречаем и у некоторых других исследователей и собирателей обычного права казахов, рассматривающих биев как свободно избираемых из любой среды третейских судей. Покоится это отрицание на чисто формальном моменте, на том, что бий — это не сословное звание, подобное дворянству, автоматически переходящее на потомков бия. За исключением «белой кости» казахи не знали прочно закрепленных наследственных прав и привилегий. Наследственность звания бия заключалась в «обычном избрании их преемников из одних и тех же семейств», которое, как указывает Энгельс, «переходит в наследственную власть» [92]. Но в этом смысле решающим для понимания общественного положения биев наследственность звания биев является несомненной.

Относительно замкнутая, передающая по наследству свое достоинство общественная группа — бии были патриархально-феодалной аристократией, знатью казахского общества. Русские наблюдатели казахской жизни, измерив биев российским абсолютистским аршином, назвали их, как мы видели, «дворянством» (Паллас, Георги, П. Рычков). Это, конечно, не верно. Бии не были *сословием* казахского общества. Сословность предполагает юридическое закрепление классового господства в виде привилегий. Между тем бии никакими *закрепленными в праве* привилегиями не пользовались. Подходя к вопросу о *юридическом* положении биев, можно, пожалуй, согласиться с характеристикой д'Андрэ: «Кроме уважения бий никакими правами в Орде не пользуется. Хорошая молва в народе о беспристрастном судье и беспорочная нравственность бия суть единственного отличия его от простолюдина» [93]

²⁶ «Он» — вставка в оригинале рукой Фукса.

(Фактическая обоснованность такой молвы, разумеется, не имеет значения для юридической характеристики). Поэтому, когда мы говорим о биях как о патриархально-феодальной аристократии, знати, мы имеем в виду *своеобразные черты знатности* в патриархально-феодальном обществе. Это нужно подчеркнуть потому, что именно своеобразное положение господствующего класса в целом и биев как одной из его прослоек является почвой для упомянутой выше легенды о биях — третейских судьях, слугах народа, а не судьях господствующего класса. В черновиках д'Андрэ имеется примечание, освещающее вопрос о специфических чертах знатности у казахов, заслуживающее того, чтобы быть приведенным полностью еще и потому, что в нем д'Андрэ пытается разрешить весьма существенный для нас вопрос о бие, так сказать, в широком смысле этого слова и его отношении к бию-судье. Здесь говорится: «Не следует смешивать биев-судей, биев-военачальников и биев-богачей. 1. *Бий-судья* — есть настоящий бий, имеющий полное право носить это почетное звание, данное целым народом, приобретенное посредством собственных познаний, умом и особыми душевными качествами. 2. *Военачальник* или предводитель полчищ может быть бием лишь в таком случае, когда благоразумно действуя войском, цель этих действий будет клонить к общему благу, как-то к защите своих соплеменников от нападений хищников или соседних к орде прилежащих азиатских народов. Но предводитель какой-либо шайки барантовщиков, имея в виду лишь (один) грабеж, как возмутитель общественного спокойствия не может именоваться бием. 3. Что же касается до некоторых богачей, присвоивших себе прозвание биев, то таковые известны под сим званием лишь в своих аулах и пользуются таковым ради родственников и людей, кои ради каких-либо видов желают польстить самолюбию человека, не имеющего вовсе никаких достоинств, кроме одного богатства» [94]. Следовательно, почетное звание бия предполагает наличие у носителя его авторитета, общественного уважения, вытекающего из признания его деятельности полезной для общины. Бий-судья приобретает такой авторитет удачными решениями, причем, разумеется, что судебная деятельность его оценивается представителями господствующего класса, которые создают общественное мнение в аулах. Бий-военачальник — умелый защитник интересов родовой знати во внешних столкновениях. Вообще «авторитет» и «общественное уважение» создаются бию родовой знатю; деятельностью, полезной для общины, признается деятельность, соответствующая интересам этой знати. Но патриархально-родовой быт позволяет легко выдавать интересы знати за общественный интерес и, таким образом, обеспечивает бию авторитет и подчинение не только за страх (что, конечно, является основным), но и за совесть со стороны всех сородичей.

Мы не разделим пренебрежительного отношения д'Андрэ к биям-богачам. Оно было продиктовано ему потомственными биями, естественно, враждебно относящимися к выскочкам, «нвуроршам». Очень скоро каждый богач или его потомки, опираясь на многочисленных сородичей, на их силу и создаваемое ими общественное мнение, прослыт и мудрыми в решениях споров, и способными военачальниками. Недаром ведь говорит казахская пословица: «Если ты богатырь и богач, то чем ты не царь. Если ты беден, но бек, то чем ты не посмешище» [95]. Предки бия-судьи и бия-военачальника приобрели в свое время почетное звание бия тоже не одними лишь трудами на поприще юстиции и войны. Когда Гавердовский в начале XIX в. писал о том, что «ныне происходящие от черных костей... усилились» и «часто приобретают себе титул биев...» [96], он, должно быть, отмечал лишь усиление в его время того процесса, который был постоянным источником появления знати-биев. Но чего не хватает богачу для того, чтобы быть сопричисленным к степной знати?²⁷ Для этого ему не нужно приобретать какие-либо права и привилегии. Нужен авторитет, уважение в широких кругах населения. Они приходят со временем, излечивающим недостатки происхождения богача, и тогда почетное звание бия украсит его наследников. Они легко вольются в ряды степной патриархально-феодальной знати, потому что специфической принадлежностью знатности, аристократизма являются не правовые привилегии, а богатство и власть, сопутствуемые общественным уважением, подчинением авторитету. Это дает аульной знати возможность непосредственно опереться не на экономическую зависимость и не на внеэкономическое принуждение при помощи специально созданного для этого аппарата (хотя бы подобного вотчинной полиции), а на такой авторитет в общине, при котором сила «лучших людей», в первую очередь, а за ними и всей общины заменяет отсутствующий аппарат. Для этого и сберегаются, консервируются патриархально-родовые формы общественной организации, используемые в классовых целях. Связь бийства с богатством столь же стара, как и сам институт биев. Нельзя поэтому согласиться с утверждением А. П. Чулошникова, что бии-богачи — это явление сравнительно новое, что они не ранее XVII в. стали «новым феодальным слоем, постепенно поднявшимся в своем значении кочевых предводителей нескольких десятков улусов до роли как бы второго господствовавшего сословия, следующего сейчас же за ханами и султанами» [97]. Бии, как мы видели выше, относились к разряду «высококостепенных эмиров» и людей, «пользующихся доверием и свободных от беспокойства» в узбекский

²⁷ В оригинале вопросительный знак отсутствует (пропущен).

период казахской истории. Они известны в этом качестве еще и в монгольский период.

Таким образом, бии как по своему происхождению, так и по положению в казахском обществе XVIII и начала XIX в. представляют собою группу патриархально-феодальной знати, в руках которой функция отправления правосудия всегда тесно связана с богатством и основанной на нем властью. Бий может сам быть родоначальником, родоправителем, старшиною родового подразделения. Он может и не быть таковым, обладая властью, преимущественно судебной, наряду со старшиною-родоправителем. В зависимости от богатства бия, многочисленности его семьи и числа сторонников бий может быть влиятельнее старшины, родоправителя. Следовательно, во всех случаях бийская юстиция есть по классовому своему существу феодальная юстиция, нигде и никогда не пользовавшаяся ни симпатиями, ни уважением населения.

На чем же основана упомянутая выше романтическая традиция, столь распространенная и в народных воззрениях, и в литературе, изображающая казахских биев как мудрейших, справедливых, беспристрастных судей, людей чистой совести и высокой нравственности, не имеющих никакой принудительной власти, кроме власти своего ума, красноречия и юридических познаний, и выступающих лишь в роли арбитра по приглашению сторон, чтобы разумным решением устранить вражду и самоправство. Почему, например, воззрения русского народа на древний суд лучше всего характеризуется повестью о Шемякином суде, а казахи в пословицах и преданиях возвеличили древних биев. В них бий на «высокую гору похож», он носитель мудрости своих предков и их славных традиций. Способность быть бием приписывается лишь избранным. Бий, по пословице, стоит даже выше народного героя-удальца, батыра: «Храбрец, скачущий на неприятеля, рождается от обыкновенной женщины, а человек, способный примирить враждующих между собою, рождается от редкой женщины»²⁸ [98]. Подобная идеализация биев в основном, конечно, навязана была патриархально-феодальной знатью. Ее цель заключалась в маскировке классовой природы и характера деятельности биев. Вопрос заключается в том, каким образом правящим классам удалось привить эту традицию широким массам населения. Здесь мы подходим к выяснению тех черт своеобразия, которые отличают патриархально-феодальный суд биев от феодального суда и тем облегчают казахской знати задачу маскировки его классовой сути.

Своеобразие суда биев коренится в особом характере судебного аппарата и всей казахской государственности как государственности,

²⁸ Батыр дегенді екі катынның бірі табады, би дегенді ілуде біреуі табады.

использующей в интересах господствующего класса патриархально-родовые формы принуждения. Аппарат, способный принудить к осуществлению норм права, государственный аппарат, здесь не отделился *вопне* от общества, не противопоставил себя *резко* обществу, не стал еще *достаточно очевидно над* обществом. Существующие здесь способы привлечения к суду, как и средства, обеспечивающие выполнение судебных решений, не связаны с появлением на сцене «особых отрядов вооруженных людей», «особой силы». Силы классового, государственного принуждения искусно драпируются «общей волей» общины и «добровольностью» подчинения суду. Так, например, обстоит дело с привлечением к суду и исполнением решений (см. ниже). Поэтому наблюдателю дело представляется иногда таким образом, что вообще никакой принудительной судебной власти у казахов не существует. Отвергая подобное заблуждение, отметим, однако, следующие серьезные особенности казахского судостроительства. Во-первых, бии не имели во многих случаях *особого аппарата* для принуждения к судебному разбирательству и для исполнения выносимых ими решений. Во-вторых, отправление бием правосудия носило совершенно различный характер, в зависимости от того, осуществлялось ли оно в отношении лиц ему подвластных или неподвластных. В-третьих, круг лиц, могущих вершить суд, в ряде случаев не был замкнут; там, где спорящие не были объединены подвластностью одному родоначальнику, не существовало в некоторых случаях твердых рамок подсудности, т. е. стороны могли иногда обращаться за правосудием к любому бию и даже лицу, не являвшемуся бием.

Эти особенности казахского судостроительства лежат в основе извращенного представления о казахском суде. В них заключается также объяснение своеобразной физиономии казахских судей-биев. Судья, не располагающий особым аппаратом принуждения, вынужденный опираться поэтому на общину, т. е. в первую очередь на ее «добрых людей» — и для того, чтобы заставить ответчика явиться в суд, и для того,²⁹ чтобы заставить его подчиниться решению, — такой судья не может быть похож ни на судью-вотчинника, ни на судью-бюрократа. Чтобы привести в действие в интересах правосудия были общины, возглавляемые ее патриархально-феодальной верхушкой, он должен пользоваться почетом, уважением, авторитетом, объединяющим вокруг него одноаульцев, однородцев и еще более широкие круги населения. Это очень хорошо выражено в пословице: «Одно бревно не может быть домом, один человек — бием». Бий должен прежде всего опираться на

²⁹ В оригинале слова «чтобы заставить ответчика явиться в суд и для того» вставлены сверху над строкой рукой Фукса.

поддержку своего рода. Он бессилен как бий, если не пользуется такой поддержкой; поэтому, гласит народная мудрость: «Чем быть бием у чужих, лучше быть пастухом в своем ауле»³⁰. В такой поддержке бия должен объединиться весь аул: «Если в твоём ауле бии из двух родов — народ теряет покой»³¹ [99]. Какой силой делается подобная поддержка, видно из использованного нами уже в главе III сообщения Гейнса об адаевцах. Родоначальники здесь «безусловные владыки своих сородичей. Их приговор окончателен и исполняется немедленно. Адаевцы рассказывали, что старший брат убил младшего за то, что он не хотел исполнять приказаний Биямбета» [100]. Механизм принуждения, обеспечивающий силу решения бия, хорошо виден в том, что рассказывали Гейнсу казахи кизяевского рода (Семиречье). Приговору бия подчиняются безоговорочно, и если бы нашелся человек, не выполняющий его, то «всегда найдется достаточное количество хороших людей», которые понудят слушника к послушанию силой [101]. В черновиках д'Андрэ находим помимо общего указания, что «бий властен заставить исполнить в точности приговор свой через посредство общего своего влияния на народ», еще и следующую запись: «Исполнителем телесных наказаний бывает ордынец, назначенный для сего бием. Подобного рода обязанность не считается повинностью, а предоставляется одной случайности: а посему она отправляется добровольно, а не по неперемennomу долгу» [102]. Еще раньше на своеобразный механизм, обеспечивающий исполнение решений бия, обратил внимание Георги, подчеркнув, что у казахов «всяк вступает за употребительные у них законы и требует, чтобы они были наблюдаемы» [103]³². «Хорошие люди», о которых сообщали Гейнсу, добровольцы экзекуторы д'Андрэ, и «вступающиеся за закон», — это те же «добрые люди» русской древности, верхушка аула и ее сателлиты. Они заменяют государственный аппарат принуждения, «особые отряды вооруженных людей» (Энгельс, Ленин). Но для того, чтобы они могли действовать беспрепятственно в своих классовых интересах, нужно, чтобы они не встретили сопротивления всей массы аула. Для этого и нужен авторитет бия в массах населения. В связи с этим бий мог, как сообщает Гродеков, отказать в разборе дела «дурным людям», т. е. лицам, которые не пользуются доверием патриархальных властей, отвечают им тем же и не будут заведомо выполнять решение бия. Отсутствие замкнутого круга лиц, могущих чинить суд и расправу (всякий влиятельный и пользующийся доверием), и отсутствие в ряде

³⁰ Кісі елінде сұлтан (би) болғанша, өз елінде ұлтан бол.

³¹ Би екеу болса, дау төртеу болады.

³² Сноска [103] в оригинале рукописи на с. 687, видимо, ошибочно обозначена как сноска [102], а следующая сноска к примечанию [104] на с. 687–688 в тексте оригинала пропущена.

случаев определенной подсудности создавали для бия огромной силы личные стимулы к поддержанию и укреплению своего авторитета у населения. При этих условиях только добрая слава бия возвращалась из степи щедрым «бийлыком» ищущих у него справедливости. Дурная слава лишала его «клиентов» и судебных доходов («бийлыка»). Конечно, на такой прозаической базе возвышалась сложная идеологическая надстройка: древние степные традиции, «весы правосудия», полученные от отцов и дедов, высшая справедливость завещанного предками «адата» — «зана»³³, личное бескорыстие отдельных биев, их преданность и любовь к призванию, обеспечивающему столь почетное место в обществе и уважения населения. Так появляется у казахских биев репутация мудрости, безгрешности и святости, переходящая из народной традиции в литературу о биях. Так появляются и отдельные бии, оправдывающие эту репутацию. Например, Ибрагимов, описывая казахское судостроительство и указав сперва, что бием-судьей может быть всякий, избранный для этого сторонами, внеся, далее, существенную поправку, что выбор сторон останавливается обычно на богатых, влиятельных или власть имущих лицах, в заключение делает следующее замечание: «Есть впрочем в степи такие киргизы, которые именуются биями, и которые своим умом и справедливыми решениями утвердили за собою это имя» [105]. Гавердовский характеризует биев не только как «богатых и оборотливых» людей, но и как людей красноречивых, почему «достоинство биев... иногда сначала как-будто бы шутя предается... говорунам» [106]. По В. В. Радлову, бий не только богатое и сильное численностью поддерживающих его сородичей лицо, но и лицо «духовно одаренное» и «справедливое». Встречаются, говорит В. В. Радлов, бии, которые приобрели это положение справедливостью, правосудием и мудростью [107]. О таких именно биях, восхваляя их мудрость, справедливость и красноречие, говорят казахские предания. Одновременно, конечно, многочисленные свидетельства характеризуют отрицательное отношение масс к угнетавшему их суду биев в целом [108].

Такова первая особенность суда биев. Бий — богатый и власть имущий в общине, судил сородичей, опираясь не только на свое богатство и власть, не только на поддержку знати, но и на авторитет мудрого, красноречивого и справедливого судьи, авторитет, который создавала ему знать и который он всячески стремился поддержать, скрывая за мнимой справедливостью и объективностью свое служение интересам знати. Такая тенденция отчасти свойственна, конечно, даже и судье развитого феодального общества, но имея за собой аппарат феодального

³³ Зан — каз. «заң», т. е. закон.

государства, механически обеспечивающий исполнение любого решения, феодальный судья не задумывается над тем, чтобы решение это звучало как справедливое, его не интересует «общественное мнение». У казахского же бия имеется еще один чрезвычайно веский, быть может даже решающий, мотив, вынуждающий его стремиться к поддержанию своей репутации справедливого, мудрого и опытного судьи. Он должен заслужить такую репутацию, если хочет быть судьей не только в своем ауле, отделении или роде, но и расширить свою судейскую деятельность за пределы того круга лиц, которые ему подвластны и для которых подсудность ему обязательна.

Во введении к настоящей главе мы уже указывали на различный характер внутриродовой и междуродовой патриархально-феодальной юстиции как пережиток различных порядков разрешения внутриродовых и междуродовых конфликтов в доклассовом обществе. Мы отметили также, насколько важно иметь в виду это различие для понимания основ казахского судоустройства и судопроизводства. Действительно, игнорирование этого различия влечет за собой величайшую путаницу в характеристике казахского судоустройства, которая свойственна всей почти литературе вопроса. Противоречий в характеристике биев не избежал даже такой знаток общественного строя кочевников, как академик В. В. Радлов. С одной стороны, по В. В. Радлову, бии, *узурпировавшие власть*, «судят народ, хотя никто собственно не давал им на это права. Они разрешают споры о землевладении на зимовках, улаживают отношения между аулами и судят всякие насильственные действия по отношению к собственности и личной безопасности отдельных лиц». В этом описании бии отчетливо изображены как лица, узурпировавшие неограниченную власть, административную и судебную. В. В. Радлов так и говорит, что «власть бия есть всегда власть, захваченная силой». И тут же В. В. Радлов утверждает, что «бий выступает преимущественно в качестве третейского судьи, решению которого обе стороны добровольно подчиняются», хотя, казалось бы, установленная путем узурпации и покоящаяся на насилии судебно-административная власть бия исключает возможность его добровольного избрания сторонами. Далее, по Радлову, «есть бии, решению которых народ безусловно подчиняется», и это те, которые добились своего положения «своим правосудием или умом», и в отличие от них имеются бии, «удерживающие свое место благодаря важности их семьи или рода и богатству». В конце концов Радлов приходит к выводу, что по вопросу о характере и объеме власти биев «нельзя установить общего правила» [109].

Однако общие принципы организации бийского суда установить нетрудно, если исходить из различия внутриродовой и междуродовой

юстиции. Бии выступают как лица, облеченные полнотой судебной власти в отношении своих одноаульцев (аульный бий), одноотделенцев (бий отделения), однородцев (родовой бий). В качестве же третейских, более или менее добровольно избранных судей они выступают, когда спорящие им не подвластны. Это, конечно, только схематическое решение вопроса. Действительность гораздо сложнее, хотя бы потому, что в отделении и в роде может быть несколько биев, соперничающих между собой. Радлов правильно указывает, что большинство биев «пользуется безусловным уважением только в одной части подплемени и имеет соперников в других частях той же группы» [110]. Поэтому более или менее свободный и добровольный выбор бия возможен и для однородцев из числа родовых биев, и для одноотделенцев из нескольких биев отделения. Как бы, однако, ни усложнялась намеченная выше схема казахского судостройства, она остается в основном верной и легко объясняет противоречивые данные о характере бийского суда. Отсутствие у биев принудительной судебной власти, отсутствие права привлечь кого-либо к суду, исключительно обвинительный характер процесса, право тяжущихся свободно выбирать любого бия и даже не бия в качестве третейского судьи, красноречие, мудрость и справедливость как единственное основание для выполнения судебных функций, отсутствие у бия каких-либо средств, чтобы обеспечить выполнение решения и выполнения его сторонами только добровольно, — все это в известной степени характеризует деятельность бия в отношении лиц, ему вовсе не подвластных, тогда как в отношении подвластных, зависимых сородичей он выступает как судья-владелец.

Для того, чтобы убедиться в том, что свободный добровольный выбор безвластного, но мудрого и справедливого бия в качестве третейского судьи характеризует только тяжбу между лицами, не имеющими общих родовых властей, и что лица, объединенные общей подвластностью, не могли свободно избирать себе третейского судью, достаточно рассмотреть действующие в казахском праве правила подсудности.

В предшествующем изложении показано, что если бии и не составляли замкнутого сословия, то, во всяком случае, не всякий казах, а лишь влиятельный и почтенный, т. е., как правило, представитель аульной знати, власти и богатства, выполнял обязанности бия-судьи. Этим уже опровергается представление об отсутствии определенного круга судей. Круг этот замыкается не формальным, а фактическим критерием. Но и выбор судьи из этого круга связан определенными правилами подсудности, к рассмотрению которых мы и переходим.

Общая принадлежность сторон к одному из патриархально-родовых союзов суживает свободу выбора подсудности, т. е. подсудность

определяется патриархально-родовой подвластностью. Конфликты между членами семьи, как правило, разбирает только глава семьи, если речь не шла о таких тяжких преступлениях, которые затрагивали весь род или даже соседние роды, как, например, женоубийство. «Ссора родственников, — говорит казахская пословица, — разбирается в темноте; ссора супругов в постели» [111]. Даже при мужеубийстве, которое по законам Тауке карается смертной казнью, судьба преступной жены окончательно решается родственниками мужа, которые могут и простить ее. Родители вовсе не наказываются за детоубийство, т. е. ничем не ограничены в произнесении приговора над подвластными им детьми. Приговор семейства заменяет смертную казнь за кровосмешение. О свободном выборе бия в спорах между лицами, подвластными одному и тому же главе семьи, не может быть, следовательно, и речи.

Свобода выбора бия ограничивалась также и за пределами семейного союза. Законы Тауке вместо свободного выбора бия предусматривают просто суд аульных старшин, а от свободы выбора судей оставляют только право отвода судьи, подозреваемого в пристрастии (запись Левшина). Так же решается вопрос и в записи этих законов, сделанной Шукуралиевым: «В обыкновенных тяжбах по аулам судят старшины» [112]. Что касается права выбора сторонами «посредников», о котором говорят законы Тауке, то это не судьи, а лишь представители сторон. Есть достаточно оснований полагать, что отмеченное выше совпадение в одном лице бия-судьи и старшины аула является весьма распространенным. К такому мнению склоняется Леонтьев, утверждая, что «бии были вместе и родовыми старшинами» [113]. Красовский говорит о биях, старейшинах и аксакалах как о тех лицах, «которым народ верил охранение составленного им понятия о своих правах и обязанностях», т. е. признает наличие судебной власти также у старшин и аксакалов [114]. Но, конечно, не всякий старшина был достаточно сведущ в обычном праве, достаточно авторитетен и знатен, не всякий пользовался той славой, которая давала право носить почетное звание бия. В этом случае действовало, очевидно, то же правило, которое содержится в обычаях нерчинских тунгузов. Если старшина «законов и обычаев узнать не будет в состоянии, тогда должен взять из ближних старшин или верных стариков в товарищи и с ними решить» [115]. Казахский старшина брал себе «в товарищи» бия, который судил при нем. При этом бий получал возможность сосредоточить судебную власть в своих руках. Вообще же распределение судебной компетенции между старшиной и биями зависело от силы и значения местной администрации, а сила эта, в свою очередь, от наличия поддержки со стороны султана или хана. Когда после Тауке в стране преобладание получили силы децентрализации

и положение старшины зависело только от внутриобщинных отношений, бий могли успешно с ними конкурировать, оставляя ему власть административную и сосредоточив в своих руках судебную власть в общине, отделении, роде. Однако право свободного выбора спорящими биев-судей ограничено. По спорам, не выходящим за пределы аула, нужно обращаться к бию аула или отделения и лишь в том случае, если их несколько, возможен выбор среди них. Но и выбор этот, как видно, не всегда свободен. Так, например, Ибрагимов, указав на существование в степи именитых, славных биев, от решения которых нельзя уклоняться, говорит, что при попытке одной из сторон уклониться от суда такого бия враждующие «идут к тому лицу, от решения которого зависит идти или нет к этому бию» [116]. Следовательно, и здесь какие-то влиятельные лица, очевидно старшина или аксакалы, вмешиваются в определение подсудности. Д'Андрэ также отмечает, что «в важных случаях или когда спорящие стороны не могут решить возникающий спор о том, к какому обратиться следует бию... почетные ордынцы нередко указывают на то лицо, которое по их мнению могло бы решить дело» [117]. Такой «совет», несомненно, носил обязательный для сторон характер. Загряжский в свою очередь сообщает, что если ответчик не согласен с выбором бия, произведенным истцом, то вопрос о выборе бия решается советом одноаульцев [118].

Свобода выбора бия ограничена еще и потому, что привлечение к суду далеко не всегда, как это часто утверждают, имеет место только по жалобе стороны. Процесс не носит чисто обвинительный характер. Валиханов, например, указывает, что дело у бия может возникнуть и по заявлению властей [119]. Гродеков сообщает, что в прежнее время бий, знающий о преступлении, на которое не было подано жалобы, мог наравне с аксакалом производить розыск [120]. В рапорте Ячменева, состоявшего письмоводителем при правителе Западной части Орды (1846 г.), бий изображен производящим розыск. «Если кто из подозреваемых в краже, — читаем здесь, — не пойдет по требованию бия, принявшего жалобы от претендателя, к нему для разбирательства, то бий с просителем идут к ответчику и, если найдут его виновным в краже, то связывают ему руки и ноги... за упорство же зарежут у него на угощение себе несколько скота» [121]. В этих случаях, конечно, бий уже вовсе не свободно выбранный сторонами судья.

Наличие в суде биев элементов розыскного процесса отмечалось исследователями. В связи с этим Леонтьев пытался отмежевать третейский суд, суд свободно избранного сторонами бия, от суда бия над подвластными ему лицами, относя к компетенции первого споры гражданско-правовые [122]. Точно так же Загряжский отмечает, что

по инициативе бия могут возбуждаться лишь дела о преступлениях, а не гражданско-правовые споры [123]. Следует, однако, иметь в виду, что казахскому обычному праву выделение гражданского и уголовного права, отличие преступления от гражданского правонарушения еще вовсе неизвестно. Нет понятия «преступление», а есть «дурной поступок», соответствующий, очевидно, «обиде» Русской Правды³⁴; таковым будет и убийство, и неуплата долга. Нет «уголовного» дела, если нет истца или истец отказался от иска [124]. Поэтому критерий «уголовного» и «гражданского» дела ничего не может дать для выяснения характера процесса как обвинительного или розыскного и для решения вопроса о характере суда как третейского или основанного на подвластности сторон. Но не подлежит сомнению, что правонарушения, затрагивающие почему-либо интерес патриархально-феодального строя в целом, преследовались независимо от жалобы потерпевшего в порядке розыска, о чем свидетельствуют приведенные сообщения Валиханова, Гродекова и Ячменева.

Свобода выбора бия ограничена также правилами предметной подсудности, хотя наличие их не всеми признается и они не носят безусловный характер. Так, по мнению Леонтьева, «мелкие» бии, т. е., очевидно, бии аула, отделения, не могли выносить имеющие принудительную силу решения по крупным спорам о калыме, по делам о барымте, разбое, убийстве. Их должен был рассматривать родовой бий, и только его решения имели обязательную силу. Можно было, правда, и по мелким делам обращаться, минуя бия отделения, и к родовому бию. Истец заявлял в таких случаях: «Хочу вариться в большом котле». Однако, помимо того, что такое желание мог, очевидно, выразить только влиятельный человек, не убоившийся недовольства ближайшего судьи, родовой бий всегда отказывал ему в правосудии при отсутствии у него уважительных причин для игнорирования меньшего бия [125]. И в этом отношении, следовательно, нельзя говорить о свободе выбора бия. Как на один из моментов, ограничивающих свободу выбора бия, нужно указать и на наличие определенной иерархии среди биев. Мейер³⁵ сообщает,

³⁴ Русская правда — свод древнерусского феодального права. Включает: отдельные нормы «Закона Русского», Правду Ярослава Мудрого, Правду Ярославичей и др. Защищала жизнь, имущество княжеских дружинников и слуг, определяла положение феодально зависимых людей, регулировала обязательственное и наследственное право. Известны три основные редакции Русской Правды: Краткая, Пространная, Сокращенная. Списки XIII–XVIII вв. (см. текст и комментарии к Русской Правде: Российское законодательство X–XX веков: В 9 т. Т. I. Законодательство Древней Руси / Под ред. О. И. Чистякова. М.: Юрид. лит., 1984. С. 28–132).

³⁵ Л. Л. Мейер — историк, офицер Оренбургского военного ведомства, автор монографии «Киргизская степь Оренбургского ведомства» (СПб., 1865) (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 349, 374, 559).

например, что приговор семиродского или байулинского бия можно было обжаловать алимулинскому бию, который имел право уничтожить приговор первых, так как род алимулинский считался старшим по отношению к семиродцам и байулинцам [126]. Следовательно, поскольку апелляция была возможной, апеллирующий также связан в выборе бия для принесения жалобы. В. В. Радлов указывает, что среди биев рода всегда имеются наиболее влиятельные бии, диктующие свою волю остальным [127]. По преданию, сообщаемому Гавердовским, при Тауке во главе каждого жуза был поставлен главный бий, задача которого заключалась «в смотре за правосудием биев или судей каждого аула» и который нес перед ханом ответственность за все могущие случиться в родах беспорядки» [128]. Наличие иерархии биев должно было само по себе содействовать формированию определенных правил подсудности, в противном случае иерархия эта была бы лишена смысла.

Итак, следовательно, судебная деятельность бия внутри родового подразделения не дает никаких оснований для утверждения, что здесь вместо суда господствовало третейское разбирательство. При ближайшем рассмотрении выясняется, что отсутствие *особого аппарата* принуждения у биев вовсе не означает отсутствие у них средств классового принуждения вообще; что подчеркнутая большинством исследователей свобода обращения к любому бию и даже к любому лицу за правосудием здесь, как правило, не может вовсе иметь места, так как для большинства случаев существуют вполне определенные нормы подсудности. Бии прочно монополизировали судебную власть внутри родовых объединений и не выпускают из рук это важнейшее орудие классового подавления рядовых общинников-скотоводов.

Область применения третейского суда, свободного выбора биев открывается лишь там, где тяжущиеся не связаны общей подвластностью каким-либо родовым властям. Не следует, однако, думать, что в этом случае выбор бия совершенно свободен. Определенные правила подсудности существуют и для споров между лицами, не связанными общностью пребывания в одном и том же родовом союзе. На причинах ограничения в этом случае свободы выбора бия следует остановиться несколько подробнее.

Перед казахом-истцом, который собирается предъявлять какую-либо претензию к лицу, находящемуся в составе другого аула, отделения, рода, стоит очень сложная задача. Ему нужен судья, который не состоял бы с ответчиком ни в какой степени родства, ибо только такой судья будет судьей беспристрастным. Но вместе с тем ему нужен судья, решению которого подчинится ответчик, судья, имеющий возможность заставить ответчика подчиниться. Но таким может быть только влиятельный сородич ответчика.

Последнее неизбежно вытекает как из господства патриархально-родовых форм общественной жизни, так из крайней слабости власти, стоящей над родовыми объединениями. Здесь имеет, следовательно, во-первых, значение тот принцип судоустройства, который Пфаф формулировал на основе изучения обычного права осетин: «По коренному взгляду патриархальных обществ преступник может быть окончательно осужден только приговором собственных своих родичей...» [129]. Возник этот принцип в обществе, не знающем полицейской и судебной власти, стоящей над отдельными родовыми объединениями, в обществе, в котором коллективность родовых объединений полностью заставляла ответственность отдельного индивидуума и делала его неприкосновенным не только для сторонних коллективу лиц, но для всех тех членов коллектива, которым данное лицо не является непосредственно подвластным. По обычаям осетин, сообщает Пфаф, «даже всемогущий нихао (общинная сходка) не имеет над отдельным человеком никакой власти; все же приговоры его, не исключая и смертной казни, исполнялись не через общественных должностных лиц, но единственно через отца подсудимого» [130]. Красовский нашел у казахов совершенно аналогичный принцип, который он назвал даже «основным законом» казахского судоустройства. «Никто не имеет права, — замечает Красовский, — не только наказывать кого бы то ни было за содеянное кем бы то ни было преступление, но даже выговаривать, точно так же никто не смеет другому что-либо приказывать». Это возможно только в отношении женщин и неотделенных детей [131]. Пережитки такого взгляда, с одной стороны, отчасти объясняют темное основание ранее приведенного уже сообщения Тевкелева, что «неволею никто никого, ниже хан, в суд привести не может», с другой стороны, они делают понятным, почему при выборе судьи в споре с ответчиком из другого рода приходится искать такого судью среди лиц, коим подвластен ответчик, т. е. обращаться, как указывает Ибрагимов, к тому богатому лицу, в ауле которого проживает ответчик, или к тому богатому и почетному лицу, под влиянием которого он находится. Таким может быть, например, бий отделения, в составе которого находится аул ответчика. Подсудимый должен быть подвластен судье. При этом, разумеется, содержание понятия подвластности ушло уже чрезвычайно далеко от того, что формулировали Пфаф для осетин, а Тевкелев и Красовский для казахов. Для Казахстана этот записанный Тевкелевым и Красовским с чьих-то слов «основной закон» был уже и в XVIII в. бледным историческим воспоминанием. Исключительная власть отца уступила место власти всех старейших, почетнейших и затем власти избранного старшины аула. Но принцип, что только подвластность обеспечивает

подсудность, сохранялся. В этом смысл сообщенного Половоротовым правила, что поставленное царизмом начальство, решая спорные между казахами дела, вольно вызвать для участия в суде старшин или биев «даже из аулов преступивших или спорящих». Без участия старшин или биев в суде решение считается несправедливым «и даже теряется доверие к самому местному начальству» [132]. Население, очевидно, и в середине XIX в. продолжало по традиции считать, что судить его могут только «свои» власти, бии и старшины своего аула. Сохранилось и отражение этого древнейшего принципа подсудности в формах судопроизводства. Создавалась фикция, что судит не сам бий, а весь коллектив сородичей, собрание общины. Суд, по словам Красовского, действителен только в присутствии народа или, по крайней мере, трех свидетелей; личный приказ бия в отсутствие народа и свидетелей не подлежит исполнению [133]. Коль скоро к бию поступает жалоба, сообщает в своем рапорте попечитель Белозеров (1846), «он в то же время приглашает нескольких человек почетных стариков для присутствия при его разбирательстве...» [134].³⁶ Привлечение к разбору дела почетных стариков имеет одновременно еще и другой смысл, о котором говорит В. В. Радлов: «Для приведения в исполнение своих решений он (бий) нуждается всегда в помощи наиболее уважаемых лиц общины, поэтому он старается быть с ними в возможно близких отношениях и, будучи в сущности вождем, действовать всегда как бы по их поручению» [135]. В участии «уважаемых лиц» одновременно реализуются два необходимых для бийской юстиции условия: участие «народа» в вынесении приговора и его участие в исполнении приговора.

Принцип, что патриархально-родовая подвластность определяет и возможную подсудность, возникая в глубокой древности, сохраняется в XVIII и XIX вв. прежде всего потому, что он укрепляет патриархально-родовые формы общественного строя казахов и, следовательно, соответствует интересам старшин, биев, аксакалов и всей аульной верхушки. Он служит способом укрепления ее власти в аулах и в то же самое время применение его неизбежно при слабости центральной государственной власти, неспособной создать постоянно и эффективно действующие судебные органы, стоящие над отдельными родовыми объединениями. Истцу поневоле приходится прибегать к влиятельному и власть имущему сородичу ответчика, потому что без него никто, как правило, не может понудить ответчика выполнить решение. Хан, выезжающий летом в степь, чтобы творить правосудие, занимается преимущественно важными межродовыми спорами, и его высший суд далеко

³⁶ В оригинале ошибочно указан № 132. Опечатка исправлена.

не всякому и не всегда доступен. Таким образом, истцу приходится привлекать к исполнению обязанностей судьи лицо, беспристрастие которого как однородца ответчика всегда под сомнением, которое старается уклониться от вынесения решения и приведения его в исполнение. Законы Тауке знают специальное постановление, разрешающее самоуправство истца, отгон стад ответчика (барымту) на случай, если «начальник аула умышленно уклоняется от разбирательства дела и тем покровительствует преступнику».

Существуют и другие более мягкие способы заставить власти аула ответчика принять участие в разборе предъявленной претензии. Так, Ибрагимов сообщает, что истец, не рассчитывающий на помощь богатых и влиятельных лиц из аула ответчика, обращается к собственному родоначальнику и берет у него есаула, с которым идет к родоначальнику ответчика. Гейнс знает несколько иную форму обращения к властям аула ответчика: бий — в данном случае родоначальник истца — посылает его с детьми к старейшине другого рода требовать удовлетворения [136]. Отсюда видно, что старшина аула истца заботится о помощи истцу со стороны властей аула ответчика. Может ли это административное содействие оказаться полезным для истца. Следует иметь в виду, что при всей децентрализованности власти в матриархально-феодальном Казахстане старшины отдельных аулов все же представляли собой звенья одного и того же государственного аппарата и им вовсе не чуждо было понимание общегосударственных задач. В знаменитом «Обете» 1803 г. съезд старшин разработал, например, следующие правила обеспечения правосудия: «Всякому надлежит докладывать главам рода и добиваться своего права. А нам, старшинам, необходимо удовлетворять всякого обиженного» [137]. При наличии у администрации таких общих представлений о задачах управления требование правосудия, поддержанное старшиной, имело больше шансов на удовлетворение, и истцу не всегда нужно было прибегать к барымте. Отметим в связи с этим, что решающая роль барымты — самопомощи истца — в казахском обычном праве имеет своим основанием рассматриваемое здесь правило подсудности. Барымта есть основной способ заставить ответчика: лицо и родовой коллектив согласиться на разбирательство дела в условиях, обеспечивающих также и интересы истца.

Сильный род истца может путем барымты добиться того, что сородичи ответчика, не желая терпеть отгон своих стад и табунов, просто вынудят ответчика удовлетворить истца. «Если есть храбрец в твоём роде, не пропадет твой иск за чужим родом». В большинстве случаев, однако, они понудят его согласиться лишь на судебное рассмотрение претензии истца.

Соблюдение при таком судебном рассмотрении решающего для внутривидовых отношений принципа патриархально-родовой подвластности здесь оказывается бессмысленным. Сородичи ответчика не в состоянии, как правило, объективно решить спор. Да и истец не для того барымтовал, чтобы теперь отдать свое дело в чужие руки. Но без сородичей и властей ответчика никто не может по принципу подвластности, разобранному выше, осудить ответчика и обеспечить исполнение решения. Отсюда наличие в казахском судостройстве другого принципа, примирительного разбирательства и его частного случая примирительного паритетного разбирательства. Эти принципы не заменяют принцип подвластности, а вытекают из него для тех случаев, когда стороны не объединены общей властью.

Паритетный суд — это еще не третейский суд, хотя он легко перерастает в третейский. В основе паритетного суда лежит мысль о том, что бии, старшины, аксакалы каждой стороны могут договориться в мирной обстановке об улажении спора, убедить друг друга в справедливости претензии своего подвластного. В качестве посредников-примирителей выступают бии, старшины, аксакалы и прочие влиятельные сородичи, приглашенные для этого в равном числе сторонами. О паритетном характере суда прямо говорит сообщение Леонтьева: «Всякое дело решали не больше двух биев, причем если они не приходили к единогласному решению, то шли к третьему, который обыкновенно был родовой бий» [138]. Здесь предварительный паритетный характер носит даже рассмотрение внутривидового спора, очевидно, между жителями двух разных аулов. Спор пытаются согласованно решить бии этих аулов, и лишь при невозможности согласия дело из этого паритетного суда переходит к родовому бию, который выступает в этом случае в роли третейского судьи. То, что организация суда на паритетных началах возможна и при общей подвластности сторон из разных аулов родным властям, лишь подчеркивает глубину проникновения принципа паритетности в казахское судостройство, где он конкурирует даже с принципом подвластности. С бытовой стороны применение в этом случае паритетного начала легко объясняется желанием сторон разрешить спор без обращения к высшим инстанциям. К тому же паритетный суд возможен здесь потому, что им не нарушается принцип подсудности по подвластности: спор решается соглашением лиц, коим подвластны тяжущиеся.

Паритетный суд следует видеть также в постановлениях Тауке о порядке разрешения спора между жителями разных аулов. Здесь в рассмотрении спора участвуют «старейшины тех аулов, которым принадлежит истец и ответчик, приглашая к разбирательству еще и избранных

сторонами двух посредников». Налицо, следовательно, четыре судьи, которые должны решать дело согласием, а в случае отсутствия такового обратятся, очевидно, к родовому бию, превращая разбирательство в третейское, так как принцип решения по формальному большинству голосов вообще был неизвестен патриархально-феодалным обществам. Для решения любой коллегии требовалось единогласие либо то, что называется подавляющим большинством, при котором тонут, умолкают голоса инакомыслящих. Широко применяемый принцип паритетного разбирательства является, очевидно, основным источником очень популярной практики миротворческих решений, решений «по родственному» («карындаскыб»³⁷). Бий стремится сблизить стороны, оттягивая решение и задерживая их при себе, связать их родственными узами путем брака их детей, склонить их к побратимству и т. д. [139]. Отсутствие необходимого для паритетного разбирательства общего согласия представителей спорящих сторон неизбежно рождает подобные приемы судебной деятельности.

В законах Тауке организация примирительного паритетного разбирательства регламентируется государственной властью. Но самый принцип такого разбирательства отнюдь нельзя рассматривать как продукт, упорядочивающий юстицию деятельности государства. Паритетное примирительное разбирательство, естественно, возникает как простейший способ прекратить состояние вражды, спора между отдельными родовыми подразделениями. Это хорошо видно на примере примирительной процедуры, описанной Гавердовским. Враждующие отделения уже стоят друг против друга в боевом порядке, когда начальники их соглашаются между собою «сделать совет и примирить виновных тению убитого». Каждая сторона выбирает «депутатов». «Избранные депутаты выехали от обеих воюющих сторон на средину поля, оба ратные строя разделяющего, и слезли с лошадей, сели вокруг» [140]. Договорятся между собою бии-депутаты, дело будет закончено миром, уплатой куна. Не договорятся — начнется вооруженная борьба.

Эта самая простая форма, так сказать, самый простой выход из положения, когда при отсутствии общей подвластности или слабости наличной общей власти либо, наконец, желании избежать обращения к ней нужно уладить междуродовой конфликт. Здесь мы видим, в сущности, тот же порядок, который отмечен Морганом и Энгельсом у ирокезов, в доклассовом обществе: «Совет рода убийцы собирался и делал совету рода убитого предложение покончить дело миром... Если предложение

³⁷ «Карындаскыб» — правильно «карындас кып» (каз.), т. е. (букв.) «сделав сородичем».

принималось, то дело считалось улаженным. Точно такой же порядок существовал и для рассмотрения споров между разными фратриями» [141].

При крупных междуродовых спорах, если в умиротворении сторон заинтересованы и другие роды или если к улажению спора принимают меры хан и объединенные вокруг него старшины, разбирательство не носило паритетный характер. Подобные споры разбирались на тех ежегодных осенних собраниях старшин, султанов и хана, задача которых, по Гавердовскому, заключалась в «решении дел до целого общества касающихся». Такие собрания-съезды собирались не только осенью, но и весной [142]. По Палласу, таких собраний ежегодно бывает даже три. Собрания старшин и биев собирались в меньшем масштабе и специально для разрешения междуродовых споров. Добросмыслов называет их «съездом родоначальников» [143]. Широко использовались для разрешения споров всякие массовые собрания, споры разрешались на празднествах, поминках, байге (традиционные спортивные состязания) и т. д. Здесь их разбирали «родовые аксакалы и влиятельные киргизы при участии влиятельных родственников заинтересованных сторон» [144]. По сообщению Сабатаева к такому способу разрешения споров широко прибегали еще в конце XIX в. стороны, желавшие избежать введенного царизмом «народного суда» биев. Все это очень древние и примитивные формы примирительного разбирательства, не требующие специальных процессуальных правил. Здесь нельзя говорить ни о третейском, ни о паритетном примирительном разбирательстве. Имеющая здесь место процедура напоминает несколько нарисованную в Илиаде³⁸ картину суда у греков героической эпохи, которую вычеканил Гефест на щите Ахиллеса: «Граждане вокруг их кричат своему доброхотству каждый; ... а старцы градские Молча на тесаных камнях сидят среди священного круга.. встанут и один за другим свой суд произносят» (перевод Гнедича. Песнь XVIII).

Съезды старшин-родоначальников, собрания аксакалов и влиятельных сородичей сторон являются формой примирительного разбирательства, с отсутствием ясно выраженной паритетности. В организации их нет и принципов третейского суда. Специфический характер разбирательства подчеркивается здесь требованием для таких судов общего соглашения, примирения, т. е. по существу единогласия, поскольку коллектив сородичей каждой стороны обычно выступает заодно.

Сабатаев, описывая такой суд-собрание, сообщает, что бии, рассматривающие спор, должны были добиться единогласия и только при

³⁸ Илиада — древнегреческая эпическая поэма 8–7 вв. до н. э., приписываемая Гомеру (см., напр.: Гомер. Илиада / Пер. с древнегреч. Н. Гнедича / Предисл. А. Нейхардт; Прим. и словарь С. Ошерова; Ил. Д. Бисти. М.: Правда, 1984).

недостижении такового прибегали к выбору посредников из своего числа, а если и эти не могли договориться, то переходили к третейскому решению вопроса, избирая одного посредника третейским судьей [145]. Требование единогласия в подобного рода судилищах идет из глубокой древности. Энгельс отмечает его у древних германцев и ирокезов [146]. Древняя Россия, по словам Дмитриева, «вообще не знала другого способа решения, кроме единогласного» [147]. У казахов собрание родоправителей, единственный суд в древности, правомочный осудить казаха к изгнанию или смертной казни, должно было вынести этот приговор единогласно [148]. И как ни мало осуждение к смертной казни или изгнанию походит на «примирение», следует все же иметь в виду, что требование единогласного приговора есть специфическая черта примирительного разбирательства, смысл которого не в торге и взаимных уступках, а в общем согласии на то или иное решение дела. Изгнание или казнь преступника примиряет общество с сородичами его, которые рассматриваются как его покровители и защитники.

В сравнении с такими простейшими формами разрешения междуродовых споров, как съезд старшин, собрание биев, аксакалов и влиятельных сородичей, продуктом более развитого, более сложного судоустройства являются «жугунус»³⁹ и «кенес»⁴⁰. Они представляют собою уже третейский суд. Для решения междуродовых споров в патриархально-феодальном государстве переход к третейскому разбирательству, естественно, необходим, ибо это государство, с одной стороны, как организация классового порядка, должно стремиться к междуродовому миру, с другой стороны, оно не создает достаточно прочной власти, стоящей над родами и способной обеспечить принудительное судебное рассмотрение междуродовых споров. Примирительно-паритетная процедура не всегда дает положительные результаты. В самой организации примирительно-паритетного суда заложены основы для легкого его перерастания в суд третейский. При рассмотрении спора в собрании аксакалов и биев, представляющих общественную власть и мудрость этих родов, руководящая роль легко переходит к биям, сочетающим с властью еще и специальные познания, необходимые для решения спора. Положение бия как «жреца правосудия» не позволяет ему занять в процессе позицию одностороннего защитника выдвинувшей его стороны. Раз спор переносится на почву наилучшего применения права, то открывается и возможность приглашения для участия в суде специалистов, биев, не являющихся представителями спорящих. Так создается третейский суд

³⁹ «Жугунус» — правильно «жүгініс» (каз.), т. е. «обращение куда-либо» (в данном контексте — в суд).

⁴⁰ «Кенес» — правильно «кенес» (каз.), т. е. «совет, совещание».

«жугунус». Авторитетному бию передается все руководство процессом. Он же приглашает в состав суда 6 или 8 аксакалов. «Кенес», создаваемый только при очень значительных спорах, требует приглашения избранным бием до 24 судей-аксакалов. Стороны имели право отвода тех приглашенных бием аксакалов, которых подозревали в пристрастии. Судьи-аксакалы в порядке, определяемом старшинством, высказывали свои соображения по делу. Решение выносилось бием-председателем этого судебного собрания [149]. Такое громоздкое судилище (особенно «кенес») собрать было, разумеется, не легко. Создавалось оно по очень важным делам, затрагивавшим интересы большой родовой группы. Сейдалин указывает, что этот суд собирался в тех случаях, «когда спорящие принадлежат к разным родам, никогда еще не соединявшимся под влиянием одного лица, кроме ханов и бывших султанов-правителей» (выделено мною. — С. Ф.). Для периода, предшествовавшего царским реформам управления в Казахстане, можно, не рискуя ошибиться, заменить «султанов-правителей» султанами). Замечание Сейдалина не только вполне подтверждает прочеркиваемое нами различие порядка рассмотрения межродовых споров и споров внутри рода, но и особенно интересно тем, что общая подвластность хану и султану не служила препятствием для применения принципов посреднического примирительного разбирательства. Это подчеркивает слабость судебной власти ханов и султанов, а также древнейший характер существования в казахском судостройстве двух различных принципов подсудности, различие которых восходит к тем временам, когда ханы-чингизиды еще не стояли во главе племен, из которых сложился казахский народ. Заметим попутно, что различный порядок рассмотрения внутривидовых и междуродовых споров не есть исключительная особенность казахского судостройства. Суд посредников-медиаторов у всех народов возникает как суд междуродовой. В качестве такового возникает он, например, у осетин, которые выбирали медиаторов только для решения споров, выходящих за пределы рода, в то время как судебная власть внутри рода твердо держалась в руках отца, старейшего в семье, родового старшины [150].

Таким образом, принципы казахского судостройства оставляли для третейского суда, со свободным выбором бия-судьи, сравнительно узкую сферу даже при рассмотрении споров лиц, не имеющих общей подвластности. В междуродовых спорах большую роль играет паритетное разбирательство и рассмотрение споров в собраниях старшин, биев и аксакалов. В спорах между жителями разных аулов одного отделения стороны в конце концов, особенно в важных делах, обратятся к одному из биев своего отделения, желая иметь судьей лицо, решение которого будет обязательно для противника. В спорах между разноотделенцами одного рода по тем же причинам последует обращение к родовому бию.

Таков нормальный, обычно действующий, вытекающий из патриархально-родового быта и основ казахского судоустройства порядок определения подсудности. Возможны, конечно, и исключения в отдельных случаях, но в целом как мало это похоже на «право свободного выбора бия из всех биев казахской степи», о котором, как об основном принципе судоустройства писал Чокан Валиханов⁴¹ [151], или на утверждение Гродекова, что «в древности у киргизов все суды были третейские, т. е. избранные каждый раз обеими сторонами» [152]. Принцип подвластности тяжущихся судье — вот подлинно доминирующий в патриархально-феодальном обществе принцип определения подсудности.

Временное укрепление государственности влекло за собою стремление ослабить самостоятельность биев-судей, сосредоточить судебную власть в руках родоправителей, султанов, хана либо поручить его судьям, специально назначаемым ханом, как это сделал, например, Арынгазы. Так именно нужно понимать отмеченное уже постановление Тауке (в редакции Левшина): «Разбирать ссоры и произносить приговор над виновным должны, если не сам хан, то правители или старшины тех аулов, к которым принадлежит истец и ответчик, приглашая к разбирательству еще и избранных обеими сторонами двух посредников». Смысл этого постановления совершенно ясен. Укрепляя государственность, что характеризует всю его деятельность, Тауке прибегает к рукам органов власти: хана, правителей или старшин, судебную власть как одну из важнейших прерогатив государственной власти. Для свободно избранных сторонами посредников-биев сохраняется в этом суде лишь второстепенная роль. Они должны были судить при «правителях», султанах или «старейшинах аула». Если бы данное постановление Тауке действительно прочно определило бы на будущее время формы деятельности биев, то в их лице мы имели бы только участвующих в составе суда знатоков права, «находящих» приговор, вроде тех, которые известны памятникам англосаксонского права. По законам Генриха Первого⁴² такие лица также выбирались каждой из сторон в равном числе для участия в составе суда, но приговор, «найденный» ими, произносился судьей, который, разумеется, обеспечивал его исполнение [153]. Законы Тауке стремятся ввести такую структуру суда. При такой структуре привлечение к суду и реальность осуществления приговора,

⁴¹ Более подробно см. об этом: *Валиханов Ч.* Записка о судебной реформе / Вступ. ст. и примеч. С. Ф. Ударцева. 2-е изд., доп. и испр. Алматы: Жеті жарғы, 2004.

⁴² Генрих, герцог Саксонии, прозван Генрихом I (Птицеловом), основатель новой Саксонской династии, избран королем в 919 г. (см.: *История Европы. Средневековая Европа.* Т. 2. С. 128–130).

указанного познаниями биев, обеспечиваются властью старшины, султана и т. д., следовательно, судебная власть сосредоточилась бы в руках административного аппарата, что соответствовало основной цели Тауке — укрепить государственную власть.

Тауке не удалось создать такой суд, или, во всяком случае, такой суд не пережил самого Тауке и проведенные им реформы по укреплению государства. В последующем развитии судебной системы, при ослаблении централизации государственной власти, бии выступают поэтому не как придаток администрации, осуществляющий суд, а в значительно более самостоятельной роли, хотя каждое усиление центральной власти сопровождается покушением на самостоятельность положения биев как судей. Так, например, Арынгазы в попытках жесткой централизации власти пытался вовсе устранить суд биев, заменив его судом своих мулл-казиев [154].⁴³ Аблай, узурпировав высшую судебную компетенцию (право смертной казни, принадлежавшее только народному собранию), советовал детям своим «никогда не решать вполне международных дел киргизских племен, ибо только несогласие и раздоры могут быть незыблемой основой ханской власти» [155]. Не касаясь здесь ближе своеобразной ситуации, породившей этот взгляд Аблая на правосудие, отметим, что Аблай, могущественнейший из казахских ханов, также взял в свои руки рассмотрение международных споров, не оставляя, следовательно, и в этой области места для самостоятельности биев.

Ослабление центральной государственной власти, упадок власти ханов содействовали усилению судебной самостоятельности биев. Не лишены в этой связи интереса сведения, полученные Гейнсом, который сообщает: «В пору ослабления ханской и султанской власти среди киргизов появились бии с громкой репутацией, привлекавшей к ним кочевников со всех сторон степи за разбором наиболее сложных дел. Эти бии, имена которых до сих пор повторяются киргизами с величайшим уважением, были люди либо очень богатые, либо пользовавшиеся той преувеличенной репутацией мудрости, безгрешности и святости, которая у восточных народов обеспечивает безусловную власть над толпой» [156]. Из этого сообщения видно, что наиболее авторитетные, следовательно, и наиболее самостоятельные и влиятельные бии появились в пору слабости центральной власти. Самостоятельности биев соответствует и расширение возможности для населения прибегать к третьей инстанции, минуя органы, коим стороны подвластны. Богатство, большое количество сородичей, поддерживающих бия, репутация мудрости и святости, их фактическое влияние на органы власти отдельных

⁴³ В оригинале ошибочно обозначено: 164.

аулов, отделений, при слабости всех звеньев государственной власти, делали из таких знаменитых биев людей, решение которых имеет большее значение, чем решение аульного старшины или местного бия, коим стороны были подсудны. Такое положение и сложилось, очевидно, накануне прихода к власти Тауке, что и вынудило Тауке потребовать, чтобы суд не вершился без представителей администрации.

Разумеется, о полной самостоятельности бийского правосудия не приходится говорить и в пору ослабления ханской власти. Опираясь на наличную у них собственную принудительную власть, основанную на богатстве, знатности и поддержке многочисленных сородичей, бии вместе с тем не теряют связь с администрацией, сохраняют поддержку всего аппарата государственного принуждения.

В тех случаях, когда бий сам не располагает достаточным богатством, властью, влиянием, чтобы сделать свой приговор реальным, он судит при султানে, при хане. Таковы, например, те бии, которых Гейнс видел у казахов кизяевского рода в Семиречье. Они судили под председательством султана, докладывали ему дело. Султан высказывал свое мнение, которое могло ими оспариваться и даже отвергаться. Султан не диктует явно приговора. Д'Андрэ указывает даже, что «при разбирательстве или решении какого-либо народного дела голос султана считается наравне с прочими голосами киргисцев» [157]. Речь, конечно, идет о формальном равенстве. Султан провозглашает найденный путем такого совещания приговор и обеспечивает его исполнение. Судебная власть биев здесь обеспечивается властью султана. Такой же суд биев, опирающийся на силу и власть султана, пытался инсценировать султан-правитель Сейдалин. Получилась, впрочем, карикатура: «Сам Сейдалин сидел на ковре и разбирал жалобы, направо и налево сидели бии, безмолвно смотревшие в свои “брады». Они-то и должны были представлять воскрешенную независимость суда биев» [158]. Но карикатурный характер этого суда не мешает нам видеть за ним древнюю, теперь искаженную форму суда биев при султানে, смысл которой заключается в том, что юридическая мудрость биев сама по себе ничего не стоит без опоры на реальную силу, какой является султан.

Если власть султана недостаточна для того, чтобы придать «авторитет» суду биев и заставить его уважать, то на сцене появляется суд биев при хане. В прошлом, сообщает Гейнс, ханы во время объездов степи «производили суд и расправу с помощью всегда сопровождавших их наследственных народных судей-биев» [159]. Когда при хане Ширгазы участвовали, не без его покровительства, грабежи и разбои, то совокупной мудрости и авторитета «лучших биев журта» оказалось, разумеется, совершенно недостаточно для того, чтобы привлечь к ответственности

грабителей. И вот прошение султанов и биев на имя Александра I рисует нам печальную картину беспомощности этих биев. Не раз, собравшись, все вместе, они едут «для расследования дела и полного взыскания куна» в род ответчиков; те скрываются у хана, бии следуют за ними к хану, но хан заступает за ответчиков, и четыре раза подряд «лучшие бии журта» в полном составе «вернулись обратно неудовлетворенными и разочарованными» [160]. Гродеков сообщает, что при ханах бии прямо назначались ханами из числа потомков биев [161]. При международных спорах, если приходили в столкновение крупные силы, бии могли быть подлинно авторитетными судьями, только опираясь на поддержку хана, т. е. государственной власти, стоящей над отдельными родами. Здесь сказывается сущность суда биев как органа государственной власти, как аппарата, механизма поддержания классового порядка и укрепления государственности. Бии и суд биев, опираясь на власть хана, в то же время были и опорой самого хана. Это прекрасно выражают казахские пословицы: «Бийство у биев послужит к единогласию народа, от единогласия народа зависит существование хана». «Если хан белый сокол, то золотым седалищем ему должен быть бий» [162].

Мы установили, что вопреки распространенному в литературе и во многих источниках взгляду на биев как на добровольно избираемых третейских судей, в действительности в лице биев на судебном поприще подвизались до середины XIX в. всегда лица, обладающие принудительной юрисдикцией, обеспеченной собственной властью или непосредственной поддержкой родовой знати, старшин, султанов или самого хана. Чтобы закончить рассмотрение основ казахского судостроительства, нужно остановиться еще на судебной власти казахских ханов. Отрицание принудительной судебной власти у ханов столь же мало обоснованно, как и отрицание такой власти у биев. Если Тевкелев говорит, что хан «неволею» «никого в суд привести не может», Петр Рычков, что хан не может ни штрафовать, ни «посадить под караул», Николай Рычков, что хан не может наказать даже серьезнейшего преступника, Паллас, что хан никого не может судить и т. д., то это лишь констатации слабости ханской власти. Эта слабость должна была особенно поразить Тевкелева при первой его дипломатической миссии к Абульхайыру, когда слабость эта чуть не стоила ему головы. Она поразила его и как русского чиновника, смотревшего на хана сквозь призму российского абсолютизма. Все это вместе взятое и толкнуло его к полному отрицанию судебной власти ханов, а тем более и прочих судей, изображенных им арбитрами в добровольном третейском разбирательстве. Но это категорическое отрицание судебной власти ханов совершенно не вяжется со всем тем, что мы знаем о значении судебной компетенции

для самого существа ханской власти. Законы Тауке рассматривают хана как главного судью. Петр Рычков сообщал в 1747 г.: «Власть как ханская, так и салтанская ни в чем больше не состояла да и ныне более не значит как разбирать обще с салтанами, с старшинами и лутчими улусными людьми происходящие между киргизцов ссоры, а налице те, кои одни старшины не могли окончить или окончили, да судившиеся у них судом недовольны» [163]. В донесении Игельстрома Екатерине II от 27 июля 1785 г. склонность казахских старшин согласиться на создание смешанного российско-казахского суда, связанное с лишением хана судебных функций, объясняется тем, что это превратило бы хана в чисто-декоративную фигуру и лишило бы его фактической власти по управлению: «желают остаться при древнем обыкновении: иметь хана, отделя только его от управления народом, почему сим посланникам общий суд и кажется приятен» [164]. Ссылка на древнее обыкновение имеет здесь лишь тот смысл, что старшины желали сохранить во главе государства традиционную фигуру хана. «Яко судьи, — сообщает Георги, — имеют старшины в улусах, а хан в вершении тяжёбных дел больше, нежели в правлении, власти» [165]. Следовательно, в судебной власти Петр Рычков, Игельстром и Георги видят основное содержание власти хана. Странно было бы предполагать, что ханы, да и султаны не имели возможности опираться на принудительную силу для осуществления функции, которая, как мы видим, считалась для них основной. Николай Рычков подтверждает мнимое отсутствие у хана и старшин («мнимые начальники») права наказывать преступника ссылкой на возможность для преступника укрыться за численным своим родом и главами многочисленных поддерживающих его семейств. Следовательно, дело не в отсутствии у хана права наказывать и не в принципиальном отсутствии у него принудительной судебной власти, а в наличии или отсутствии у него поддержки родоначальников, в реальном соотношении сил хана и старшин в отдельных конкретных случаях. Прогрессирующее ослабление ханской власти в последней четверти XVIII в. немало содействовало, очевидно, неправильной оценке судебной власти хана Николаем Рычковым.

В конце концов, вопрос о характере судебной власти ханов решается даже не анализом литературных свидетельств, хотя бы и имеющих характер исторического источника, а конкретными данными источников о судебной деятельности ханов. То обстоятельство, что хан осуществлял правосудие, засвидетельствовано источниками многократно и вообще не требует доказательства. Но столь же бесспорно и то, что хан не третейский судья, ожидающий, пока обе спорящие стороны согласятся передать ему на рассмотрение свой спор. В качестве арбитра

он выступает только по крупным международным спорам, когда он не в состоянии силой заставить крупное родовое объединение подчиниться приговору либо когда речь идет о сильных и влиятельных старшинах или султанах. Здесь ему часто приходится отступать, и, пожалуй, прав был Левшин, говоря, что ханы и султаны имели право «казнить таких преступников, которых смерть не может произвести сильного ропота в народе» [166]. Можно привести примеры того, что у хана часто не хватало власти для осуждения виновных из числа знати. Из донесения Нуралы Екатерине II от 15 мая 1774 г. видно, что когда к нему явился его племянник, перешедший в лагерь Пугачева, Нуралы «оного солтана... жестоко наказал и имел намерение умертвить, токмо без надлежащего следствия и рассмотрения дела починенные мои, — сообщает Нуралы, — меня до того не допустили» [167]. В отношении же рядовых казахов и споров мелких родовых подразделений руки у хана были свободны, и он судил их как «владелец», объезжая с биями степь, и наказывал без суда, «бил», «мучил», «скованных держал» и казнил их смертью, хотя смертная казнь выходила за пределы его компетенции. Источники, в том числе и опубликованные, полны подобными сообщениями, и воспроизводить их здесь нет необходимости.

Обратимся в заключение к третейскому суду у казахов, т. е. к суду бия или даже лица, не имеющего звание бия, свободно по взаимному соглашению избираемого сторонами и не пользующегося властью ни для того, чтобы привлечь к суду, ни для того, чтобы заставить выполнить свое решение. Из всего сказанного выше ясно, насколько ошибочным и извращающим подлинную историю казахского судостроительства является утверждение большинства авторов (д'Андрэ, Валиханов, Гродеков, Максимов и многие другие), что древний суд биев был именно таким третейским судом. В действительности, как было показано, древнее казахское судостроительство, в соответствии с его классовой патриархально-феодалной сущностью, было основано на подсудности, вытекающей из подвластности. Последовательное применение этого принципа невольно ограничивалось лишь там, где, в силу «родового» устройства и слабости надродовой власти, общая подвластность отсутствовала. Но и здесь истец вынужден был прибегать к помощи лиц, имеющих власть над ответчиком, и выбор был обусловлен согласием последних. Многообразные формы примирительного разбирательства: паритетное разбирательство, съезды старшин, собрания аксакалов и влиятельных родственников также не были третейским судом. «Жугунус» и «кенес», формально третейские суды, были исключительной формой суда по наиболее крупным делам, и наличие этой формы не дает, конечно, оснований говорить о господстве в древности третейского суда, об отсутствии судей, обладающих принудительной юрисдикцией.

Законы Тауке не знали третейского суда и в области судоустройства были направлены, как мы уже заметили, скорее к его устранению и сосредоточению судебной власти в руках родоправителей. Законы Тауке допускают только посредников, выбираемых сторонами для участия в суде родоправителя. Мы не делаем отсюда вывод, что во время Тауке третейского судопроизводства на практике вовсе не было, но ясно, во всяком случае, что третейский суд не был господствующей формой судопроизводства и не поощрялся.

Усиление роли третейского суда могло иметь место только в связи с разложением патриархально-родовой организации при одновременно прогрессирующей слабости центральной государственной власти, а затем и полной гибели казахской государственности, в XIX в. Сведение к нулю, а потом и полная ликвидация власти ханов, ускорение процесса разложения патриархально-родовой организации, а следовательно, и ослабление патриархальных властей подтачивали порядок подсудности по принципу подвластности. Немалую роль должно было сыграть и отставание обычного право от новых требований хозяйственной жизни, от условий оборота, усиливающегося вместе с колонизацией Казахстана царизмом.⁴⁴ Ряд наблюдателей сообщает, что казахи в поисках бия — третейского судьи любили обращаться к незнакомым, проезжим людям и обращались даже к русским купцам. «Время ввело и укрепило у киргизов обычай разбираться словесным судом во всяком деле, у каждого русского доверие имеющего», — сообщает в докладной записке сенатор Куракин⁴⁵ [168]. Чокан Валиханов отмечает, что казахи любили судиться у проезжих биев или у лиц, совершенно незнакомых [169]. Здесь дело не только в том, что спорящие искали лицо, свободное от родовых связей со сторонами и потому беспристрастное, но и в том, что они искали судью, который в отличие от аульных стариков дышит не только преданиями старины, но чувствует дыхание ярмарки и прилинейного торга, знает условия торгового оборота и рассудит их применительно к новым жизненным требованиям. Влияние и власть аульных аксакалов резко падает, особенно к концу XIX в. Изразцов говорит об этом следующим образом: «Мнение старейшего родственника не обязательно, равно и подчинения ему не существует. Правда, хороший,

⁴⁴ О праве кочевой цивилизации казахов см. также: *Өзбекұлы С.* 1) Көшпелі казак өркениетіндегі құқық. Право кочевой цивилизации. Алматы: Мектеп, 2002. 224 б.; 2) Абай және Адам құқығы. Алматы: Жеті жарғы, 1995. 112 б.; 3) Қазақстанның саяси-құқықтық ой-пікір тарихының өзекті мәселелері. Алматы: Білім, 2004. 128 б.

⁴⁵ Куракин Алексей Борисович — князь, министр внутренних дел (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 238, 247–248).

добрый старец пользуется общим уважением, но не властью. Уважают в нем старость, но эта же старость причиной тому, что мнения его по делу почти не спрашивают, считая неприменимым ныне» [170].

Такое положение создавало тенденцию уклониться от суда родовых властей. Ослабление последних усиливало и желательность, и возможность уклонения. Когда же вместо суда старых биев, пользовавшихся хотя и поколебленным уже авторитетом, царизм создал «народный» суд из биев — царских чиновников казахской национальности, когда по большинству дел, отнесенных царскими законами к уголовным, подлежащим рассмотрению по царским законам в общих судах империи, нельзя было обратиться даже к этому «народному суду», тогда третейский суд стал лучшим выходом из положения. В самом деле уголовные суды царского правительства осудили бы, например, ответчика, производшего барымту, как грабителя или разбойника, к каторжным работам, вместо того, чтобы обязать его вернуть отогнанный скот. Дело тянулось бы до тех пор, пока скот погиб бы, а истцу, навлекшему на ответчика эту непомерную репрессию, пришлось бы, по воззрениям казахов, еще платить «кун» как за убийство. Не лучше обстояло дело и с возможностью обращения к созданному царизмом «народному» суду биев, который вместо обычно-правовых способов разрешения спора и удовлетворения претензии потерпевшего мог пустить в ход такие наказания для ответчика, как заключение под стражу и розги [171]. Особенно сильным было стремление убежать от «народных» судов по делам брачным и семейным, по которым практика этих судов была связана с ломкой веками устоявшегося быта. Законодательство царизма специально запрещает поэтому передавать такие дела третейскому суду [172].

Все эти обстоятельства должны бы содействовать усилению роли третейского разбирательства в XIX в. и особенно к концу XIX в. Путь к этому был открыт наличием в казахском судостроительстве примирительно-паритетного и примирительно-третейского разбирательства. Если в XVIII в. и ранее характерная для патриархально-феодального строя связанность личности и жесткая регламентация индивидуальной деятельности при устойчивости патриархальных властей, как правило, исключала свободу индивидуальных соглашений в столь важном деле, как определение подсудности, то в условиях второй половины XIX в. все эти сдерживающие свободный выбор судьи моменты стали отпадать, а стимулы для обращения к третейскому суду, как мы видели, резко возросли.

В силу указанных причин третейский суд, бывший в древности исключением, в XIX в. получил довольно широкое распространение, хотя и в XIX в. он не стал основной формой суда. Нужно подчеркнуть,

что, допуская третейский суд, обычное право казахов всегда исходило из представления, что суд этот является лишь суррогатом подлинного суда, каким был суд патриархально-феодальных владельцев, суд биев, основанный на подвластности. Решение третейского судьи не признавали обязательным, если стороны уже после решения не заключали о том особого соглашения. Так, д'Андрэ сообщает, что вместо обращения к бию «иногда суд или разбирательство представляется избранному самими же спорящими киргизцу», из числа умнейших или старейших, но тут же он добавляет, что таких судей «нельзя еще назвать народными судьями; мнение и советы их имеют равную силу со словами старшего в семействе» и т. п. [173], т. е. это не решение, имеющее принудительную силу, а только авторитетный совет, и община не заставит его выполнять. О том же позже говорит и Загряжский. Добровольно избранный сторонами в третейские судьи любой казах рассматривается не как «народный судья», а как «примиритель». После его решения можно обращаться вновь к другому судье для разбора того же дела. «Народными судьями» являются только бии, и только их решения подлежат обязательному исполнению.

Теперь ясно, что корни господствовавшего в буржуазной литературе извращения сущности древнего казахского судоустройства лежат в непонимании или сознательном игнорировании классовой сущности всякого суда. В глазах буржуазных историков и юристов частный случай казахского судоустройства — третейский суд — легко заслонил собою всю судебную систему, построенную на феодальном принципе подвластности. Обнаружив во второй половине XIX в. бия — третейского судью, они не стали искать и не нашли бия — владельца, бия — феодала, эту подлинно господствующую фигуру казахского судоустройства. За силою авторитета мудрости, красноречия, юридических познаний, которые изредка присущи бывали, а чаще приписывались, отдельным биям, буржуазные историки и юристы не разглядели бия, опирающегося на авторитет силы, бия — представителя государственной власти патриархально-феодального общества.

Еще более понятным является аналогичное заблуждение наблюдателей XVIII и начала XIX в. В качестве царских чиновников они мыслили себе осуществление судебной власти лишь в формах тщательно регламентированной деятельности судов дворянско-бюрократической империи, с резко выраженным аппаратом принуждения в виде военно-полицейской власти, сопровождающей деятельность суда от момента, когда преступника или ответчика силами полиции тащат в суд, и до момента, когда те же власти исполняют приговор. Если даже наиболее внимательные, подготовленные и вдумчивые из этой категории

наблюдателей, как Левшин, после продолжительного знакомства с Казахстаном усмотрели в общественном и политическом строе казахов «отсутствие законов, ненаказанность преступлений» и, в целом, нечто «очень близкое к тому понятию, которое обыкновенно разумеется под словом «анархия» [174], то не удивительно, что прочие не увидели здесь за третейским судом никакой иной судебной системы. Известную роль в этом искаженном и одностороннем представлении сыграло и то, что большинство наблюдателей казахской жизни имели возможность знакомиться лишь с большими политическими событиями в казахской степи. По роду службы или в качестве путешественников они интересовались главным образом взаимоотношениями отдельных значительных групп населения, поскольку с этими внутренними отношениями связано было определение политики царизма в Казахстане. У них не было ни особых побудительных причин, ни возможностей заинтересоваться внутренней жизнью отдельных коллективов — рода, отделения, аула. Красовский значительно позже, в 60-х годах XIX в., признавал, что нормы казахского права «нам еще неизвестны и по настоящее время» [175]. Понятно, что в поле зрения наблюдателей XVIII и начала XIX в. были те черты судопроизводства, которые характерны для больших, привлекавших всеобщее внимание процессов по международным спорам. Основы же правосудия в пределах рода легко могли остаться не замеченными, так как прятались за формами осуществления административной власти.

Следует подчеркнуть в заключение, что буржуазное извращение сущности бийского суда широко использовано было буржуазными националистами, отрицавшими эксплуататорский характер казахского патриархально-феодального общества. Это извращение и сейчас продолжает питать протаскивание буржуазно-националистической идеологии, и в частности, идеализацию биев. Наличие подобных грубых политических ошибок, отмеченное постановлением ЦК КП(б) Казахстана от 1 февраля 1947 г., свидетельствует о том, что вопросы истории казахского государства имеют не только теоретическое значение.

3. Основные черты судопроизводства по обычному праву казахов⁴⁶

Для характеристики всякого судопроизводства важно, прежде всего, выяснить, имеем ли мы перед собой обвинительный или розыскной процесс. Конечно, ни одну из этих форм процесса исследователи нигде и никогда не находили в чистом виде, но, отмечая у разных народов

⁴⁶ В диссертации начинается на с. 731.

в разные времена преобладание какой-либо из этих форм, юристы создали схему исторического развития процесса, по которой древнейшей формой процесса является обвинительный процесс, на смену которому лишь в Средние века в период абсолютизма и в связи с развитием в недрах феодализма капиталистических отношений и созданием централизованного полицейского государства приходит процесс розыскной [176]. По мнению М. Ф. Владимирского-Буданова⁴⁷, в русском праве «до Судебников всякий процесс был обвинительным» [177]. Материалы казахского обычного права, однако, не подтверждают эту почти ставшую школьной истиной схему развития процесса. Несмотря на явно архаичский характер процесса казахского патриархально-феодалного общества, в нем отчетливо обнаруживается рядом с обвинительным процессом также и процесс розыскной. И казахское обычное право в этом отношении, как сейчас будет показано, не стоит одиноко. Можно, вообще, думать, что господствующее в литературе отрицание серьезного значения розыскного начала в древнем процессе покоится на модернизации понятия суда и процесса. Примером такой весьма распространённой модернизации является, например, рассуждение о возникновении розыскного процесса того же Владимирского-Буданова. Последний считает, что возникший в губных учреждениях особый процесс для дел разбойных, а потом для дел по убийству и татьбе с поличным, первоначально «не был процессом, а лишь средством поимки и наказания ведомых лихих людей». Только тогда, когда к процедуре наказания ведомых лихих людей присоединяется «повальный обыск», только тогда, по мнению В. Буданова, эта «короткая процедура» «превращается в процесс» [178]. Между тем краткость процедуры, установленной для осуждения по разбойным делам, по убийству и татьбе с поличным, ее, так сказать, «скорорешительный» характер, отсутствие гарантий для обвиняемых и т. д., дискредитируя эту процедуру как процесс, с точки зрения «нормального» буржуазного процесса или феодального обвинительного процесса, вовсе не лишают ее свойств судебного процесса. Для эпохи,

⁴⁷ Владимирский-Буданов Михаил Флегонтович (1838–1916) — русский историк права, профессор, член-корреспондент Российской академии наук по разряду историко-политических наук (1903). Выпускник Киевской духовной академии и историко-филологического факультета Киевского университета (1864). Преподавал в Демидовском юридическом лицее (1871–1875), Киевском университете; главный редактор Киевской временной комиссии для разбора древних актов (1882), председатель Исторического общества Нестора-летописца (1887), член Киевского юридического общества. Автор работ по истории права, в том числе «Немецкое право в Польше и Литве» (1868, магистерская диссертация), «Обзор истории русского права» (в период с 1886 по 1915 г. выдержала 7 изданий) и др. (см. подробнее о нем: *Краковский К.* Предисловие // Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/Д.: Феникс, 1995. С. 3–29. — См. также: Перечень основных работ М. Ф. Владимирского-Буданова // Там же. С. 30).

когда судебные органы еще не обособились от административных, под процессом следует понимать всякую деятельность органов государства по осуществлению правосудия, протекающую в определенных, установленных законом или обычаем формах, даже если формы эти, как в губных учреждениях, ограничивались требованием, чтобы губные избы «ведомых разбойников» «меж себя имали да обыскивали их, и доведчи на них и пытали накрепко и допытаться у них... бив кнутъем да казнили смертью» (Губная Белозерская грамота. 1539 г.).

Выше отмечалось наличие в доклассовом обществе двух обособленных порядков разрешения конфликтов (внутриродовых и междуродовых), в которых складывались процессуальные моменты, использованные впоследствии классовой юстицией [179]. Наличие этих двух различных порядков создавало предпосылки для одновременного появления в возникающем вместе с классовым обществом судопроизводстве двух форм процесса. С. Шпилевский отметил их в таком раннем памятнике права, как Grágás. Различие двух форм процесса выражено здесь в противопоставлении судебного приговора приговору посредников. Первый называется Sekt, что означает пеню, осуждение, собственно *осуждение на смерть*. В этом отождествлении осуждения вообще и смертного приговора мы узнаем отмеченную нами характерную черту ранней внутриродовой, внутриобщинной юстиции, орган которой — народное собрание знал только один приговор — смертную казнь. Вторая, известная Grägäs форма приговора — приговор посредников — называется Sätt, что значит «примирение», «мир» [180]. Эта форма приговора как, очевидно, и соответствующая ей особая форма процесса, вырастает из примирительного, третейского междуродового разбирательства.

Две различные формы процесса существовали и в древнем германском праве. Здесь рядом с формальным обвинительно-состязательным процессом имеет место «экстраординарный» процесс против преступника, пойманного с поличным. Преступник, пойманный с поличным, доставлялся в суд связанным, с кляпом во рту и не пользовался никакими процессуальными правами для своей защиты. Перед судом выступал только истец с соприсяжниками, причем истец не был даже связан установленными формальными требованиями при заявлении жалобы. Преступник был не только «объектом» процесса, но к тому же еще и немым объектом. Интересно, что Бруннер⁴⁸ указанное особое судопроизводство по делам преступников, пойманных с поличным, характеризует как развивающееся из преследования сородича «лишенного мира», изгоняемого из общины [181]. Тем самым и для древнего германского права

⁴⁸ Генрих Бруннер (1840–1915) — немецкий историк права, иностранный член-корреспондент Петербургской АН (1908). Труды по истории государства и права раннего западноевропейского средневековья.

устанавливается особая связь «экстраординарного» процесса с карательной властью внутри общины. Отсюда в средневековом германском праве развивается особый суд — «суд жизни и смерти». Grimm связывает его происхождение с древнейшим судом народного собрания, которое, по Тациту [182], рассматривало только преступления, наказуемые смертью, т. е. с той же карательной властью внутри общины. Процесс в этом суде резко отличается от обвинительного [183]. В древнем русском процессе, в частности в эпоху Киевской Руси, видят обычно «исключительное господство обвинительного процесса» [184]. Указывают, что «*первые следы*» русского розыскного процесса можно видеть в Судебнике 1497 г. [185]; полагают, что только с XV–XVI вв. рядом с обвинительным процессом появляется розыскной [186]. С. В. Юшков также относит возникновение «начал» розыскного процесса к XV в., однако, характеризуя процесс киевского периода, он с полным основанием относит характеристику его как состязательного *лишь к процессу по Русской Правде*, а не к процессу эпохи Русской правды [187]⁴⁹. Если бы подобный вполне обоснованный прием, учитывающий, что нормы Русской Правды не охватывают всего действовавшего права, был распространен на изучение всей истории процесса, и не только русского, то «начала» и «первые следы» розыска можно было бы обнаружить значительно ранее XV в. Владимирский-Буданов приводит известие Датерика Печерского о ворах, которых «мучили» городские власти, несмотря на то, что потерпевший Григорий Чудотворец отпустил их, и приходит к выводу, что «государственная власть преследовала преступления даже тогда, когда частный истец отказался от иска» [188]. Можно было бы указать также на суд Яна Вышатича над волхвами на Белоозере. Те, кто, смущенные «бесовским наущением», приводили к волхвам «сестры своя, матере и жены своя», ставших жертвами волхвов, не выступают перед Вышатичем в качестве истцов-обвинителей. Белозерцы соглашались выдать волхвов только после угрозы, что Ян Вышатич просидит у них целый год и, следовательно, разорит их «поклоном вирным». Было бы неправильно видеть в казни волхвов Вышатичем просто «расправу». Он занялся преступными волхвами только проверив «подсудность», выяснив, «чья еста смерда», и убедившись, что это смерды его князя, подлежащие его суду. Да и волхвы хорошо понимали, что их настиг суд, и затеяли поэтому спор о подсудности, требуя, чтобы их судил сам князь: «Нама стати пред Святославом⁵⁰, а ты не можеши створите

⁴⁹ В оригинале работы Фукса на с. 735 пропущена сноска [187], место нахождения которой восстанавливается исходя из содержания текста и примечания С. Л. Фукса.

⁵⁰ По всей видимости, имеется в виду Святослав II (1027–1076), с 1073 г. великий князь киевский, сын Ярослава Мудрого. Авторы комментариев выражают

ничтоже» [189]. Процесс, в котором осуждены были на смерть волхвы, не имеет, однако, ничего общего с обвинительно-состязательным процессом. Обвиняемые были привлечены к суду по инициативе и под давлением самого судьи Вышатича, который сам провел следствие, допрашивая, пытая их «повеле бити я и потергати браде ею». Все это, конечно, гораздо ближе к «розыску», нежели к «суду».

Поскольку в «Русской Правде» отсутствуют наказание смертной казнью и телесные наказания, в то время как прочие памятники той же эпохи, летописи и жития не оставляют сомнения в том, что в XII и XIII вв. наказания эти широко применялись как правомерные в *результате осуждения* [190], невозможно вообще видеть в «Русской Правде» что-либо большее, чем картину одной стороны древнего права и процесса. Острота борьбы с татями и разбойниками, о которой повествует летопись уже для начала XI в. и которая заставила епископов дать Владимиру совет казнить разбойников, чтобы приостановить рост разбоев, должна была еще в XI в. повлечь за собою весьма широкое осуществление государством классового правосудия в формах, чрезвычайно близких к «розыску». Постановление Уставной Двинской грамоты 1397 г., каравшее за «самосуд» «потерпевшего, который, поймав татя с *поличным*, отпустит его, получив посул и заключив с ним мировую, вместо того, чтобы передать его властям для жестокой казни, не было новостью в русском праве и воспроизводило практику предшествующих столетий.

Нетрудно понять, почему процессуалисты отказываются видеть в древности какой-либо иной процесс, кроме обвинительно-состязательного. Все прочие формы классового правосудия, осуществляемого вне рамок такого процесса, настолько не соответствуют современному представлению о суде, так грубо попирают все представления о формальных гарантиях подсудимому, даваемых даже буржуазной демократией, снабжены таким минимумом правовой формы, что прогрессивное стремление спасти понятие судебного процесса толкает процессуалистов на путь объявления всякого классового правосудия древности, осуществляемого вне рамок состязательности, простой «расправой». Так, М. М. Гродзинский полагает, что в раннем Средневековье «наказание как средство поддержания и укрепления классового господства применяется преимущественно в форме *непосредственной расправы, судебный же порядок* рассматривается, в первую очередь, как средство разрешения споров отдельных лиц между собой» [191]. Согласиться

благодарность Е. И. Войцеховскому, консультация с которым ускорила решение данного вопроса.

с этим трудно, даже потому, что суд, будучи *прежде всего* органом поддержания классового порядка, должен возникнуть раньше всего для поддержания *основ* этого порядка. Кроме того, с такой точки зрения простой «расправой» вполне можно назвать и позднейший розыскной процесс, так как все элементы позднейшего розыска в более или менее развитом виде можно обнаружить в древнейшем праве: органы государственной власти, выступающие в качестве инициатора преследования, игнорирование позиции потерпевшего и запрещение мировых сделок, обязанность общины искать и выдать преступника, «мучение» преступника, особая система доказательств, в которой «поличное» играет решающую роль.

Не выходя далеко за рамки темы настоящей работы, невозможно подробно аргументировать это положение, но даже уже приведенные выше примеры доказывают наличие всех этих элементов в древнейших способах «расправы» с преступниками, когда правосудие не облекалось в рамки обвинительно-состязательного процесса. Нельзя отрицать в этих методах осуществления правосудия качество судебного процесса, нельзя противопоставлять их как «расправу» суду, потому что основные элементы суда здесь все же налицо. Действующее право предоставляет осуществление «расправы» специальным органам, определяется круг лиц, коих судят по правилам этой упрощенной юстиции (разбойники при Владимире⁵¹, тати с поличным по уставной Двинской грамоте или по германскому праву и т. д.), установлено правом и наказание которому они должны быть подвергнуты (в древнейшую особенно эпоху преимущественно смертная казнь)⁵². Налицо, следовательно, деятельность органов государства по осуществлению правосудия, протекающая в определенных, установленных правом формах, т. е. деятельность судебная, и формы, в которых эта деятельность осуществляется,⁵³ представляют собою вид процесса, хотя и отличный от обвинительно-состязательного.

⁵¹ Владимир I (?–1015) — князь новгородский, великий киевский (с 980 г.), сын Святослава. В 988–989 гг. ввел в качестве государственной религии христианство. Канонизирован русской православной церковью.

⁵² Об истории эволюции института смертной казни, отношении к ней власти и общества и истории осмысления этого явления в общественном сознании см., напр.: *Кистяковский А. Ф.* Исследование о смертной казни. Тула: Автограф, 2000; Когда убивает государство... Смертная казнь против прав человека / Вступ. ст. Ф. М. Бурлацкого. Предисл. и ред. С. Г. Келиной. М.: Прогресс, 1989; *Ударцев С. Ф.* Право человека на жизнь во взглядах П. А. Кропоткина // Труды Комиссии по научному наследию П. А. Кропоткина. Вып. 1. М.: Институт экономики АН СССР, 1992; *Михлин А. С.* Высшая мера наказания: История, современность, будущее. М.: Дело, 2000; *Малько А. В., Жильцов С. В.* Смертная казнь в России. История. Политика. Право. М.: Издательство НОРМА, 2003; и др.

⁵³ От слов «и формы» — рукописная вставка в оригинале диссертации.

Нельзя не видеть также, что и по форме, и по классовому содержанию такой древнейший процесс чрезвычайно близок к розыскному процессу. Право и обязанность преследования преступника, обязанность раскрытия и расследования преступления лежит на органах государства. Участие в процессе потерпевшего не является обязательным, и он может выступать здесь лишь в роли жалобщика или свидетеля. Права обвиняемого ограничены усмотрением суда, обвиняемый только объект исследования. Следствие не связано какими-либо обрядностями [192]. Что касается классовой сущности этой формы процесса, то она совершенно тождественна «розыску», ибо применение ее обусловлено потребностью государства непосредственно преследовать наиболее и явно угрожающих классовому порядку преступников, какими являются в древности разбойники или тати с поличным. И в розыском процессе позднего Средневековья, и в более ранних процессуальных формах, его породивших, содержится один и тот же классовый, политический смысл: взять непосредственно в руки государства борьбу с наиболее опасными для классового порядка преступлениями и развязать ведущим эту борьбу органам руки, освободив их от тормозящей остроты репрессии обвинительно-состязательной процедуры. При таком существе различия обвинительно-состязательного и розыскного процесса, и имея в виду фактическую сторону вопроса, изложенную выше, следует признать, что уже на самых ранних стадиях осуществления государством судебной деятельности рядом с обвинительным процессом всюду существуют начала розыскного процесса, играющие к тому же весьма значительную роль в осуществлении классовой юстиции.

Отсюда следует, во-первых, что наличие в казахском судебном праве XVIII и начала XIX в. отчетливо выраженных и имеющих широкое применение начал «розыска» не меняет общей характеристики казахского права как архаического по форме. С другой стороны, можно заметить, что самые архаические формы права не исключают наиболее острых средств классового принуждения, в частности, в области процесса. Казахское судебное право, как сейчас будет показано, несмотря на свою патриархальную форму, имело в своем арсенале не только «суд», но и «розыск» как средство обеспечения господства патриархально-феодальной знати. В казахском судопроизводстве рядом с судебным преследованием, возбуждаемым потерпевшим и основанным на самопомощи потерпевшего, уже в начале XVIII в. занимают прочное место принципы розыска. Они, правда, не получили здесь преобладания и господства. Обвинительный процесс всегда продолжал играть огромную и преобладающую роль в защите личности и собственности. И это понятно. Феодалные отношения в Казахстане всегда были очень

далеки от той высшей ступени развития феодализма, которая характеризуется в области государственной и правовой жизни утверждением абсолютизма, полицейского государства и абсолютным господством розыскного начала. В связи с сохранением патриархально-родового быта острота классовых противоречий долго не достигала в Казахстане той напряженности, которая является действительным основанием полного господства розыскного, инквизиционного начала в судопроизводстве. Однако наличие розыскного начала и важное его место в казахском праве, бесспорно, устанавливается источниками обычного права. Рассмотрение законов Тауке, которые по содержанию своему значительно древнее XVIII в., подтверждает наличие начал розыска.

В ряде постановлений Тауке, предусматривающих судебную ответственность, истец, обвинитель отсутствует по самим обстоятельствам дела. Кто привлекает к ответственности «женщину, умертвившую от стыда младенца, незаконно прижитого» [193]. Это могут сделать лишь органы государственной власти: аульный старшина или бий. Кто может быть истцом, обвинителем, потерпевшим по делу о кровосмешении, которое, в принципе, также карается смертью. Кто привлекает к ответственности богохульника, которого должны убивать камнями. Преследование во всех этих случаях возбуждается аульными властями не по иску, не по жалобе или обвинению потерпевшего, а по доносу сторонних лиц. Сообщение властям о подобного рода преступлениях рассматривается как обязанность всех знающих о том лиц, и подобные сообщения являются основанием для привлечения виновных к ответственности самими органами власти. Доносить нужно, очевидно, и о краже. Лишь в виде исключения «жена и дети, знавшие о воровстве мужа или отца и недонесшие на него, не подвергаются ответственности, ибо на старшего в семействе не дозволено доносить» [194].

Характерно, что начала розыска обнаруживаются здесь в порядке преследования тех преступлений, совершение которых влечет за собою смертную казнь. Это наиболее тяжкие преступления, которые, как богохульство, кровосмешение, убийство внебрачного ребенка и кража, затрагивают важнейшие стороны общественной жизни, патриархально-родового быта. Здесь-то и находит себе применение принцип розыска, инициативы органов власти в преследовании преступления.

В силу особенностей общественного и политического строя Казахстана классовая, политическая борьба не имела своим продуктом «политические преступления», и эта типичная для розыска сфера применения не играет здесь в его развитии какой-либо роли. Далее, родовая связанность патриархальных частно-собственнических отношений до

XIX в., а отчасти и в XIX в., лишила особой остроты и борьбу против нарушителей частной собственности. Поэтому хотя законы Тауке декларируют смертную казнь за кражу, но они же устанавливают за нее 27-кратное взыскание. В XVIII и первой половине XIX в. простая кража каралась еще менее сурово и рассматривалась как частное дело потерпевшего, преследовавшего вора в порядке обвинительного процесса. Элементы розыска обнаруживаются преимущественно в порядке преследования профессиональной кражи скота, а также при краже с поличным (см. ниже).

В черновиках «Описания киргизских обычаев, имеющих в орде силу закона», составленных д'Андре, указания на наличие в казахском процессе начал розыска встречаются неоднократно. Мы читаем здесь: «Если к бию явится ордынец с *доносом* на какой-либо проступок посторонних ему лиц, в таком случае бий приступает к надлежащему розыску и буде донос таковой предупредил преступление или же мог принести пользу общую доноситель ничего не получает, кроме...» (окончание неразборчиво; в другом варианте: «кроме одобрения, с стороны бия») [195]. Ложный донос влечет за собой до 4-го раза только увещание со стороны бия. Если в результате доноса не будут причинены кому-либо убытки, то «признанный таковой доноситель бием как клязник или человеком, лишенным умственных способностей отсылается в свое жилище» [196]. Констатируется, следовательно, обязанность бия производить розыск и при отсутствии иска, жалобы потерпевшего. Заодно отмечается поощрительное отношение к доносу, даже ложному, как к постоянному спутнику и существенному элементу розыскной системы. Далее указывается, что «доноситель может явиться с предъявлением своим не только к бию, но и вообще к лицу, пользующемуся в ауле более других уважением и сей последний обязан, как и бий, приступить немедленно к розыску» [197]. Наряду с судом производство расследования по делу, по которому нет жалобы потерпевшего, а есть только донос, возлагается на администрацию аула. Чисто обвинительный характер процесса в суде биев, на чем настаивают многочисленные исследователи, был, очевидно, результатом ограничения функций «народного суда» царским законодательством. Гродеков отмечает, что «бий, знающий о преступлении на которого не было подано жалобы, мог в *прежнее время* производить об этом розыскание⁵⁴, наравне с аксакалами и уважаемыми лицами...» [198]. Чокан Валиханов в своей характеристике суда биев в его древней форме хотя и подчеркивает «частный характер» суда

⁵⁴ Так в оригинале.

биев, однако и он вынужден признать, что дела в этом суде возбуждались не только по просьбе тяжущихся, но и «по сообщению административной власти» [199].

Но не только возбуждение судебными и административными органами преследования, независимо от жалобы потерпевших или заинтересованных лиц, характеризуют наличие здесь розыскного инквизиционного процесса. Розыскное начало можно проследить во всех стадиях этого процесса. Обвиняемый задерживается и доставляется в суд силами судебного и административного аппарата. Д'Андрэ описывает порядок доставления обвиняемого-ответчика в суд, в котором истец-потерпевший не играет никакой роли. Бий имеет право «вытребовать из аула то лицо через родственников или поверенное лицо» [200]. Под «поверенным» в данном случае д'Андрэ имеет в виду лицо, получившее специальное поручение бия доставить обвиняемого в суд. О таком порядке привлечения обвиняемого при содействии аульных властей говорят постановления «топа» 1865 г. Здесь обязанность доставить на «топ» (съезд) обвиняемого (как и обязанность разыскать его), возлагается на старшин его аула [201]. Чужака, совершившего преступление в ауле, должен отыскивать хозяин, давший ему приют [202], ибо хозяин вообще отвечает за кражу, совершенную его гостем у посторонних [203]. Доставка обвиняемого в суд, если ее не обеспечивают его сородичи или его аульные власти, производится специальным судебным посланцем — «джигитом», «есаулом» — либо производится лично судьей. Наличие при судьях («султаных, биях или почетных киргизах») есаулов, посылаемых к обвиняемому-ответчику с требованием удовлетворения или для привода его в суд, отмечено в рапорте губернского секретаря Биглова от 12 марта 1846 г. [204]. Есаул этот получает за труды свои «со всякого десятка какого бы то ни было скота по одному» [205]. В материалах казахского обычного права, опубликованных Самоквасовым, мы находим норму, свидетельствующую о чрезвычайно широких правах такого есаула при выполнении им своих обязанностей по доставке обвиняемого. Статья 37 гласит: «Если посланный того, за кем был послан, будет бить и сделает раны, или убьет, то за битье и знак взыскания нет, а за убийство платит полный кун» [206]. За битье и раны есаул отвечает лишь в том случае, если он бил доставляемого им в суд безвинно, т. е. при отсутствии сопротивления того, кто подлежал доставке в суд [207].

Меры для пресечения попыток уклониться от суда, при необходимости в них, также принимаются самим судьей. Обычной мерой является отдача обвиняемого на поруки одноаульцам. Но при отказе сородичей и аульных властей взять обвиняемого на поруки бий сам принимает

энергичные меры для пресечения уклонения от суда или взыскания. «В случае отказа аульных принять на свое поручительство ордынца, известного по дурному поведению, преступника или обвиненного сажают в яму с должным присмотром, или связав руки на спину, привязывают за ногу к приколу или кибитке», — сообщает д'Андрэ [208]. В материалах, собранных Загряжским, также указывается, что подсудимого, которого никто не берет на поруки, судья держит при себе [209].

Заслуживает внимания то обстоятельство, что отмеченные меры пресечения, принимаемые судом, имеют место по отношению к обвиняемым, от которых отказываются сородичи и аульные власти, которых никто не хочет взять на поруки, которые «известны по дурному поведению». Это те люди, деяния которых угрожают общественному строю, патриархально-родовому быту казахов. Они уже изгои общины. В далеком прошлом их подвергли бы в народном собрании высшей мере наказания — изгнанию из рода. Таков теперь упорный вор-рецидивист или богохульник, который оскорблял веру отцов, бросает в такой форме вызов всему патриархально-родовому укладу жизни, быта. Велики должны быть его преступления в глазах верхушки общины, чтобы сородичи отказали ему в покровительстве, в ругательстве за него перед аулом, ибо община вообще снисходительно отнесется к случайной краже, похвалит за отгон скота у соседнего аула и вовсе не фанатична в вопросах религии. Община отказывается взять сородича на поруки только тогда, когда она изгоняет его из своей среды, отказывается отвечать за его действия. Именно поэтому господствующие у казахов начала обвинительного процесса, тесно связанные с общинной коллективностью, опирающиеся в конце концов на коллективную, общинную помощь в преследовании и защите, оказываются здесь неприменимыми. Здесь подлинная сфера применения начал розыскного, инквизиционного процесса.

Розыскное начало в казахском процессе подчеркивается также активным участием суда в собирании доказательств по делу. В «Описании киргизских обычаев» д'Андрэ содержится указание, что необходимые по делу доказательства собирает сам судья. Бий производит сам обыск, либо поручает кому-либо производство такового: «...выемка в кибитке или джуламейке допускается при двух посторонних лицах другого аула по выбору самого бия, который, впрочем, может не присутствовать, а послать поверенное от себя лицо» [210]. Характерной чертой розыскного процесса является производимый самим судом «повальный обыск». О наличии такового в казахском судопроизводстве отчетливо свидетельствуют материалы д'Андрэ: «Повальный обыск производит сам бий. Бий в повальном обыске никакими особыми спросами или

действиями не ограничивается, раз что обвиняемый выставлен общим гласом самого народа» [211].

Таковы данные истории казахского обычного права, в свете которых нельзя сомневаться в том, что в судопроизводстве казахов принципы розыска играли важную роль и во времена Тауке, и позже до XIX в. включительно. Но, как уже отмечено, розыск получал преобладание там, где нужно было бороться с правонарушениями, угрожавшими серьезно классовому господству и патриархально-родовому правопорядку в целом. Основная же масса правонарушений преследовалась в обвинительном процессе. Поэтому большинство исследователей справедливо подчеркивает, что основной процесс у казахов носил обвинительный характер. «Всякое преследование, совершенное ордынцем (не исключая преступлений против веры), — сообщает д'Андрэ, — может оставаться без наказания, если обиженное или пострадавшее от того преступления лицо не изъявит на то претензии и не будет требовать удовлетворения. А посему бий не входит в разбирательство и не преследует виновного дотоле, пока сами не явятся претендаты с жалобой или требованием удовлетворения» [212].

Господство обвинительного процесса в казахском обычном праве в XVIII и XIX вв. не может быть удовлетворительно объяснено только слабостью центральной государственной власти, не создавшей достаточно сильного, разветвленного судебного аппарата, способного обеспечить борьбу с правонарушениями мерами розыска. Сохранение преобладающего значения обвинительного процесса оказалось возможным только потому, что сохранялся патриархально-родовой быт, а отсюда коллективная помощь и коллективная ответственность также и при осуществлении правосудия. Вне этого условия инициатива и самопомощь истца-потерпевшего в привлечении ответчика-обвиняемого к судебной ответственности, при отсутствии энергичной помощи истцу со стороны государственного аппарата, не дали бы никаких результатов. Это хорошо выражено в казахских пословицах. «Если кочерга длинная — не обожжешь руки, если много родных — люди не обидят». «Одинокому помощник бог» — гласит народная мудрость и, не очень доверяя этого рода помощи, добавляет: «Одинокий человек хотя и прав, но суда не найдет» [213]. Ищет ли человек убийцу, гонит ли по следу, чтобы обнаружить вора, производит ли обыск, берется ли за барымту, хватает ли преступника, чтобы доставить его в суд, представляет ли суду доказательства виновности противника в виде свидетелей или соприсяжников, — во всех этих случаях он постоянно опирается на помощь своих сородичей и на коллективную ответственность сородичей преступника. Одиноаульцы принесут немедленно все вести из степи, которые помогут

ему выяснить личность преступника, они пойдут с ним по следу, чтобы обнаружить вора. В любом ауле, к которому приведет его след похитителя, аксакалы примут участие в гонении следа, чтобы отвести след или констатировать повод для коллективной ответственности, пока не выдан будет вор. Барымтовать он будет при помощи своих одноаульцев и отгонит скот одноаульцев вора, чтобы те заставили вора согласиться на судебное разбирательство или дать удовлетворение. Сородичи будут соприсяжниками. Они же в определенных случаях помогут задержать преступника. И все это они сделают потому, что обычай *обязывает* их принять участие во всех видах помощи потерпевшему. Вне условий патриархально-родового быта всякая попытка прибегнуть к самопомощи, не поддержанная эвентуальным вмешательством государства, привела бы только к стычке, драке, индивидуальной борьбе, ответчик подчиняется требованию⁵⁵ истца, идет по его зову в суд главным образом потому, что это требование считается обоснованным и той общиной, к которой он сам принадлежит. Он уклонится от суда, если рассчитывает на поддержку в этом со стороны своих сородичей, и тогда спор переносится целиком в плоскость взаимоотношений между коллективами сородичей. Тесная связь обвинительного процесса с коллективностью общинного быта не есть специфическая черта только казахского обычного права. Здесь она лишь ярче выражена. Древнейший обвинительный процесс русского права также основан на участии в нем общины сородичей в качестве истца, ответчика, пособников. Отсюда, в частности, и особенности процессуального положения в «Русской Правде» иностранцев, варяга и колябга, которым обязанность вывести «видоков» заменяется «ротой» — присягой или для которых резко уменьшается число послухов. Даже в московском государстве типичный для обвинительного процесса договор сторон о явке в суд непременно скрепляется поручительством соседей и сродников, обеспечивавших не только явку в суд, но и ответственность по иску в случае неявки.

Самопомощь потерпевшего — этот решающий момент всякого обвинительного процесса — в обычном праве казахов играет огромную роль. В связи с этим процесс защиты права не укладывается в судопроизводство. Судебный процесс — это лишь центральная, но не всегда даже решающая часть обвинительного процесса. Суд во многих случаях способен сыграть свою роль, лишь опираясь на эту самопомощь. Он произнесет свой приговор, большею частью альтернативный, связанный с результатами присяги, лишь в том случае, если потерпевший найдет обидчика, обеспечит появление его перед судом, соберет и представит

⁵⁵ Слова «ответчик подчиняется требованию» — рукописная вставка Фукса.

суду доказательства его виновности. Без самопомощи истца не обходится часто и осуществление приговора. Решающая и постоянная роль барымты в борьбе за свое право [214] лучше всего характеризует колоссальное значение самопомощи для процесса по обычному праву казахов.

Потерпевший сам ищет преступника и производит следствие, которое должно дать доказательства виновности привлекаемого им к ответственности лица. В рапорте поручика Аитова о казахских обычаях (февраль 1846 г.) сообщается, что обокраденный «отыскивает виновного в краже и требует от него возвращения собственности». Не получая удовлетворения, «отправляется вместе с ним к бию для разбирательства и решения» [215]. Рапорт попечителя Белозерова (июнь 1846 г.) дополняет это сообщение: «Если истец сам не может открыть вора, то нанимает для поиска за дорогую плату других людей...» [216]. Конечно, к этому способу потерпевший прибегает лишь в том случае, если сородичи не в состоянии ему помочь. В «Описании киргизских обычаев» д'Андрэ читаем о способах вознаграждения таких следователей-добровольцев: «При открытии следов какого бы то ни было рода кражи платят суюн-чу⁵⁶ тому, кто открыл таковые следы. Суюнчу платит у кого потеряно». «Уличенный в краже... должен уплатить вполне все краденное... и издержки все, кои стоили хозяину при открытии в том числе и “суюнчу”» [217].

Материалы обычного права конца XIX в., изложенные Гродековым, дают некоторые дополнительные штрихи к картине организации следствия на основах самопомощи. Размер «суюнчи» зависит от ценности услуги и доходит до половины стоимости украденного, если вместе с предметом покражи приведен и сам вор, так как в этом случае «суюнчи» может быть взыскана с вора. Небольшие суммы платятся за простую информацию о предмете хищения. Суюнчи дается иногда авансом за обещание найти украденное или уличить вора, но в этом случае при неисполнении обещания, «суюнчи» возвращается в полуторном размере. Характерно, что родственники не имеют права на получение «суюнчи», чем подчеркивается, что для них участие в следствии на основах самопомощи является прямой обязанностью. Лицо, получившее «суюнчи» за обнаружение и сообщение о преступлении, должно подтвердить свои показания перед судом биев, представив при этом суду со своей стороны лиц, подтвердивших его показания присягой [218].

⁵⁶ Суюнчу — правильно «сүйінші», каз. «подарок за хорошую, радостную вещь». Здесь и далее сохраняются имеющиеся в оригинале различия в написании слова: «суюн-чу», «суюнчи», «суюн-чи».

Такой следователь-доказчик, если он является однородцем ответчика, обычно скрывает свое участие в деле и указывает только на своего родственника, который принесет присягу в пользу истца [219].

Отыскивая преступника и собирая необходимые для обвинения доказательства, потерпевший сам производит обыск. Для этого он является к подозреваемому в краже в сопровождении двух или более посторонних лиц. Заподозренный должен позволить себя обыскать, ибо, в противном случае, он считается виновным [220]. При поимке вора хозяин краденого «держит вора в своей кибитке вплоть до предъявления им иска в суд. Он держит его связанным, или вообще в таком виде, чтобы тот не мог убежать... путает его по ногам, а так же бьет, но немного...». Вора, пойманного при ночной краже, тут же связав его и спутав, допрашивают в кибитке сородичи потерпевшего, причем допрос сопровождается побоями, которыми «следователи» пытаются заставить его признаться и в других совершенных им, быть может, преступлениях. Только закончив такое «следствие», они передают его властям. Побой с целью вынудить признание практиковались и по отношению к запирающемуся вору, пойманному с поличным [221].

Избиение вора как способ проведения следствия потерпевшим и как способ предварительной досудебной с ним расправы относится, возможно, к новой практике второй половины XIX в. Для обычного права казахов долго сохранявшего традиции раннего классового общества, нарушение телесной неприкосновенности личности не является характерным, телесные наказания здесь скорее редкое исключение, нежели правило. Они являются результатом влияния на казахскую правовую практику шариата, хотя, разумеется, привились они на почве развития феодальных отношений. Более соответствует традиционным обычно-правовым воззрениям приводимый Гродековым комментарий бия Кунакбая, который считал, что телесное наказание вора допустимо лишь тогда, когда вор пойман с поличным или был вооружен. В этом случае перед нами известный пережиток допускаемой в древнейшем праве многих народов расправы с воров, застигнутым на месте преступления и способным оказать вооруженное сопротивление (Русская Правда позволяет убить ночного вора или пойманного у клетки, у говяда или у коровей татьбы огнищанина). Можно отнести за счет новых влияний ту практику побоев, которая в сообщении Гродекова характеризует каждый шаг следствия, производимого потерпевшим в порядке самопомощи. Но активность его в розыске и задержании преступника, в собирании доказательств виновности последнего, в доставлении его в суд — все это те черты самопомощи в процессе, которые по природе своей не могут быть продуктом нового времени и, следовательно,

будучи констатированы в конце XIX в., характеризуют историческое прошлое казахского судебного процесса.

Вплоть до начала XX в. сохраняются в обычном праве казахов такие древнейшие методы следствия, основанного на самопомощи, как «свод» и «гонение следа». В отличие от «свода» Русской Правды, который ограничивает виндикацию у добросовестного приобретателя (и для того знает правило: «не рци ему мое: но рци ему тако: пойди на свод, где еси взял»), «свод» по казахскому праву имеет своей целью не возвращение собственнику украденной вещи, а обнаружение вора для преследования его. Это, очевидно, более древняя форма «свода», нежели в «Русской Правде», так как «Русская Правда» вообще представляет собою памятник более развитого права. Большая древность казахского «свода» в данном случае видна, в частности, из того, что постановление Русской Правды учитывает потребность обеспечения рыночного оборота, в то время как по обычному праву казахов опознанный предмет собственности отбирается у держателя его собственником «без всяких исследований». Это видно из ст. 189 сборника комитета 1824 г. [222]. «Кто опознает у кого лошадь или другое, что нибудь, а тот скажет, что оно купил у неизвестных людей, то опознанное от него *отбирается без всяких исследований*, более же штрафу не полагается. А если действительно окажется, что лошадь им украдена, то сверх оной, взыскивается еще в штраф девять лошадей». Запись комитета 1824 г. дополняется описанием того же института, приведенным у Гродекова: «Украденное имущество, по нахождении его отбирается в пользу владельца, хотя бы оно перешло уже в чужие руки посредством продажи или дара. Тот, у кого оно отыскивалось, должен в известный срок представить лицо, от которого получил его. Иногда бий *заставляет лицо, у которого оказалось имущество, ехать с истцом в ту местность, где он надеется найти и указать местным властям продавца означенного имущества...* Не выполнив требования о поездке туда, где, по его словам, находится вор, ответчик, утверждающий, что купил краденное имущество у неизвестного ему человека, сам считается вором» [223]. Таким образом, ясно, что поскольку собственник может отобрать свою вещь «без всяких исследований», ему для целей виндикации «свод» не нужен. Он пойдет на «свод» потому, что, заподозрив в держателе его вещи вора, он попытается доказать это, чтобы получить еще девятикратный штраф, ибо, как указывает Гродеков, вором считается всякий, кто не может объяснить, откуда он получил украденное [224]. Бий, как подчеркнуто выше, заставит держателя пойти на «свод», руководствуясь со своей стороны стремлением изобличить вора, а также надеждой на получение доли штрафа, подлежащего взысканию с вора [225].

«Свод», таким образом, является здесь следствием, осуществляемым истцом самостоятельно или при некотором содействии бия.

Институт «гонения следа» также сохранился в своем древнейшем значении следствия, произносимого самим потерпевшим. Постановление съезда биев, «топа» 1865 г. говорит о потерпевшем, которого след украденной скотины довел до аула-ответчика, и определяет порядок доказывания присягой, в зависимости от того, шел ли он по следу зимой или летом [226]. Несколько подробнее о «гонении следа» говорят материалы, собранные Гродековым. Здесь воспроизводятся (хотя и без указания источника), постановление «топа», т. е. съезда биев, 1865 г. и сообщается об обязанности аула или хозяина кибитки, к которым привел след, говоря словами Русской Правды, «отсочить от себя след», т. е. показать, где следы вновь уходят от кибитки или из аула. Если это не будет сделано, то «аксакалы и народ призываются в свидетели существования свежих следов, оканчивающихся у этого аула или кибитки, после чего хозяева их отвечают перед аулом» [227]. Истец, таким образом, обеспечил себе необходимые доказательства.

Решающей ролью самопомощи отмечены и способы обеспечения в обвинительном процессе явки обвиняемого, ответчика в суд. Принудительное привлечение ответчика, обвиняемого вовсе не относится к обязанности суда. Доставить в суд своего процессуального противника должен сам истец. Мы не найдем здесь, однако, известного обвинительному процессу древнего русского права и раннего европейского Средневековья предварительного нормального договора, обязывающего стороны к явке в суд, или строго формального вызова (*mannitio*), создающего для ответчика обязанность явки. Здесь имеет место простое неформальное соглашение.

Ответчик, обвиняемый, как правило, стремится уклониться от суда. Судебное разбирательство нужно истцу, ответчик, рискуя быть осужденным, в лучшем случае ничего не выиграет от этого разбирательства. Почему же соглашение о судебном рассмотрении спора может стать на известных этапах развития процесса нормальным, обычным способом обеспечения явки ответчика? Между патриархально-родовыми коллективами такое соглашение может иметь место и без всякого внешнего принуждения в результате стремления прекратить опасное для обеих сторон состояние вражды. Соглашение о передаче дела на рассмотрение суда есть результат примирительной процедуры, в результате которой возникает своеобразный договор о подсудности. Подобную процедуру у осетин, очень четко обусловленную, описал М. Ковалевский. Стороны с сородичами усаживаются на некотором расстоянии одна от другой (во избежание возможного столкновения) и выбирают

посредников из числа посторонних лиц, которые помогают договориться о передаче дела в суд. После такой договоренности выбирают судебных посредников [228]. У казахов в международных спорах или спорах между разнородцами, в которые втянут был родовой коллектив, стадия предварительного соглашения о передаче дела в суд не выделялась как обособленное процессуальное действие. В тех больших собраниях по случаю поминок или народных празднеств, которые спорящие используют для прекращения взаимной вражды, достигается соглашение о мирном, т. е. судебном разрешении спора, и самый спор тут же решается присутствующими биями. Бий Торгай, объясняя, почему стороны ждут поминок для разрешения своего спора, указывал: «На поминках есть и бии и старцы» [229]. Сабатаев сообщает, что на поминках и играх споры решаются «родовыми аксакалами и влиятельными киргизами при участии влиятельных родственников заинтересованных сторон» [230]. Биев-судей недостаточно, чтобы ликвидировать спор и вражду. Для предварительной подготовки судебного рассмотрения нужно участие сородичей и посредничество пользующихся общим доверием и уважением аксакалов.

Успех этого посредничества, впрочем, чаще всего обеспечивается предварительной продолжительной взаимной барымтой, которая, истощая силы враждующих и разоряя их, делает их более восприимчивыми к проповеди мирного разрешения конфликтов и к передаче дела на рассмотрение биев. Самопомощь в ее крайней форме барымты является, следовательно, основным средством понудить ответчика предстать перед судом биев. Соглашение об этом не выливается, однако, в какую-либо обособленную формальную процедуру, как это имеет место у осетин.

В изложении основ казахского судоустройства было уже подчеркнуто значение для казахского судебного права принципа, выраженного Тевкелевым в словах: «А неволею никто никого, ниже хан в суд привести не может» [231]. Принцип этот, как показано там же, означал не отсутствие всякой принудительности судебного разбирательства (что исключало бы вообще возможность говорить о суде у казахов как органе поддержания классового порядка), а отсутствие государственного аппарата принуждения у судей как таковых, вследствие чего судья опирается в отправлении правосудия на механизм принуждения, которым располагает в отношении отдельных сородичей патриархально-родовая община. Для характеристики процесса у казахов принцип «неволею никто никого... в суд привести не может» имеет также то значение, что он объясняет нам особенности существующего здесь порядка установления отношений сторон до суда. Мы не находим здесь предварительно формального соглашения, договора между сторонами об обращении

к суду, даже и в том случае, когда сторонами в споре являются отдельные лица, а не патриархально-родовые коллективы. Договор сторон об обращении к суду, имеющий характер формального соглашения, — это типичный институт феодального права. Мы находим его в Русском Праве и во франкском государстве. Владимирский-Буданов воспроизводит даже форму заключения такого договора в древнейший период. Сделка сопровождалась рукобитием или бросанием вверх шапок [232]. Договорный характер вызова в суд, хотя и при гораздо более энергичном вмешательстве государства, сохраняется и в московском периоде, причем формальный характер договора усиливается. Формальный вызов противника в суд в присутствии свидетелей (*mannitio*) или формальный договор о явке в суд знают источники права франкского государства [233]. Но заключение такого договора всюду обеспечивалось государственным принуждением и имело смысл лишь потому, что нарушение его преследовалось органами государственной власти. По Новгородской судной грамоте сторона, не явившаяся в условленный с противником срок, тут же проигрывала дело (ст. 31). По Салической Правде не явившегося по *mannitio* штрафовали (1. § 1). У франков договор о явке в суд обеспечивался к тому же залогом и поручительством. Уклонение от заключения договора влекло за собой пеню, и при этом привлечение к ответственности обеспечивалось самим судом [234]. При таких обстоятельствах заключение договора о явке в суд создавало гарантии явки ответчика, а соблюдение установленной строгой формы его заключения должно было обеспечить возможность доказать наличие такого договора и требовать непосредственного вмешательства судебной, государственной власти.

Иначе обстоит дело в праве казахов. Характер, механизм государственной власти исключает здесь возможность вызвать пренебрегающего явкой в суд «перед лицом короля», конфисковать его имущество и поставить его вне закона [235]. Бий, если характер дела исключает применение начал розыска, не подвергнет уклоняющегося от ответственности приводу, не пошлет за ним есаула или джигита. Вмешательство хана в большинстве случаев также маловероятно. Единственная сила, способная вообще заставить ответчика предстать перед судом, — это его сородичи, господствующая верхушка его аула. Желая избежать вражды с соседями либо поддерживая порядок внутри аула, они найдут нужным согласиться на судебное разбирательство, и ответчик предстанет перед судом. Если он не подчинится, никто не защитит его от истца, наступающего со своими сородичами. Заключать с таким ответчиком договор о явке в суд, презюмирующий вмешательство государства, в случае его нарушения и облеченный в определенную форму, обеспечивающую доказательства его заключения, является здесь излишним.

Однако для обеспечения явки в суд ответчика в связи с разложением родовых связей в казахском процессе появляется фигура судебного поручителя. Поскольку круговая порука и ответственность сородичей теперь не во всех случаях предполагается, преступника или должника отдают на поруки одному из одноаульцев. Д'Андрэ сообщает: «Для... отнятия средств к побегу преступника бий отдает на верные поруки»; «обязанность ордынца, поручившегося за кого-нибудь в уплате иска, состоит наравне с тем лицом, с кого требуется самый иск»; «смерть обвиненного не избавляет поручителя от должного иска. Но телесное наказание не распространяется на поручителя...» [236]. Поручительство за явку к суду соединяется здесь с ответственностью за долг и вину. о таком поручителе, называемом «танькефиль»⁵⁷, сообщают также Загряжский и Гродеков [237]. Поручитель обязуется представить налицо заподозренных, находящихся под следствием и судом, преступников, приговоренных к взысканию, и отвечает⁵⁸ в случае неисполнения кем-либо договора. Поручитель бывает обычно сородичем обвиняемого или ответчика. Он, следовательно, добровольно берет на себя ту ответственность, которая раньше лежала на всех сородичах. Ответственность поручителя определяется юридической поговоркой: «За мужа поручитель умирает, за имущество поручитель платит». Здесь отмечена и личная, и имущественная ответственность. Как видно из изложенного, «танькефиль» не чисто судебный поручитель. Но он выполняет также и функции судебного поручителя. Соединение в его лице судебного и внесудебного поручительства свидетельствует, очевидно, о происхождении института поручительства вообще и поручительства перед судом. В XIX в., впрочем, внесудебное поручительство уже выделилось в самостоятельный институт. Рядом с «танькефилом» стоит «заркефиль» или «малкефиль»⁵⁹, отвечающий исключительно за неисполнение кем-либо договоров и обязательств.

Принадлежащее сторонам в некоторых случаях право выбирать себе судью-бия породило обряд бросания «камши» (плети) перед судом. «Обыкновенно истец и ответчик, если сами приходили к соглашению о необходимости суда или были понуждаемы к тому родственниками, избирали то или иное лицо судьей, являлись к нему и бросали перед ним камшу... и это признавалось обязательством подчиниться

⁵⁷ Возможно, «таньс кепіл», т. е. человек, знакомый с ответчиком и гарантирующий его надлежащее поведение (гарант).

⁵⁸ Слова «отвечает» — вставка рукой Фукса.

⁵⁹ «Малкепіл» — очевидно, речь идет о человеке, выступающем вещным (материальным) поручителем, т. е. отвечающем за исполнение обязательства (договора) своим скотом (гарант).

решению» [238]. Объяснение этого института, даваемое здесь Добро-
смысловым, представляется сомнительным. Конечно, обычное право
обществ, сохранивших патриархально-родовой быт, знает обязательства
подчиниться решению, принимаемые и *до вынесения решения*. Такое
предварительное обязательство известно было, например, обычному
праву осетин. Но характерно, что при этом принимались чрезвычай-
ные меры для упрочения этого обязательства: каждая сторона представ-
ляет по три поручителя его выполнения, «потом суд вбивает в землю
шест — символический знак, что стороны строго должны держаться до-
говора, и притом произносит проклятие над тем, кто уклоняется» [239].
И, однако, даже эти гарантии оказывались, очевидно, недостаточными,
почему существовал и другой способ обеспечения решения, а именно:
у сторон *до решения* отбирали оружие и не возвращали им его до тех
пор, пока они *после решения* не давали клятву его выполнить [240].
Так как вернуться домой без оружия было позором, которому ни один
осетин не решился бы себя подвергнуть, то принесение присяги этим
приемом вынуждалось, так сказать, автоматически. Но отсюда видно,
что ничем не обеспеченные формальные обязательства подчиниться
решению, данные до его вынесения, не могли иметь серьезного зна-
чения, а следовательно, широкого распространения в патриархальном
обществе.

Бросание камшы перед судом есть только символический акт согла-
сия сторон на выбор данного судьи, формальный акт избрания его. На-
личие у казахов такого специфического института, как свободный вы-
бор сторонами судьи, вполне объясняет существование этой процедуры
в ее указанном самостоятельном значении. Взгляд, что совместное об-
ращение к судье, совместный выбор судьи уже обязывает выполнить
его решение, вовсе не безусловно признается обычно-правовыми воз-
зрениями казахов. Это видно из распространенной у казахов практики
«пересудов», вторичного решения дела, уже решенного другим бием,
на что сторона, в пользу которой состоялось решение, должна была со-
гласиться только потому, очевидно, что совместный выбор сторонами
первого бия еще не означал обязательного согласия с его решением.

Спор не может быть возобновлен только в том случае, если совер-
шен «аладжип»⁶⁰. Д'Андре так описывает этот заключительный акт
процесса: «истец и ответчик держатся за веревку по концам ее. Изби-
рается по усмотрению обоих почетный ордынец (но не обсуждающее

⁶⁰ Аладжип — правильно «ала жіп» (букв.), каз. «пестрая веревка». В судебном
процессе по казахскому обычному праву разрезание истцом и ответчиком пестрой
веревки символизировало завершение спора и судебного разбирательства.

лицо) с тем, чтобы разрезал ножом ту веревку пополам. Разрезающий веревку упоминает, чтобы разрезан был на части как эта веревка тот, кто возобновит спор, оконченный аладжипом, после чего ответчик должен подарить халат или что-либо другое разрезавшему веревку ордынцу, который оставляет также при себе ножик, должный принадлежать претендателю» [241]. В описании «аладжипа» у Гродекова отмечается еще, что вместо веревки (пестрой) можно было рассекать прутик, а по делам о взыскании куна (платы за кровь) вместо рассечения прутика было в обычае рассечение хвоста теленка, которого истец и ответчик держали за голову и хвост. Но в отличие от описания д'Андрэ, где подчеркивается, что резать веревку отнюдь не должен судивший бий, у Гродекова указано, что рассекает веревку или хвост теленка именно бий, решавший дело, и он же получает вознаграждение (во втором случае теленка) и должен свидетельствовать в случае надобности о том, что аладжип был произведен [242]. В изложении Загряжского аладжип производит также сам бий [243]. Разноречие это вряд ли следует отнести за счет неточности изложения у д'Андрэ, который специально подчеркивает: «но не обсуживающее лицо». Разноречие удовлетворительно объясняется тем, что со второй половины XIX в. бии-чиновники царской администрации легко приносили древнейшие традиции в жертву собственному корыстолюбию и могли присвоить себе и эту, ранее им не принадлежавшую судебную функцию, поскольку она связана была с получением дополнительного вознаграждения.

Что касается правового значения аладжипа, то понимание его тесно связано с определением момента его совершения. По сообщению Д'Андрэ, аладжип производится не только после вынесения решения, но и после его выполнения: «*По получении* сполна тугуза (композиция. — С. Ф.)... производят аладжип, вследствие чего ни та не другая сторона не имеет более права заводить снова тяжбу или возобновлять дело, которое после сего обыкновенно предается забвению» [244]. Также и Загряжский характеризует аладжип как примирение сторон *после уплаты штрафа* [245]. В изложении Гродекова момент совершения аладжипа определяется весьма нечетко, его совершают стороны, «оставшись довольны решением». Но, судя по тому, что Гродеков далее указывает, на замену в его время аладжипа распиской сторон о согласии на все, к чему присудит бий, следует думать, что, по мнению Гродекова, аладжип предшествовал исполнению решения и должен был его гарантировать [246].

Взгляду Гродекова следует предпочесть ясно сформулированные сообщения д'Андрэ и Загряжского. Прежде всего потому, что Гродеков описывал институт, как он сам отмечает, в его время уже не существовавший. Кроме того, совершение аладжипа до исполнения решения

маловероятно с точки зрения общих начал казахского судоустройства и процесса. Если бы аладжип совершался до исполнения решения, то в нем пришлось бы видеть договор сторон, формально гарантирующий исполнение решения. Договоры такого типа в древнем праве общеизвестны. «Ряд земского права» чехов предусматривает, что выигравший иск должен взять у суда чиновника для напоминания ответчику, чтобы он договорился с истцом о расчете по решению в шестинедельный срок [247]. Месячный срок для соглашения о выполнении решения дает сторонам Новгородская судная грамота⁶¹ (ст. 34). В древнегерманском праве ответчик должен был в порядке исполнения решения заключить с истцом договор о композиции, гарантирующий ее уплату. В судах франкского государства проигравший дело обязан был дать противнику торжественное обещание выполнить решение суда, которое тот с соблюдением определенной формы принимал, заключая, таким образом, договор об исполнении решения [248]. Но в древнем праве чехов отказ от заключения такого договора влек за собой конфискацию имущества осужденного и объявление его вне закона. Новгород давал на уклоняющегося от заключения такого договора «приставы с веча» и также угрожал поставить его вне закона: «казнить всим Великим Новгородом⁶²». Лишение мира «покровительства короля», конфискация имущества предусматривались в аналогичном случае в королевстве франков. В случае нарушения договора не менее суровые меры применялись опять-таки судебно-административными органами. Это не было и не могло быть в государстве казахов при господстве патриархально-родового быта.

С исполнением решения здесь дело обстоит так же, как и с явкой в суд. Различные варианты зависят от того, кем был судья, вынесший решение. В одном случае, если судит бий, коему ответчик подвластен или который настолько влиятелен в степи, что послушаться его невозможно, ответчик выполнит решение, подчиняясь воли властного, сильного бия. В другом случае, если бий свободно избран сторонами, как третейский судья, ответчик выполнит решение, потребует пересуда или просто откажется от исполнения, ориентируясь на общественное мнение своих одноаульцев. Загряжский отметил, что аладжип совершается

⁶¹ Новгородская судная грамота — памятник права Новгородской республики XV в. (см. текст грамоты и комментарии к нему: Российское законодательство X–XX веков: В 9 т. Т. I. Законодательство Древней Руси. М.: Юрид. лит., 1984. С. 300–320).

⁶² Великий Новгород — Новгородская республика, феодальное гос-во на северо-западе и севере Руси в 1136–1478 гг. Органы управления — совет бояр, вече, избравшее епископа (затем архиепископа), посадника, тысяцкого. Князья приглашались по договору с вечем и были главным образом военачальниками. Произошло ок. 80 выступлений горожан. В XIII–XV вв. успешно отразила агрессию шведских феодалов и Ливонского ордена. Присоединена к Руси Иваном III.

только в тех случаях, когда спор разрешается бием, свободно избранным, которого он называет «примирителем» в отличие от бия, подсудность коему для сторон является обязательной [249]. Но и совершаемый при бие-«примирителе» аладжип не является вовсе формальным договором сторон об исполнении решения, подобным указанным договорам чехов, Новгородского права и права франкского королевства.

В раннефеодальном обвинительном процессе, как правило, исполнение решения не может иметь места в самом судебном заседании. Окончательное решение здесь не выносится самим судом. Постановление суда носит условный, альтернативный характер, ибо оно *предшествует* доказыванию сторонами своей правоты путем ордалия, присяги, от исхода которых зависит окончательное решение вопроса. Так как присяга принимается вне суда, то ее результаты должны быть формально закреплены как основание обязанностей ответчика-осужденного. Формой закрепления является договор сторон о выполнении решения. В нем уточняются обязательства стороны, против которой вынесено решение, так как платеж производится большею частью не деньгами, а подлежащими согласованной оценке вещами, скотом и т. д. Договорная форма дает возможность согласовать, уточнить, чем будет покрыто обязательство, но заключение такого договора, равно как и исполнение его, при наличии более или менее развитого судебно-административного аппарата обеспечивается, как указано уже, принудительно. Практический смысл такого договора заключается в том, чтобы окончательный результат всего судебного и послесудебного процесса защиты права приобрел определенность, бесспорность и публичную достоверность, которая даст возможность заинтересованной стороне при неисполнении решения потребовать от органов власти принудительного исполнения: конфискации имущества должника, лишения его покровительства закона и т. п. Ибо судебно-административная власть там, где она обособилась в аппарат, стоящий над обществом, свое вмешательство в отношении спорящих всегда обуславливает наличием к тому формально-правовых, публично-достоверных оснований.

Иначе дело обстоит там, где действует патриархально-родовая власть, органы которой не вполне обособились еще в аппарат, состоящий из чиновников, в «особую силу», все более и более отчуждающую себя от общества. Бий, старшина, аксакалы, все почтенные и влиятельные лица, вся классово-господствующая верхушка рода, отделения, аула совершенно не нуждается для своего вмешательства в отношения и деятельность родичей в каких-либо формальных к тому основаниях. Принуждение, подчинение воли и всей деятельности, каждого шага сородича воле и интересам господствующей верхушки обеспечивается

систематическим воздействием на сородича «общественного мнения», выражающего волю господствующего класса. Аул знает, направляет и контролирует каждый шаг сородича, каждый его поступок. Если он судится у выбранного (большую часть по совету общины) посредника, аул оценит приговор и необходимость его исполнения. Мнение аула беспелляционно для аульца решит, можно ли искать пересуда или нужно выполнить приговор. Здесь не забудут приговор и не нуждаются в формальных доказательствах его существования в виде торжественного договора сторон. Одноаульцы присутствуют сами и при судебном разбирательстве, и при принесении присяги и прекрасно знают окончательный результат процесса. Казах подчинится этому общественному мнению, не дожидаясь применения насильственных мер, потому что не послушаться сородичей — значит «лишиться общества», а «одинокому помощник бог», на которого в житейских невзгодах положиться трудно, да и он, видимо, осудит упряма, не слушающегося биев и аксакалов, идущего против «общества».

Если, следовательно, в аладжипе, вопреки мнению Гродекова нельзя видеть договор о принятии к обязательному исполнению решения бия, то в чем же смысл аладжипа, совершаемого, как указывают д'Андрэ и Загряжский, уже после исполнения решения, т. е. тогда, когда спор окончательно, казалось бы, исчерпан. В поисках объяснения смысла аладжипа мы наталкиваемся на близкий к нему институт древнего германского права, которым заканчивалось состояние легальной вражды (например, при кровной мести), вражды известной под названием «*faida*». Получив композицию за нанесенную «обиду», «преступление, род истца в лице его представителей давал “клятву мира”, торжественно объявляя состояние вражды прекращенным» [250]. Позже, во франкском королевстве обе стороны, в том случае, когда процесс заканчивал, прекращал «*faida*», давали обет отказаться от взаимных претензий и не возбуждать более спора [251]. У осетин кровавая вражда заканчивалась не только уплатой композиции, но и особым актом примирения, называемым «бержданы», сопровождаемым общей трапезой [252]. Древнее право не знает конкретного спора, изолированного от всей суммы взаимоотношений сторон. Наличие спора создает отношения вражды, в которой неизменно переплетаются, неразрывно связаны, нагромождаются одна на другую действительные и мнимые взаимные претензии. Суды и законодательство позднейшей эпохи очень долго вынуждены бороться со стремлением сторон включить каждый разбираемый судом спор всю сумму взаимоотношений сторон. Новгородская судная грамота разрешает ответчику «поискать ему одного ж дела» и призывает его «иных поводов на него (истца) не класти в ином деле» (ст. 13).

Состояние вражды, со всеми его тяжелыми последствиями для общества не прекращается поэтому разрешением судом того конкретного спора, который был поводом обращения к суду. В ходе судебного разбирательства страсти и фантазия сторон разгораются и создают новые поводы вражды. Принцип *res judicata*⁶³ не может здесь иметь поэтому никакого применения. Судебное разбирательство после решения основного спора станет источником новых споров, если судья не примирит стороны, пользуясь тем, что им разрешен основной спор, и не заставит торжественно признать прекращение возникшей в связи с конкретным делом вражды. Только это может положить конец вражде и сутяжничеству. В примирении сторон, прекращении вражды между ними и заключается смысл аладжипа, совершаемого после исполнения решения. В описании д'Андрэ цель аладжипа хорошо отражена в словах, что дело «после сего обыкновенно предается *завению*». В материалах Баллюзека и Сейдалина упоминается о *заключительном акте* решения всякого дела по кражам и другим уголовным преступлениям, называемом здесь «даучега жипкесер»⁶⁴ и заключающемся в том, что перерезывается пестрая веревка, которую раньше надевали вору на ноги [253]. Последняя деталь наводит на мысль, что разрезание пестрой веревки символизирует освобождение связанного противника, сопровождающее примирение сторон. Особенно убедительно в пользу взгляда, что аладжип есть акт примирения сторон и прекращение вражды, говорит описание этого обряда у Маковецкого, где он называется «ала аркан кестэ»⁶⁵. Он заключается в том, что «убийца и брат убитого держат концы пестрой веревки, к ним подходит почетный киргиз и разрезывает веревку, за что получает халат. С момента перерезания веревки *вражда считается* прекращенной» [254].

4. О доказательствах⁶⁶

К началу XX в. процессуальные институты казахского обычного права совершенно выродились в результате воздействия царской администрации на суд биев, и весь процесс в этих судах производил на наблюдателя впечатление полной процессуальной бессмыслицы.

⁶³ *Res judicata* (лат.) — приговор, вынесенный в суде, решенное дело. Не подлежал обжалованию и обладал авторитетом вынесенного судебного решения.

⁶⁴ «Даучега жипкесер» правильно «жаушыға жипкесер»: человек, уполномоченный судом разрезать «пеструю веревку».

⁶⁵ Возможно, правильно «ала аркан кесті» или «ала аркан кесу», т. е. разрезание пестрого аркана (веревки).

⁶⁶ В диссертации начинается на с. 773.

Отчет гр. Палена⁶⁷ по ревизии Туркестанского края описывает казахское судопроизводство следующим образом: «..все судебное производство сводится к спору истца и ответчика, которые, в большинстве случаев, вместе с выставляемыми ими присягателями, сами являются и решителями спора, соглашаясь или отказываясь принять присягу. “Народный” судья — не совершает той логической работы в оценке доказательств, без которой, по понятиям европейца, немислимо правильное отправление правосудия. В народном суде, строго говоря, нет места ни свободному внутреннему убеждению судьи, ни теории формальных доказательств. Вся деятельность судьи сводится к предоставлению одной из сторон или ее свидетелям принять присягу, а затем, исходя из установленных таким путем фактов, судья только применяет к данному случаю правовые нормы» [255]. Эта характеристика недалека [от] действительности. Подобный «суд», лишенный разумных способов отыскания истины, действительно, насаждался под видом «народного суда биев» царским правительством, и простой смысл его заключался в том, что он, открывая возможность неограниченного произвола судей, способствовал укреплению столь же неограниченного господства биев, в руках которых находился «суд биев», над беднотой аула. Бию-взяточнику, бию, всегда представлявшему одну из господствующих групп, давалась таким процессом возможность легко и безапелляционно решить любое дело как угодно. Так как лжеприсяга к этому времени уже никого не пугала, то в большинстве случаев для этого достаточно было назначить покровительствуемой бием стороне подтвердительную им очистительную присягу.

Однако подобная юридическая бессмыслица совершенно не свойственна казахскому процессу в его историческом прошлом. Напротив, до тех пор, пока нормы его не подверглись грубому искажению в царском «народном суде биев» и пока не стал быстро разлагаться патриархально-феодальный быт, к условиям которого эти нормы были приспособлены, они служили не менее верным способом установления материальной истины, чем процессуальное законодательство любого эксплуататорского общества. Чтобы убедиться в этом, рассмотрим основы системы доказательств по обычному праву казахов.

В обычном праве казахов на всех известных нам этапах его развития важное и часто решающее место среди судебных доказательств всегда занимала присяга. Конечно, виды присяги и значение отдельных видов

⁶⁷ Пален К. К. — граф, сенатор. Осуществил ревизию размежевания земель в степи (см.: История Казахстана. Т. 3. С. 81, 596. — См. также, напр.: Пален К. К. Отчет по ревизии Туркестанского края. Т. 4. Народные суды Туркестанского края. СПб., 1909).

присяги не оставались неизменными. Уже в законах Тауке присяга теряет свое значение основного и лучшего доказательства. К ней рекомендуется прибегать лишь в том случае, когда отсутствуют свидетели, могущие удостоверить факт совершения преступления. «Для удостоверения преступления требуется не менее двух и иногда трех свидетелей. За отсутствием свидетелей позволено прибегать к присяге» (запись Левшина). Однако некоторые сохранившиеся к концу XIX в. только в предании, а не в судебной практике виды присяги позволяют утверждать, что во времена, предшествующие законам Тауке (во времена гораздо более древние), присяга была основным и, быть может, единственным способом разрешения судебных споров.

Казахский юридический термин, означающий присягу «джан-берю», по своему буквальному смыслу означает «душедаяние» [256]. По сообщению Ибрагимова, у казахов «не существует выражения: я принял присягу, я принимаю присягу; вместо этого они говорят: я отдаю душу, или отдал душу» [257]. Из всех многочисленных видов присяги этому буквальному смыслу термина вполне отвечает лишь следующий обряд, описанный Гродековым с оговоркой, что это один из древних видов присяги, в его время уже не практикуемый. По этому древнейшему обряду присягающий, одетый во все белое, черное, красное или синее с привязанной на голову его совой всходил в сопровождении сородичей на холм и зывал вместе с ними к получателям присяги, к истцу и его сородичам: «Возьмите вашу душу». Со стороны получателя присяги выходил на этот призыв человек со словами «я получаю твою душу» и начинал бить присягающего нагайкой. Завязывалась борьба, переходившая часто в общую свалку всех присутствующих. За раны, нанесенные в этой драке, взыскивать не полагалось, но убийство не должно было иметь места. Приводя это описание, Гродеков, пытаясь осмыслить слова получающего присягу, комментирует выражение «я получаю твою душу», так: «т. е. присягу». Он не считает нужным обратить внимание на то, что за описываемым им обрядом присяги скрывается выдача противнику — истцу души, жизни, человека. Так же поступает и Загряжский, который название присягающего «джанга-устанган» переводит «берущий на душу» [259]⁶⁸.

Между тем присяга в описанной форме «душедаяния» (в форме, имевшей некогда, очевидно, решающее значение, ибо эта форма дала название всякой вообще присяге), весьма отчетливо символизирует выдачу сородича противнику. Сопровождающая присяжника толпа сородичей отдает его в распоряжение истца, который «получает душу» и в знак господства над ним бьет его нагайкой.

⁶⁸ Сноска [258] в оригинале рукописи на с. 775–776 отсутствует.

Как известно, выдача «головою» члена рода убийцы роду убитого была распространенным способом прекращения кровнических счетов и примирения враждующих на почве кровной мести родов. «В траурной одежде, с опущенными волосами приходит на могилу убитого осетинский кровник, чтобы совершить обряд самопожертвования. Убийца отдает себя в руки покойника, а последний устами оставшихся в живых родственников прощает ему обиду» [260]. По адатам кюринцев (Дагестан) для примирения убийцы с родом мстителя на убийцу надевают саван, опоясывают его шашкой и ведут так с повинной, с оружием для казни и в саване для погребения в дом ближайшего родственника убитого. Соответствующий обряд «покоры» у славян заключается в том, что виновный босой и без пояса ложится крестом на могилу убитого, родственник которого заносит над ним меч и спрашивает: «Так ли я властен в твоей жизни, как ты был властен над моим братом?», на что убийца отвечает: «Да, но прошу тебя оживить меня», после чего получает прощение [261]. Связь примирения с выдачей головой отразилась у славян и в обряде заключения мира, о котором сообщает Карамзин. Простирая десницу к бывшим неприятелям, славяне при заключении мира вручали им клок своих волос вместе с горстью травы [262]. У друзей убийца с веревкой или платком вокруг шеи идет к ближайшему родственнику убитого, извиняется перед ним и предоставляет ему право отнять у него жизнь. У арабского племени улад-али один из родственников убийцы отдает себя на волю родственников убитого [263]. У албанского племени духадшир убийца со связанными руками, в сопровождении ребенка, сидящего на коне лицом к хвосту, является с просьбой о прощении во двор убитого [264]. Выдача виновного или его сородича головою роду убитого осуществляется часто в виде усыновления убийцы либо чаще кого-либо из малолетних членов одного с ним рода [265].

Во всех приведенных примерах окончание кровной вражды сопровождается актом, свидетельствующим о готовности сородичей выдать виновного или кого-либо вместо него для расправы сородичам убитого. Виновный или его сородич, который подлежит выдаче, выступает, как мы видим, в одежде смерти, в саване, в траурной одежде с опущенными волосами либо в таком виде, который свидетельствует о признании им своей несвободы, унижения, босой и без пояса, со связанными руками, с веревкой вокруг шеи. Но таков и присягающий в обряде «джанберю» у казахов. Он сменил пестрые одежды на одноцветное платье, к голове его привязан символ ночи — сова. Сородичи выводят его на холм для выдачи, отдают его душу обиженному роду. «Берущий душу» представитель противной стороны подвергает его унижениям, избивая его нагайкой. У друзей также, прощая пришедшего с повинной убийцу,

унижают его тем, что велят остричь бороду [266]. У славян во время «покоры» распростертого под мечом убийцу заставляют публично признать власть над собою сородичей убитого. У горцев Дагестана убийца приносит с собою шашку, которой должна быть совершаема казнь над ним, если он не удостоится прощения.

Драка, которой заканчивается процесс «душедаяния» у казахов, вполне укладывается в процедуру примирения кровников. Шпилевский приводит свидетельство историка исландского права Арнезина, что как только истцу удавалось добиться осуждения ответчика, обе партии решали, что наступило время собрать своих друзей, родных и всех кого можно. Одна сторона, чтобы помочь истцу осуществить приговор, другая сторона, чтобы помочь ответчику защищаться. Возможно, было, конечно, и примирение на почве судебного решения, но для этого нужно было, чтобы кто-нибудь из особо уважаемых людей об этом позаботился. Во всех прочих случаях возникала кровавая стычка, и таким образом «весь законный порядок был совершенно бессилён» [267]. Позже эта традиция дала право «частной войны», но в исходных своих моментах это лишь то сочетание, чередование самопомощи и судебного посредничества, которое является типичным для первых неуверенных еще шагов классовой юстиции. У туркмен так же, как и у казахов, кровавые стычки, сопровождавшие некогда осуществление приговора, стали традиционным элементом обряда присяги. Н. Иомудский описывает, как готовятся к присяге заатрекские иомуды. Сородичи сторон шествуют к кладбищу, к месту присяги, вооруженные винтовками. Они сосредоточенно мрачны, готовясь к неизбежной перестрелке и кровопролитию после принятия присяги [268].

Приведенные сравнительные данные истории права, кажется, не оставляют места для сомнения в том, что древнейшая форма присяги у казахов, по своему обряду вполне соответствует обряду примирения кровников, известному с теми или другими модификациями многим народам. «Джан-берю» — «душедаяние» казахского обычного права, несомненно, было таким обрядом примирения раньше, чем приобрело значение присяги, т. е. одного из видов доказательств в процессе. Самый обряд может быть осмыслен только как акт примирения кровников, как акт выдачи головою виновного или заступающего его в данном случае сородича.

Почему же и каким образом обряд примирения стал обрядом присяги? Ответ на этот вопрос даст и ответ на вопрос о происхождении присяги. Дать такой ответ нетрудно, если исходить из обрисованного выше пути развития суда и процесса [269].

Процессуальные нормы вообще и доказательственное право в частности, как было указано, возникают лишь в процессе примирительного, посреднического разбирательства международных споров. Поскольку это примирительное разбирательство в первоначальном своем виде не сопровождается принуждением со стороны какой-либо силы, стоящей над спорящими, переход от примирительной процедуры к вооруженному столкновению и обратно здесь чрезвычайно легок. Только что приведенное сообщение Арнезина об условном значении приговора в исландском праве, аналогичное по существу сообщение М. Ковалевского о свободе перехода к прежнему состоянию вражды *после* судебного приговора у сванетов, осетин, чеченцев и пшавов [270], подчеркивает эту легкость перехода от примирительной процедуры к кровавому столкновению и обратно. И судьи-посредники должны были с этим считаться. Не будучи в состоянии помирить стороны так, чтобы вовсе избежать кровопролития, они стремились ограничить размеры и остроту столкновения, превратить его из столкновения двух родов в поединок между представителями этих родов либо в драку, в которой хотя и участвуют сородичи, но которая, подчиняясь известной регламентации, контролю со стороны медиаторов, не повлечет за собой кровавые последствия. Они давали выход взаимному раздражению сторон, допуская такую драку. Тан-Богораз сообщает о таком способе примирения в прошлом у чукчей. При недоразумениях между членами различных семейных групп старики-посредники делали все от них зависящее, чтобы добиться примирения. Если же это не удавалось они говорили: «пусть *поиграют*». Тогда спорщики вооружались копьями и вступали в состязание [271]. В высшей степени интересной представляется здесь характеристика судебного поединка как своеобразной судебной игры, которая должна дать выход азарту спорщиков, стремлению их разрешить спор столкновением. Перед нами как бы символическое столкновение, которое заменяет подлинное. Этот же элемент мы видим в «джан-берю» — «душедаянии» казахского обычного права, во всеобщей свалке, допускающей даже ранения, за которые не взыскивается, но исключающей убийство.

Естественно, что исход этой судебной игры, облегченного символического столкновения, поединок отдельных лиц как представителей родовых коллективов или столкновения целых родственных групп должен был решить спор. Убийство противника в поединке нельзя рассматривать как нормальный его исход. Потому-то судьи-чукчи и говорят: «пусть *поиграют*». Правда, в позднейшем праве смертельный исход поединка не редкость, но эта практика вполне развитого классового общества и к тому же можно полагать, что во всех тех случаях, когда такое

убийство дозволяется, оно является не целью поединка как такового, а способом исполнения приговора. По правилам «Ряда земского права» чехов победитель в судебном поединке рубит голову побежденному, кладет ее у своих ног и после этого благодарит панов и короля за правосудие, а также регистрируют расправу, чтобы избежать мести сородичей убитого [272]. Однако он может сделать это только в том случае, если у него не было какого-либо иного соглашения с противником. Эта оговорка, а также церемония принесения благодарности королю и панам за правосудие говорит о наличии двух стадий поединка, из коих вторая предполагает уже заранее вынесенный альтернативный приговор, обусловленный результатами поединка. Таким образом, судебный поединок как компромисс между решением сторонами спора силой и примирения сторон превращается в способ доказывания, в один из видов судебного доказательства и, очевидно, в самый ранний. Следовательно, в допущении поединка как способа доказывания в суде, обращение к «божьему» суду, первоначально во всяком случае, не должно было иметь решающего значения. Коль скоро приходилось допустить какую-то форму столкновения сторон потому, что их не удавалось примирить, приходилось считаться с результатами столкновения даже и при отсутствии веры в «перст божий», указывающий виновного. Ибо к тому же центр тяжести самой ранней стадии процесса лежит не в обнаружении виновности, не в установлении фактов, которые большею частью очевидны и не оспариваются сторонами, а в примирении сторон, в ликвидации вражды.

С использованием поединка и его результатов в качестве критерия для решения спора и превращением его в этом смысле в процессуальное доказательство связано и появление в качестве доказательства присяги в первоначальных ее формах. Этот процессуальный институт зарождается в той же практике примирительного разрешения между родовых споров и также из компромисса между столкновением и примирением сторон. Но присяга как средство доказывания в позднейшей своей форме отличается от поединка тем, что она не содержит в себе элемента столкновения сторон, хотя бы символического, ослабленного столкновения. Связь между присягой и поединком в древнем русском и германском праве сохраняется лишь в виде допущения замены присяги поединком [273]. Древнейшая же присяга у казахов «джан-берю» в описанной выше форме именно потому и представляет собою интересное явление, что она заключает в себе элемент столкновения и исторически восходит к тому этапу развития процесса, когда присяга еще не отделилась от поединка. Существование такого вида присяги дает основание утверждать, что присяга, так же, как и поединок, одинаково

содержится в зародыше в том способе примирения враждующих коллективов, не имеющих общей над собой власти, который заключался в умеренном вмешательстве посредников-примирителей. Нельзя не отметить попутно, что наименование присяги в «Русской Правде» — «рота» — первоначально означает битву, спор и, следовательно, связывает происхождение присяги с поединком [274]. «Рота», по словарю Памвы Беринды, «звада, спор, битва» и уже в позднейшем значении: присяга, клятва. В то же время, как сообщает Гродеков [275] по материалам, собранным в бывшем Перовском уезде, одна из древних форм присяги у казахов заключалась в том, что «с каждой стороны выходили по одному, вооруженные копьем, мечем и т. д.». Поединок, следовательно, не стал самостоятельным видом доказательств и рассматривался как вид присяги.

Выше было показано, что обряд древнейшей присяги казахов «джанберю» полностью соответствует обряду примирения кровников. Кровная месть была, конечно, наиболее частым, типичным поводом междуродовой вражды, и понятно поэтому, что процессуальные обычаи, формирующиеся в практике примирения междуродовой вражды, имеют в своей основе этот типичный случай междуродового спора и примирения. Примирение достигалось выдачей члена виновного рода головою роду обиженному. Его и выдают в этой древнейшей форме присяги: «возьмите вашу душу», т. е. душу человека, убитого у вас, компенсацию за убитого. Подобно тому как посредникам-примирителям удастся убедить стороны ограничиться вместо серьезного вооруженного столкновения двух родов поединков судебной «игрой», точно так же компенсация путем действительной выдачи члена виновного рода головою может быть заменена и, как мы видели, заменяется символической, ослабленной формой такой выдачи. Выдаваемый должен претерпеть унижение, отдать себя на милость потерпевшему роду, снести побои и позорящие обряды. Виновный род признает, что выдаваемый достоин смерти, и облачает его в саван, одежду мертвеца. Лежа на могиле убитого под занесенным над ним мечом, выдаваемый признает, что сородичи убитого властны убить его или сохранить ему жизнь. Он отдает себя во власть убитого. Веревка на шее, связанные руки — все это символы покорности, которая должна и действительно может притупить и ослабить вражду потерпевших и сделать примирение возможным и, по мере внедрения такого способа примирения, необходимым. По законам Эльфреда осуществление мести допускается только в случае непокорности противника. Если противник положит оружие, то убивать его нельзя [276]. Здесь право мести ограничивается государственной властью. Но повод, избранный для ограничения, — покорность виновника — гораздо

древнее регулирующей роли государства. Когда авгинец-обидчик в сопровождении двух уважаемых мужчин является в дом обиженного и просит прощения, обиженный не может отказать ему в этой просьбе и, не желая простить врага, должен уклоняться от этого бегством обидчика. У друзей родственник убитого, которому принесена просьба о прощении в соответствующей обычно-правовой форме, *обязан* простить убийцу [277].

Потерпевшему дается при этом в большинстве случаев возможность удовлетворить свое чувство мести: в обряде «джан-берю» выдаваемого бьют нагайкой, в обрядах примирения у других народов ему стригут бороду, требуют публичного признания, что он ждет сохранения ему жизни как милости и т. д. Все это заменяет собою действительную выдачу сородича головою, реальную компенсацию. Это судебная «игра» в возмещение ущерба, которая дает некоторое удовлетворение пострадавшим и склоняет их к примирению на почве отказа от реального удовлетворения. Если при этом, как в древнейшей форме «джан-берю», разыгрывается легкая драка сторон, в которой убийство не допускается, то это целиком соответствует характеру примирительной процедуры, стремлению дать все же некоторый выход накопившимся страстям сторон.

При таком понимании происхождения присяги происхождение это нужно искать в демонстрации готовности дать удовлетворение, в призывании виновными своей вины как условия, необходимого для того, чтобы потерпевшие согласились отказать от своего требования компенсации. Присяга, следовательно, представляет собою превращенную форму примирительной процедуры. Коль скоро обряд, выражающий покорность и признание своей неправоты, совершен виновными, истцы *должны* этим *удовлетвориться*. *Совершение этого обряда начинает рассматриваться как момент, освобождающий виновных от ответственности, очищающий их, и потому весь обряд впоследствии делается формой очистительной присяги.*

Таково происхождение присяги в обычном праве казахов, как это можно видеть из приведенного анализа древнейшей известной нам ее формы. Что эта форма не представляет собою исключение, что она лежит в основе последующего развития института присяги, видно не только из того, что термин «джан-берю» «душедаяние» закрепился впоследствии как общее название присяги, даже и для таких ее поздних видов, которые по обряду не дают никакого основания для такого наименования, как, например, целование дула ружья [278]. Связь рассмотренной нами древнейшей формы присяги с более поздними видна и в том, что большинство обрядов присяги так или иначе связывается с тем же обрядом примирения кровников, который лежит

в основе древнейшей формы. Присягающего казаха заставляют играть роль покойника, подвергают ритуальному омовению, одевают в саван и кладут в положение умершего за перегородкою в кибитке [279], либо омывают как покойника, заворачивают в кошму и несут на сопку [280], либо ведут в могилу, откуда он через отверстие выходит опять наружу [281]. Его, следовательно, как бы приносят в жертву, хоронят, что так характерно для описанной выше древнейшей присяги. Связь с обычаями примирения усматривается также в том, что у казахов присяга приносится обычно на могилах на кладбище. Казахская присяга на могилах напоминает нам, что на могилу убитого ложится славянин в обряде примирения — «покоры». Еще ярче выступает связь присяги с примирением кровников в очистительной присяге кровников тушин, хевсуров и осетин. У хевсуров 12 родственников подозреваемого, присягая, надрезают себе ухо над могилой убитого так, чтобы кровь текла на могилу, и клянутся в невиновности сородича. У тушин то же делает сам подозреваемый [282]. На могиле убитого приносит присягу, называемую «самопосвящением» («кифаэлдисин»), подозреваемый в убийстве осетин. При этом на него вешают кишку, наполненную кровью животного, и колют эту кишку кинжалом так, чтобы кровь текла на могилу [283]. Совершенно очевидна неразрывная связь этой присяги с осетинским же обрядом искупления и примирения, называемым «фальдинсандзинад». В этом обряде примирения убийца посвящается убитому, причем как бы приносится в жертву убитому. Символически это выражается в том, что ему прокалывают ухо [284]. Сопоставляя два последние обряда, из коих первый является очистительной присягой подозреваемого, а второй искуплением для признанного виновным, невозможно даже провести грань между ритуалом присяги и искупления, тем более, что присяга даже называется самопосвящением. Характерно, что Гавердовский, описывая обряд примирения у казахов, говорит о «примирении виновных тению убитого» [285]. Следует также иметь в виду, что кровная месть часто совершается на могиле убитого. Поэтому на его же могиле или на родовом кладбище должен совершиться обряд примирения, сопровождаемый символической выдачей и казнью виновного. Отсюда повсеместная распространенность присяги на могилах, на кладбищах. Теснейшая генетическая связь между обрядом примирения и присягой совершенно бесспорна.

Подавляющее большинство дошедших до нас обрядов присяги сопровождается клятвой, т. е. условным самопроклятием. Поздние формы присяги у казахов часто сводятся именно к такому самопроклятию, со слабыми лишь остатками древнего ритуала присяги-примирения. Так, например, в обряде какой-либо святыни истец берет в руки конец ветви

одного из деревьев, а присяжный пересекает эту ветвь со словами: «О, святой, найди, кто из нас не прав, и убей!». При усилении влияния мусульманства то же самопроклятие в мечети либо берется в руки Коран со словами: «Пусть меня ударит (накажет) Коран, если я...» и т. д. [286]. Однако клятва, самопроклятие, будучи устойчивым элементом позднего обряда присяги, не может объяснить происхождение присяги. Идея условного самопроклятия слишком сложна для того, чтобы стать исходным моментом развития присяги. Мистике слова предшествуют реальные действия, превращаемые далее в символические, в обряд. Клятва, самопроклятие, как способ доказывания своей невиновности, есть продукт относительно высокого развития сакральных идей. В материалах обычного права казахов мы, во всяком случае, имеем ясное доказательство тому, что клятва в обряде присяги значительно моложе содержащихся в этом обряде и описанных выше элементов столкновения и примирения сторон.

В «Народных обычаях», собранных по распоряжению Баллюэка, мы находим обряд присяги, представляющий собою, несомненно, трансформацию описанного выше древнейшего «душедаяния». Как и в древнейшем обряде присягатель является в сопровождении толпы. Как и там, он должен отделиться от толпы и выйти на возвышение, на холм. Но вместо прежней церемонии с возгласом «возьмите вашу душу», избиемием нагайкой и всеобщей потасовкой дело ограничивается самопроклятием: «Если я лгу, да накажет меня Бог, да лишит он меня на том свете всякого воздаяния за мою веру в него и за все мои добродетели, а на этом — да не увижу добра от моего имущества и детей» [287]. Здесь религиозное самопроклятие пришито, так сказать, белыми нитками к древнейшему обряду присяги, обряду «покоры» и примирения. И вряд ли могут возникнуть сомнения в том, что обряд примирения значительно древнее. По этим соображениям нужно считать, что объяснение происхождения присяги у казахов (да и у других народов), исходящее из развития религиозных представлений, не выдерживает исторической критики, хотя, конечно, сакральные идеи, культ предков и т. п. играют большую роль в дальнейшем развитии обрядов присяги.

В XIX в. с присягой конкурируют уже как лучшее доказательство, показания свидетелей. Присяга потеряла свое значение основного и лучшего доказательства, что выразилось в пословице: «Плох судья, который для решения дела назначает присягу» [288]. Она сохранила свое значение лишь в качестве дополнительного доказательства к показаниям свидетелей. За ней признавали значение момента, подтверждающего убеждения, сложившиеся у судьи при рассмотрении прочих доказательств по делу, но вера в убедительность присяги как таковой

была уже потеряна, почему допущение присяги при отсутствии свидетелей и считалось признаком бездарности судьи [289]. Возрастающее на протяжении XIX в. недоверие к присяге вполне понятно, если иметь в виду, что лжеприсяга стала бытовым явлением. Хотя Словохотов, пользуясь, очевидно, древнейшей традицией, указывает, что ложная присяга влекла за собою «поток и разграбление», что присягатели очень редко лгут, и т. д. [290], однако подавляющее большинство авторов XIX и XX вв. подчеркивает, что ложная клятва влекла за собою серьезные последствия лишь в далеком прошлом. Так, по Гродекову, чтобы загладить этот грех, назначались только штрафы в пользу бедных, что называлось «класть душу на место» [291]. По Маковецкому, в прошлом лжеприсягателю грозил большой штраф (лошадь, верблюд), отстранение от общественных дел, позор, а в конце XIX в. только обязанность возмещения убытков, причиненных ложной присягой [292]. В черновиках д'Андре сообщается: «За ложно принятую присягу особого наказания не определяется. Позор, дурная молва и недопущение ни к каким общественным делам служат в орде наказанием преступника» [293]. Последнее сообщение особенно интересно потому, что относится к 40-м годам XIX в. Конечно, моральное осуждение лжеприсягателя всегда имело место, имела значение и сдерживающая роль религиозных представлений. Старинная казахская поговорка гласила: «Не клянись за неправое дело, иначе несчастье пристанет к тебе как айран». Оскорбление «наказанный клятвой», «клятвопреступник» считалось чрезвычайно тяжелым. Но в XIX в. казахи сравнительно легко решались дать ложную присягу, особенно против русских и вообще не мусульман [294]. В этом отношении большую роль сыграло распространение клятвы на Коране и вообще религиозной клятвы, которая требовалась царскими судами. Самый переход от древней обычно-правовой присяги к религиозной мусульманской присяге, при известной нетвердости казахов в исламе и отсутствии у них всякого религиозного фанатизма, должен был уменьшить страх перед ложной присягой. При содействии же мусульманских мулл население легко усвоило мысль, что путем некоторой *reservatio mentalis*⁶⁹ можно любую ложную клятву сделать безопасной для присягающего и лжеприсягой против неверных даже совершить богоугодное дело. Отсюда отношение к присяге, выраженное в поговорках: «Врагам присягни, но не выдай секрета», «Своим не лги, чужим не открывай свои тайны» [295]. Отношение к присяге у казахов эволюционирует точно так же, как у осетин или ингушей и под влиянием тех же причин. Как сообщает Шанаев, осетины охотно

⁶⁹ Мысленной оговорки (лат.).

принимали вместо обычно-правовой присяги мусульманскую или христианскую, не считая ее серьезной, и потому легко давали ложную присягу, заявляя: «Что это за присяга! Вот наша присяга так это присяга настоящая, ее трудно принять» [296]. Ингуши выражали свое отношение к присяге на Коране весьма легкомысленной поговоркой: «Слава всевышнему, который создал темную ночь и присягу» [297].

Хотя потеря казахами страха перед лжеприсягой в первую очередь относилась к присяге религиозной мусульманской, но естественно, что при разложении патриархально-родового строя и упадка связанных с ним обычно-правовых представлений должно было постепенно исчезать и уважение к древней присяге по обычному праву. Таким образом, присяга как судебное доказательство, перестала быть лучшим доказательством и из самого тяжкого испытания стала самым легким способом доказывания. Такое изменение значения присяги должно было, конечно, отразиться и на порядке распределения бремени доказывания в том случае, когда способом доказывания была присяга. Это изменение должно быть учтено при анализе дошедшего до нас порядка назначения присяги, в котором также можно найти подтверждение изложенного выше взгляда на происхождение присяги и основные этапы ее развития.

Заслуживает с этой точки зрения внимания, что по обычному праву казахов присяга дается преимущественно стороне ответчика. В доступных нам материалах обычного права казахов, относящихся почти исключительно к XIX в., обязанность присягать уже не закреплена полностью за стороной ответчика, но и в XIX в. присяга дается преимущественно стороне ответчика.

Система распределения бремени доказывания путем присяги, изложенная у Гродекова, характеризует уже тот этап развития процесса, на котором свидетельские показания играют по сравнению с присягой решающую роль. Тем не менее излагаемые Гродековым правила допущения сторон к присяге доказывают, что до оттеснения присяги на второй план свидетельскими показаниями, присяга, как правило, возлагалась на сторону ответчика. «Прежде всего, — сообщает Гродеков, — присяга налагается на ту сторону, у которой есть настоящий свидетель... Если нет свидетеля, то присяга налагается на сторону ответчика...». Гродеков приводит также сообщение бия Умирбека, что при разбирательстве дела бий прежде всего узнает мнение ответчика о желательном для него способе наложения присяги. Гродеков также отмечает, что у «кара-киргиз» если обе стороны готовы присягнуть, то присяга предоставляется ответчику [298]. Отсюда видно, что только появление свидетелей, как лучшего доказательства, стало разрушать старую практику,

в силу которой присяга возлагалась всегда на сторону ответчика. Это видно также из перечня прочих случаев, когда присяга дается стороне истца. Здесь Гродеков перечисляет следующие случаи, помимо указанного уже наличия у истца свидетеля: 1) если ответчик в своем ауле не пользуется расположением по посторонним причинам, 2) если ответчик не пользуется доверием как уличенный уже в преступлениях или бывший под судом, 3) если истец был лично очевидцем преступления, 4) если ответчиком является женщина [299]. Не трудно видеть, что все это только необходимые исключения из старого общего правила, по которому присягать должна сторона ответчика. В первом случае ответчик не найдет в своем ауле присягателей, во втором — присяге его нельзя верить, в третьем — сам истец является как бы «настоящим» законным свидетелем. Он так и говорит: «Я сам полный свидетель по его краже». Наконец, женщина вообще не может быть стороной в присяге. На то, что подтверждающая присяга со стороны истца является у казахов исключением, указывает и Леонтьев [300].

Бремя доказывания присягой в принципе лежит на ответчике, и истец в казахском процессе свободен от обязанности доказывать свои утверждения. «Не отказывают в иске по без доказанности, — сообщает Гродеков, — ибо истец не обязан доказать справедливость иска. Напротив, ответчик обязан доказать свою чистоту». Самая бездоказательная претензия — указывается в материалах, собранных Сейдалиным, — все же должна быть удовлетворена очистительной присягой ответчика [301]. Такое положение ответчика относительно бремени доказывания присягой не составляет особенность только казахского процесса. Шанаев констатирует такой же порядок у осетин; по словам Шанаева, нормы обычного права осетин «положительно запрещают истцу принимать присягу в справедливости своего иска или своей жалобы». Назначение присяги истцу было отступлением от обычного права, проникшим в судопроизводство осетин под влиянием царской администрации [302]. Адамы Даргинских обществ хотя и допускают присягу, как со стороны ответчика, так и со стороны истца, и дают право истцу в тех случаях, когда от него требуется присяга, требовать очистительную присягу от ответчика.

О таком же положении в дагестанских адатах сообщает А. Комаров: «Истец всегда имеет право отказаться от присяги и потребовать очистительную присягу от заподозренного им» [303]. В древнем германском праве обычный порядок предусматривал очистительную присягу ответчика и только при краже с поличным давалась подтверждающая присяга истцу [304]. В более развитых обычно-правовых системах, как, например, в «Русской Правде» или германских варварских «правах»,

обязанность присяги казуистически распределена между истцом и ответчиком, но в этих «Правдах» присяга потеряла уже значение основного доказательства, как и у казахов к концу XIX в. Впрочем, и для германского права Гримм указывает на то, что древний термин, означающий «присягать» — «*swaran*», «*swar*», — связан со значением «отвечать», что присяга в первоначальном значении была «ответом» обвиняемого, т. е. предполагалась на стороне ответчика [305]. В исключительном, а позже преимущественном возложении присяги на сторону ответчика можно, следовательно, видеть отличительную черту раннего неразвитого процесса, который характеризуется одновременно ведущей ролью присяги в системе доказательств.

В чем смысл такого распределения бремени доказывания присягой? Следует различать происхождение такого способа распределения от факторов, его закрепивших. Вопрос о происхождении решается легко, если принять обоснованное выше предположение о происхождении самого обряда присяги из примирительной процедуры, коей прекращались отношения вражды. В таком случае ясно, что присяга, являясь превращенной формой удовлетворения пострадавшего рода родом обидчика, должна следовать всегда со стороны ответчика-обидчика, род которого символически выдает на расправу обиженным своего присягающего сородича: «возьмите вашу душу» и тем добивается умиротворения истцов. Возложение присяги, как правило, на ответчика является, таким образом, еще одним аргументом в пользу высказанного выше предположения о происхождении присяги. Но при этом требует объяснения факт устойчивого существования данного порядка доказывания путем присяги, ибо порядок этот, применяемый ко всем без исключения спорам, создает резкое неравенство сторон в процессе. Пока присяга является тяжким испытанием, он дает серьезнейшие процессуальные преимущества истцу. Мы же рассматриваем здесь институт присяги до того, как клятвопреступление стало его обычным спутником, до того, как присяга была отеснена в процессе свидетелями и потеряла значение основного доказательства.

Процессуальный порядок, при котором присяга возлагалась всегда на сторону ответчика, вытекающая из самого происхождения присяги, должен был закрепиться первоначально потому, что в древнейшем процессе самое возбуждение иска или обвинения предполагало уже некоторую априорную дискриминацию ответчика. Это давно замечено историками права и получило некоторое не лишнее резона объяснение. «Всякий иск и обвинение считаются первоначально справедливыми, показание истца признается несомненно-верным, особенно, если оно сопровождается очевидными признаками нарушения права», — замечает

С. Пахман⁷⁰. Простота нравов, взаимное доверие членов общины, маловероятность возведения ложных обвинений и невозможность доказать их в условиях, когда вся община прекрасно знает подноготную каждого своего сочлена и легко отличит обоснованную претензию от ложной, — все это исключает неосновательные иски и обвинения [306]. Рогге также отмечает, что тяжесть положения ответчика заключается в том, что общественное мнение всегда на стороне потерпевшего [307]. Возникает презумпция виновности каждого позванного к суду. В качестве пережитка ее следует рассматривать приведенные уже положения казахского процесса, гласящие, что самая бездоказательная претензия требует все же очистительной присяги, что не истец обязан доказывать справедливость иска, а ответчик обязан его опровергнуть. Поэтому положение ответчика называется «нашар» — беспомощным [308]. Гродеков ошибается, полагая, что поэтому для облегчения положения ответчика ему дают возможность очиститься присягой, в которой Гродеков видит облегченный способ защиты. В самом деле, было бы нелепо, возлагая на ответчика бремя доказывания, одновременно дать ему легкое средство освободиться от ответственности. Заблуждение Гродекова покоится на том, что он совершенно не различает исторические напластования, из которых состояло современное ему казахское обычное право. Здесь, в частности, нужно было иметь в виду, что возложение присяги на сторону ответчика имело место в то время, когда присяга была самым тяжким, а не самым легким способом доказывания и, следовательно, ответчик был, действительно, «нашар» — беспомощным. Говорят о «черной голове» ответчика [309], как бы заранее осуждая его. В свете такого априорного осуждения получает смысл кажущаяся с современной точки зрения нелепой следующая запись в черновиках

⁷⁰ Пахман Семен Викентьевич (1825–1910) — русский цивилист и историк права, исследователь обычного права; выпускник юридического отделения Ришельевского лицея (г. Одесса, с 1865 г. — Новороссийский университет) и юридического факультета Московского университета (1845); доктор юридических наук (1852), профессор Казанского (1853), Харьковского (1859) и Санкт-Петербургского (1866) университетов, член Правительствующего Сената (1882), член правительственных комиссий по разработке законопроектов, в том числе проекта гражданского уложения и устава о векселях. Член Императорского Русского географического общества (ИРГО, 1867), председатель Комиссии для собирания народных юридических обычаев при Отделении этнографии ИРГО (1886), автор работ «О юридическом быте инородцев Казанской губернии» (1857) и «Обычное гражданское право в России» (в 2 т.) (СПб., 1877, 1879; в 1879 г. удостоена премии имени графа Сперанского) и редактор второго тома «Сборника народных юридических обычаев» (1900) (см. подробнее: *Томсинов В. А.* Семен Викентьевич Пахман (1825–1910): Биографический очерк // Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. М.: Зерцало, 2003. С. XI–XXXII.

д'Андрэ: «Кто из подозреваемых в воровстве пойдет по требованию претендателя вместе с ним к бию для разбирательства, тот признается уже виновным и взыскивается с него украденное и проч... несмотря ни на какие оправдания» [310].

Дискриминация ответчика не может быть, однако, объяснена только простотой общинных нравов, исключавших возможность ложных исков и обвинений. Что подобные иски и обвинения не исключены и в примитивных обществах, об этом свидетельствуют постановления кайтагского уцмия Рустем-хана, предусматривающие такие ложные иски, рассчитанные, очевидно, на то, чтобы получить вместо действительного, но неимущего ответчика другого, более платежеспособного. Постановления Рустема устанавливают высокий штраф для того, кто, зная действительного поджигателя, укажет на другого и будет требовать от него очистительной присяги, или кто, оставив в покое сознавшегося убийцу, будет искать с другого [311]. Если предложенное Пахманом объяснение презумпции виновности ответчика и имеет некоторое значение для ранних стадий существования классового общества, то все же нельзя упускать из виду, что при любой примитивности быта суд всегда был тонким орудием подавления неимущих. В закреплении за истцом более выгодного процессуального положения, в освобождении его от обязанности доказывать свои требования и возложении трудной очистительной присяги на ответчика нужно видеть, главным образом, результат того классового господства истца-кредитора над ответчиком-должником, которое так ярко выразилось в римском процессе, давая истцу право наложения руки на должника.

Излагаемый здесь взгляд на происхождение присяги из обряда искупления и примирения может быть подкреплён рассмотрением ещё одной стороны института присяги у казахов. Речь идет об отрицательном отношении их населения к присяге, о боязни присяги, стремлении всеми силами уклониться от присяги, даже по самому справедливому делу. Ибрагимов сообщает, что в глазах казахов всякая присяга дискредитирует присягающего, что, по их мнению, от присяги «никакой пользы, а только грех». Часто избранные для присяги за какое-либо лицо казахи, хорошо зная правоту того, за кого они должны присягать, и понимая, что отказ их от присяги влечет за собою проигрыш этим лицом справедливого спора, все же отказываются от принесения присяги, а чтобы загладить результаты отказа, платят сами весь иск или хотя бы часть его, предпочитая лучше потерпеть материальный ущерб, нежели присягнуть. Вызванные для присяги останавливаются за несколько переходов до места присяги, вызывают к себе спорящих и, угрожая одному из них принять присягу, а другому не принять, добиваются примирения

сторон, чем избавляются от необходимости присягать. Единственного сына отец никогда не допустит к присяге, и казахи получали у царской администрации специальные охранные листы, избавляющие их сыновей от привлечения к присяге. Влиятельные и пользовавшиеся в степи почетом казахи упорно отказывались от дачи показаний в царском суде под присягой и объясняли при этом, что, приняв присягу, они потеряют свое общественное положение и влияние в народе, не будут после этого пользоваться доверием, и, наконец, им будет просто стыдно после этого показаться в степи [312]. В связи с таким отношением к присяге в судебной практике для решения дела, как правило, не требовалось даже фактическое принятие присяги с соблюдением какой-либо формы ее. Достаточно было согласия принять присягу, что выражалось в приезде в определенное судом время на указанное для присяги место. Если до захода солнца в назначенный день присягатели являлись, то сторона, за которую они должны присягнуть, уже выигрывала дело [313]. По материалам Гродекова, заявление о готовности присягнуть считается принятием присяги, и бий, выслушав такое заявление, отсылает присягателя, больше ничего от него не требуя [314].

Боязнь присяги, стремление избежать ее, взгляд, по которому принятие присяги дискредитирует человека, умаляет его достоинство и потому является с его стороны тяжелой жертвой, мы обнаруживаем не только у казахов, но и у других народов. Н. Иомудский приводит яркие примеры, показывающие, что у туркмен принятие присяги еще более опорочивает человека, нежели у казахов. Туркмены говорят с сожалением и презрением: «Там живет скверный человек — он уже два раза в своей жизни дал присягу». Присутствуя в зале суда, туркмены немедленно разбегаются, когда начинаются приготовления к даче присяги. Одного туркменского сардаря, пользовавшегося большим влиянием на население, пришлось снять с занимаемого им поста в местной администрации после того, как он согласился присягнуть за сына, обвиняемого в краже верблюдов, ибо он потерял после этого всякое доверие и уважение населения. Требование истцом очистительной присяги от сородичей ответчика хотя и удовлетворяется, чтобы защитить сородича, но влечет за собою месть со стороны привлеченных к присяге. Поэтому на кладбище, где принимается присяга, стороны идут вооруженные, готовясь к предстоящей перестрелке. Требующий присягу в этих условиях редко выдерживает и отказывается от своего требования присяги, предпочитая потерять иск [315]. Мистический страх перед присягой «ард'о»м присущ был и осетину. «Самое слово “присяга” поражало его суеверную натуру, один звук ард'а был страшен для осетина и он выслушивал его всегда с каким-то благоговейным страхом». Точно

так же непристойным считалось часто присягать. Часто присягающие, даже не будучи уличенными в лжеприсяжничестве, назывались мангардами, т. е. лжеприсяжниками, и пользовались дурной репутацией. Как и у казахов, многие из осетин давали зарок не присягать ни за что и никогда и предпочитали в кровнических исках, даже совершенно неосновательных, платить за кровь, лишь бы не присягать. От присягнувшего убегали все окружающие, и он должен был недели две-три скрываться в уединенном месте, чтобы не попадаться никому на глаза [316]. Такое отношение к присяге отмечено и у кумыков, среди которых многие присягают, что сами никогда не будут присягать и не будут требовать присяги от других. Такие люди освобождались от присяги [317]. Аналогичное отношение к присяге отмечено и у славян. Летописец XII в. Гельмольд⁷¹ сообщает, что славяне с трудом решаются присягать и приравнивают всякую присягу к лжеприсяге (*nam jarare apud slavos quasi persurare est*) [318]. Это отношение к присяге сохранилось и позже в поговорках: «Горе ведущему к присяге, вдвое (горе) идущему», «Присяга — страшное дело», «Лучше потерпеть, чем к присяге идти» [319].

Отсюда видно, что страх перед присягой и представление о дискредитирующем ее значении представляют собою не случайный момент в правосознании казахов, а вообще присущи определенной стадии в развитии института присяги, вытекают из особенностей самого института. Имевшие место в литературе отдельные попытки объяснить это явление нельзя признать удовлетворительными. Шанаев объясняет страх перед присягой у осетин тяжкими последствиями лжеприсяги, которая, по религиозным представлениям осетин, должна была повлечь за собой гибель всего дома и даже всего рода лжеприсягателя. Религиозными мотивами пытается объяснить интересующее нас явление и Гродеков. По его мнению, мотивом к уклонению от присяги является соображение, что «с религиозной точки зрения присяга для обеих сторон одинаково опасна: наказание постигнет не только того, кто присягнул ложно, но и того, кто потребовал присягу со стороны невинного» [320]. Очевидный недостаток этих объяснений заключается в том, что боязнь ответственности за ложную присягу или неосновательное требование присяги от невинного механически переносятся на заведомо добросовестного присягателя. А между тем характерной для казаха, туркмена, осетина была боязнь всякой присяги, в том числе справедливой. Н. Иомудский сделал попытку тонкого этико-религиозного обоснования страха перед присягой. Отрицательное отношение ко всякой присяге он

⁷¹ История Европы с древнейших времен до наших дней: В 8 т. Средневековая Европа. Т. 2. М., Наука, 1992. С. 697.

объясняет тем, что приносящий присягу тем самым приносит религиозный момент в жертву материальным интересам и делает из духовного орудие мирских интересов. Однако такой уровень этико-религиозных представлений невозможно предположить у народов, находящихся еще на первых ступенях цивилизации. Таким образом, попытка объяснить страх перед присягой религиозными представлениями не может считаться удачной.

Но в такого рода объяснениях не будет надобности, если принять изложенный выше взгляд на происхождение присяги из церемониала искупления и примирения, если учесть, что первоначально обряд присяги был выдачей «души», выдачей сородича истцам и сопровождался, как отмечалось, унижением выданного или символическим погребением его заживо⁷². Его то били нагайкой, то укладывали как покойника в могилу, обмывали, одевали в саван или в лучшем случае водили на кладбище. Так обстояло дело у казахов и, как показано было, у многих других народов. Этого достаточно для того, чтобы надолго связать у народа присягу с представлением о тяжком испытании, испытании унижительном и опасном. Неудивительно, что у казахов такое представление о присяге сохранялось еще в XIX в., ибо в XIX в. живы были еще описанные трудные обряды присяги, хотя в судебной практике они применялись очень редко и быстро вытеснялись «безопасной» присягой по мусульманским законам, которая из трудного долга стороны ответчика превращается в привилегию стороны истца.

Здесь вполне уместен вопрос, каким образом, при подобном резко отрицательном отношении к присяге, присяга все же сохраняется в казахском судебном процессе сперва как основное, а затем как одно из важнейших судебных доказательств? Вопрос тем более законный, что никакого принуждения к присяге со стороны судебной власти здесь нет и быть не может. Но принуждение к присяге существует, оно вытекает из патриархально-родового быта, из родовой коллективности. Иск или обвинение, предъявленные к члену рода, затрагивают интересы всего рода. В ряде случаев эта заинтересованность общины в исходе дела носит непосредственно материальный характер, поскольку, например, «кун», плату за кровь, при несостоятельности убийцы придется платить

⁷² Возможно, эти явления имеют более глубокую основу. Клятвы и присяги, известные с глубокой древности в различных вариантах, являлись средством и элементом социальной саморегуляции, самоорганизации. О клятвах в судебном процессе в Древнем Египте см., напр.: *Ударцев С. Ф.* Политико-правовые идеи в Древнем Египте // Научные труды «Эділет». 2004. № 2 (16). С. 16–17 и др. — См. также: *Ударцев С. Ф.* История политических и правовых учений. Древний Восток: Академический курс. СПб., 2007. С. 42–44.

всему роду. Во всех остальных случаях желание помочь сородичу естественно вытекает из господства принципа родовой взаимопомощи во взаимоотношениях с чужеродцами. Играют определенную роль и своеобразные моральные представления, в силу которых проигрыш однородцем судебного дела «относится как бы к нечисти и сраму целого рода» [321]. Из этой многосторонней заинтересованности родового коллектива вытекает и коллективное принуждение к присяге. Оно осуществляется, по описанию Гродекова, следующим образом. Ответчик, в интересах которого должна быть принесена присяга, является к назначенному присягателю в сопровождении аксакалов. «Чтобы семья присяжного не перепугалась, облачают свое требование в следующую форму: “мы явились к тебе в интересе всего народа; по наговору-ли, по вражде-ли такое то обвинение взведено на него (ответчика); для этой цели мы дозволили указать на тебя. Погубишь ли ты его? Мы все убеждены в его правоте. Поэтому мы и явились все. Ты ступай впереди, а мы последуем за тобою”». Если избранный для присяги отказывается присягать, аксакалы грозят ему исключением из рода, тем, что за него никто не будет принимать присягу. В аналогичном случае постановления кайтагского уцмия Рустем-хана (XII в.) гласят: «Кто без причины откажется присягнуть за другого, того скот не принимать в общественное стадо и всем прекратить с ним всякое знакомство» [322]. Сородичи сопровождают присягателя, когда он выходит для присяги, уговаривают его и не позволяют ему уклониться от этого тяжелого долга [323]. Присяга, принесенная под давлением сородичей, в интересах рода, не влечет за собою, кажется, дискредитации присягателя, и от нее стараются уклониться больше из страха перед самой процедурой. На это указывают, во-первых, материалы Гродекова, где присутствие сородичей при присяге объясняется так: «Иначе не пошел бы сам, стыдясь, что о нем скажут: такой то выходил на присягу». Об этом говорит также сообщение Ибрагимова, что казах, от которого следователь требовал присяги перед дачей показаний, возражал: «Кто меня выбрал?» «Пусть меня кто-нибудь выберет, и я приму присягу, но тогда я предварительно посоветуюсь со своими одноаульцами, потому что в противном случае они могут и не принять меня в свой круг». «Зачем же вы лишаете меня моего общества?» [324]. Возможно поэтому, что представление о присяге как о недостойном деле заменило собой представление о ней как о деле «страшном», «опасном» тогда, когда при разложении патриархально-родового быта и под влиянием внедряемых царизмом новых начал судопроизводства стала процветать индивидуальная и к тому же «легкая» присяга по частной инициативе в частном интересе.

Коснемся еще одной черты института присяги у казахов, которая является специфической особенностью казахского обычного права. Заключается она в том, что присяга только в виде исключения давалась самому ответчику, как правило же, присягать должна была «сторона ответчика», т. е. его сородичи, его одноаульцы. Порядок этот устойчиво держится на протяжении всего XVIII и XIX вв. В законах Тауке, по записи Левшина, сказано: давать присягу «ни истец, ни ответчик сами за себя не могут; за них должны присягать люди, известные своей честностью». В конце XVIII в. Георги констатирует тот же порядок: «Никому не дозволяется за самого себя присягать; и ежели брат или приятель сделать того не пожелает или не может, то тот, на кого вступила жалоба, обвиняется» [325]. В конце XIX в. тот же порядок отмечает Леонтьев: «У киргиз никогда не присягает ответчик, а всегда лицо, состоящее с ним в одном десятстве или пятидесятстве по выбору истца» [326]. Наконец, из подробного изложения порядка назначения присяги, данного Гродековым, ясно видно, что присяга самого истца или ответчика является только исключением из общего правила, по которому присягать должны сородичи, одноаульцы. На самого ответчика присяга возлагается в тех случаях, когда он не причислен к общине, когда сумма иска так мелка, что никто не захочет из-за такой мелочи присягать, или когда обстоятельства дела исключают возможность для кого-либо, кроме самого ответчика, знать истину. Оценивая значение этих исключений, нужно к тому же иметь в виду, что правила адата, собранные Гродековым, уже окончательно искажены под влиянием царской судебной политики.

Кажущаяся неизменность рассматриваемого правила принесения присяги не дает, однако, основания утверждать, что перед нами процессуальный институт древнейшего происхождения. В частности, трудно предположить, что здесь сохранены древнейшие первоначальные формы присяги. Принимая обоснованное выше предположение о происхождении присяги из обряда примирения, нужно полагать, что в качестве «отдающего душу» мог фигурировать как сам виновник конфликта, так и его сородичи и, следовательно, первоначально присяга должна была даваться обвиняемому-ответчику совместно с помогающими ему соприсяжниками-сородичами. Древнее германское право допускало как присягу самого ответчика, так и присягу его с сородичами-соприсяжниками [327]. Древнее русское право возлагало в «Русской Правде» обязанность присяги на самого ответчика или истца, хотя послухи были, очевидно, соприсяжниками до тех пор, пока они не превратились в свидетелей, подтверждающих «слово против слова» показания истца или ответчика. Обращает на себя внимание сообщение Шанаева,

что по осетинскому праву до завоевания Осетии и внедрения царской администрацией новых начал суда и процесса очистительная присяга давалась одному ответчику, а обязательные соприсяжники из сородичей были введены по инициативе царской администрации [328]. У осетин элементы родовой коллективности были чрезвычайно сильны и все же, по Шанаеву, присяга возлагалась на самого ответчика. Возможные сомнения в достоверности сообщения Шанаева устраняются тем, что, как выше отмечено, осетинская присяга «кифаэлдисин», приносимая самим подозреваемым в убийстве, находится в неразрывной связи с обрядом искупления и примирения «фалдисандзинаб», в котором сам убийца как бы приносится в жертву. Таким образом, сравнительные историко-правовые данные, так же, как и происхождение казахской присяги «джан-берю», безусловно отвергают мысль, что в первоначальных формах присяги сам обвиняемый-ответчик отстранялся от принесения присяги, и заставляют видеть в этом установившемся у казахов в XVIII–XIX вв. порядке результат последующей эволюции присяги. Эту эволюцию можно представить себе таким образом, что первоначально присягу принимал подозреваемый, поддерживаемый выходившими с ним для «душедаяния» сородичами, соприсяжниками. Ясные следы такого порядка сохранились в обряде древнейшей казахской присяги «джан-берю» или в том, что у германцев долго сохранялся обычай принесения присяги вместе с соприсяжниками. Там, где начала родовой коллективности быстро разлагались, как в Киевской Руси, присяга, по Русской Правде, возлагается на самих спорящих, а соприсяжники в собственном смысле слова превращаются в послухов, которые уже в гораздо меньшей степени свидетели доброй славы, нежели свидетели конкретной невинности обвиняемого-ответчика. Напротив, там где, как у казахов, крепко держался родовой быт и начала коллективной ответственности общины, соприсяжничество должно было сохраниться и закрепиться. Но почему же это соприсяжничество вытеснило у казахов присягу самого ответчика, которая со времен Тауке до конца XIX в. вовсе не допускалась? Для понимания этой специфической черты казахского права нужно иметь в виду уже неоднократно отмеченную особенность всей политической и правовой надстройки казахского общества, заключающуюся в том, что в ней под примитивными, древнейшего происхождения формами скрывается сплошь и рядом совершенно новое содержание. Так обстоит дело и с присягой, ибо присяга в казахском процессе довольно успешно заменяла собою следствие и получение свидетельских показаний. Отстранение от присяги самого ответчика-обвиняемого будет совершенно понятно, если раскрыть эту роль присяги, но это удобнее сделать в связи с рассмотрением вопроса о роли

свидетельских показаний как вида доказательств в казахском процессе. Из-за отсутствия у нас каких-либо источников казахского права, которые были бы древнее XVIII в., невозможно сказать, когда именно присяга как основное судебное доказательство стала вытесняться показаниями свидетелей? Выше было, однако, отмечено, что уже в законах Тауке для удостоверения преступления требуются свидетели, и, только если их нет, позволено прибегать к присяге. Зная, что «законы» Тауке, как и всякая запись обычного права, древнее их кодификатора, можно предположить, что и свидетели появляются в судебном процессе казахов еще до Тауке. Предположение это отчасти подтверждается приводимой Крафтом казахской легендой, что «суд без присяги» впервые ввел Едиге, откуда видно, что создание такого суда предания относили еще к XIV в. [329].

Из рассмотрения истории института присяги видно, что «суда без присяги» в полном смысле этого слова казахский процесс никогда не знал и что под таким «судом без присяги» можно понимать лишь процесс, в котором наряду с присягой допускаются и другие доказательства, в частности показания свидетелей. Эти два основных вида доказательств постоянно конкурируют между собою. Но при этом грани между свидетелем и присягателем чрезвычайно нечетки, за присягой в казахском процессе часто скрываются свидетельские показания, которые только сообщают иногда действительную силу присяги. Среди свидетелей имеются так называемые доказчики с весьма различным отношением к свидетельствуемым ими фактам. Свидетельские показания могут иметь самостоятельное значение, но могут приобретать силу доказательства лишь в связи с подкрепляющей их присягой. Трудно сказать поэтому, о каких «свидетелях» идет речь в русской записи законов Тауке, сделанной Левшиным к тому же через сто лет после ханства Тауке. Можно, однако, из того, что свидетели в этой записи противопоставляются присяге, сделать бесспорный вывод, что в законах Тауке перед нами новый вид доказательства, заменяющий присягу.

Несмотря на это через два столетия, во второй половине XIX в., господствующим средством доказывания была все же присяга. Ибрагимов, например, сообщает, что казахи «не придают большой веры показаниям свидетелей». Он объясняет это тем, что «всякое мало мальски заслуживающее внимания дело бывает в степи более или менее известно всей окрестности со всеми подробностями» и потому решается без следствия. Вопросы же, требующие исследования истины, решаются присягой [330]. Леонтьев считает институт свидетелей *новым* для казахского процесса и полагает, что 80% дел в восьмидесятых годах XIX в. все еще решались присягой, а не путем привлечения свидетелей [331].

Подобные довольно частые сообщения авторов второй половины XIX — начала XX в. могли бы породить предположение, что постановления Тауке о предпочтении свидетелей присяге остались мертвой буквой, и свидетели не заняли значительного места в процессе. Но такое предположение было бы ошибочным. Распространенность присяги в конце XIX в. есть новое явление, связанное с полным разложением древнего суда биев к концу XIX в. и полным изменением характера присяги. Теперь это была не древняя «страшная» присяга, а либо безобидные символические остатки ее, либо еще чаще присяга по мусульманскому обряду, порядок назначения которой настолько свободно определялся бием, что обеспечивал желательное биею решение дела. При этом присяга, так сказать, измельчала, стала мелкой разменной монетой в отправлении «правосудия». Так освещается этот вопрос и в материалах, собранных Гродековым: «В *новейшее время* присяга... приобрела чрезвычайную популярность. В древности она давалась только для очищения от обвинения в кровопролитии» [332]. Одновременно расширилось и применение вспомогательной присяги, т. е. присяги, подкрепляющей свидетельские показания: «Прежде свидетели показывали без присяги. Ныне... истец не удовлетворяется без этого». Ранее присяга не считалась обязательным дополнением свидетельских показаний, как это видно из того, что свидетелю назначалась присяга лишь в том случае, если противник объявлял его «спорным», и из показания бия Умурбека, что отказ свидетеля от присяги «ныне» считается уличением его стороны [333].

Господству в конце XIX в. присяги предшествует, следовательно, ограничение присяги в XVIII и начале XIX в. Данные, характеризующие процесс в суде в конце XIX в., не характерны для процесса по обычному праву казахов, ибо от адата к этому времени остались лишь «чуть заметные следы, перепутанные разными наслоениями» [334]. Основная линия развития казахской процессуальной доказательственной системы, прерванная царской реформой бийского суда, заключается следовательно, в вытеснении древней присяги свидетельскими показаниями. Это изменение существа доказательственной системы, начало которого провозглашено уже в законах Тауке, не получает, однако, четкого выражения вследствие того, что, как будет показано, для получения свидетельских показаний используется та же присяга.

Постановление законов Тауке, допускающее присягу только при отсутствии свидетелей, сохранилось и в адате первой половины XIX в. В черновиках д'Андрэ постановление это полностью воспроизводится, хотя дополняется деталями, которых законы Тауке, по записи Левшина, не знают. «Буде для уличения в преступлении, — гласит запись, — не представлено вовсе свидетелей или для доказательства или же для

оправдания обвиняемого в преступлении, в подобных случаях предоставляется ответчику сыскать в отделении, которое бий с общего согласия означит, двух совершенно посторонних свидетелей (присягателей. — *С. Ф.*), могущих под присягой оправдать обвиненного; или же истцу представить на том же основании двух подобных же людей, могущих обвинить ответчика» [335]. Как на способ доказывания, применяемый лишь при отсутствии других доказательств, смотрит на присягу Чокан Валиханов, по словам которого обвинительная или очистительная присяга применяется в тех случаях, когда есть сильное подозрение, но явные улики отсутствуют [336]. Предпочтение свидетельских показаний присяге отмечено и в материалах Баллюзека-Сейдалина. Здесь это предпочтение выражается в том, что при наличии у одной из спорящих сторон свидетеля дело всегда решают в соответствии с показаниями свидетеля и даже в случае неявики его, в небольшом деле, поручают окончательное решение кому-либо из влиятельных лиц по месту жительства свидетеля, так что все судебное разбирательство ограничивается отобранием показаний у свидетеля [337]. Стремясь избежать обращения к царскому суду биев, казахи в конце XIX в. пользовались для рассмотрения своих споров судом аксакалов. В этом неофициальном суде сохранялись процессуальные и материально-правовые нормы казахского обычного права, которые из официального суда биев были уже вытеснены или грубо искажены. Интересно поэтому, что суд аксакалов, как отмечает сообщающий об этом суде С. Сабатаев, ориентировался в своей деятельности не на присягу, а на свидетелей [338]. Тем самым вновь подтверждается, что до вмешательства царской администрации в суд биев доказывание путем свидетельских показаний предпочиталось присяге, вытесняло ее, или, по крайней мере, как указывается в сборнике обычного права Самоквасова, свидетели и присяжные при оценке доказательств признавались «в равном достоинстве». Здесь подчеркивается к тому же, что речь идет о свидетеле в полном смысле этого слова, а не о таком, который свидетельствует со слов других [339].

Таким образом, система доказательств казахского процессуального права в XVIII и XIX вв., а весьма возможно и значительно раньше, вышла уже из того неразвитого состояния, при котором основным доказательством является присяга. Центр тяжести доказательственной системы переносится на показания свидетелей, т. е. лиц, знающих фактическую сторону дела. Присяга сохраняет свое значение доказательства преимущественно при отсутствии свидетелей и отчасти как момент, скрепляющий свидетельские показания.

Вследствие обвинительного характера процесса и решающей для исхода процесса роли обвинителя-истца, который организует и ведет

следствие, собирает доказательства обвинения, в процессе в качестве свидетелей выступают лица, принимавшие в той или иной форме по поручению истца участие в следствии. Свидетели казахского процесса — это в большинстве не непосредственные свидетели и не лица, случайно знающие обстоятельства дела, а следователи-добровольцы либо сородичи, выяснявшие обстоятельства дела по родственной обязанности. Такими свидетелями в широком смысле, т. е. лицами, сообщаящими суду известные им факты, относящиеся к предмету спора, являются прежде всего «доказчики».

Лучшим «настоящим» свидетелем считается тот, кто привел пойманного с поличным вора или отнял у него украденное вместе с лошадей и халатом либо получил публично от хозяина сююнчи (вознаграждение за раскрытие кражи). В показаниях такого свидетеля ценится бесспорность, вполне обеспечиваемая поличным.

Чаще, однако, доказательства совершенного преступления представляются так называемыми доказчиками. Доказчик — это лицо, которое берется доказать справедливость предъявленного обвинения на очной ставке с обвиняемым перед судом. Свои доказательства он основывает на точно произведенном им расследовании. Такое расследование доказчик производит либо в качестве сородича потерпевшего, стремящегося помочь ему по долгу родовой солидарности, либо в расчете на обязательное в пользу чужеродца в таких случаях вознаграждение. Потерпевший часто, не будучи в состоянии открыть вора, нанимает таких следователей-добровольцев за дорогую плату, и они-то, успешно справившись с задачей раскрытия преступления, выступают свидетелями-доказчиками в суде [340]. От этих доказчиков, которых Гродеков и Маковецкий называют «открытыми доносчиками», следует отличать тех, которые у Гродекова и Маковецкого называются «заочными доносчиками». Последние за небольшое вознаграждение сообщают влиятельному лицу, кто и при каких обстоятельствах совершил преступление, и не берут на себя представление доказательств суду. Сами «заочные доносчики» отказываются быть свидетелями при разборе дела. «Мы говорим за спиною, мы не можем сказать в глаза», — говорят они бию Султану [341]. Открытый доказчик, раскрывший преступление, получивший за это от потерпевшего крупное вознаграждение «сююнчи» и обязанный подтвердить обвинение в суде, несет ответственность перед потерпевшим за доказывание вины названного им лица путем предъявления вещественных доказательств или присягой своего сородича. В случае же, если он не сможет доказать эту вину перед биями, такой доказчик возвращает сююнчи потерпевшему в двойном размере против полученного им (Гродеков) или, возвращая сююнчу, платит и стоимость всей поклажи [342].

Напротив, в случае если ему удастся добиться осуждения обвиняемого им лица, в его пользу, а не в пользу истца потерпевшего идет «аип», т. е. штраф, взыскиваемый с осужденного сверх обязанности возмещения причиненного ущерба. Доказчик, таким образом, является следователем-свидетелем и в то же время как бы покупает иск со всеми возможными положительными и отрицательными последствиями. В связи с этим следует отметить, что подобная сделка вообще имела место в казахском процессе. Лицо, заменившее истца в процессе в порядке покупки иска, так и называлось «купившим иск», а название это впоследствии перешло на поверенных. Можно думать поэтому, что в сложной фигуре доказчика содержатся и некоторые элементы института судебного представительства.

Фигуру доказчика в процессе можно видеть не у одних только казахов. Описывая виды доказательств в осетинском процессе, Шанаев отличает от свидетеля в нашем смысле слова («авдисан») доказчика («комдзуог»). Последний за условленное вознаграждение должен доказать совершение обвиняемым преступления и в противном случае даже сам обязан был удовлетворить потерпевшего как виновная сторона [343]. У кумыков также существуют, помимо свидетелей и присяжников-тусевов, доказчики, которые, так же, как и у казахов, бывают явные и тайные. Явному доказчику дается в суде присяга, решающая дело. Тайного истец может назначить в присяжники-тусены [344]. Совершенно аналогичная фигура доказчика, называемого «сок» (от «сочить» — искать), существовали в середине XIX в. в Черногории. И здесь, как в Казахстане, потерпевший искал «сока», который являлся не раньше, чем договаривался через посредника о вознаграждении. Плата эта, между прочим, часто превышала стоимость украденного, и расчет «сока» и потерпевшего заключался в том, что ее, в конце концов, платить будет изобличенный вор [345]. Ссылку на доказчика в англосаксонской формуле обвинения, как на основании иска, приводит и Бруннер [346].

Отсюда видно, что доказчик не специфическая фигура казахского только процесса, а вид доказательства, свойственный определенной стадии развития процесса и судебных доказательств. Такой вид доказательств развивается в обществе с разлагающимися патриархально-родовыми отношениями, пока эти патриархально-родовые отношения еще настолько прочны, что мешают появлению в процессе свидетелей в современном значении этого вида доказательств.

Появление доказчика объясняется тем, что патриархально-родовой быт исключает возможность использования в процессе свидетелей. Лицо, которое можно было бы привлечь для дачи показания в качестве

свидетеля, не покажет истины против сородича, ибо это было бы грубым нарушением этики родовой солидарности; если род свидетеля не участвует, не заинтересован в споре, свидетель вообще откажется от показаний, чтобы не навлекать на себя и свой род вражду, а по кровническому делу и месть одной из сторон. Патриархально-родовое общество не допускает безнаказанного вмешательства в дело чужеродцев, ему чуждо представление о публичном интересе правосудия и о надродовой справедливости. Всякий, кто причиняет ущерб роду, метким ли выстрелом или опасным свидетельством, навлекает на себя месть по принципу объективного причинения. Осетины считали свидетельствование на суде позорным, приравнивали его к шпионажу. По делам об убийстве осетинский суд вообще не знал свидетельских показаний, ибо их никогда не нашлось бы, так как свидетели боялись бы мести. Такое же отношение к свидетелям как к шпионам, к их занятию как к опасному и презренному отмечают и у индусов [347]. Следы такого отношения к свидетельству сохранились и у казахов. Обычай не одобрял доносов о преступлениях, к доносчикам относились с презрением, выражая его в пословице: «У вора одна щека черна, у доносчика — обе» [348].

Во внутриродовых спорах просто не было почвы для использования свидетельских показаний. «У народа пятьдесят ушей», — говорит казахская пословица. Сородичи, в присутствии которых обычно разбирается дело, еще до разбирательства отлично уяснили себе фактическую сторону дела и не позволят исказить ее, так что специальная фигура свидетеля здесь совершенно излишняя.

Свидетельствование поспешно развивается, во-первых, из присяжничества-посредничества. Толчком к превращению присягателя-пособника, присягателя-свидетеля доброй славы в свидетеля факта была боязнь лжеприсяги. Эта сторона вопроса очень четко выражена в обычном праве казахов. В материалах Баллюзек-Сейдалина присягатель назван «домашним, междуродственным над ответчиком следователем» [349], так как, готовясь присягать, он тщательно выясняет все обстоятельства дела и, только убедившись в том, что ему не угрожает опасность принести ложную присягу, соглашается присягнуть. Благодаря этому истец как бы находит свидетелей среди сородичей ответчика, требуя от них очистительной присяги и заставляя их тем самым заняться проверкой обстоятельств дела. В рапорте младшего толмача пограничной комиссии Лукина находим по этому поводу следующее. Для уличения вора, сообщает Лукин, нужны два свидетеля со стороны истца, один из которых подтверждает показания присягой. Но если свидетелей нет и отсутствуют также другие улики, то истец, явившись в аул подозреваемого, «требуется, чтобы по избранию его один из однородцев его утвердил

присягою невинность обвиняемого; тогда старшие его родственники стараются узнать, точно ли он сделал покражу, и, если обвиняемый сознается им, то удовлетворяют истца» [350].

Вследствие такого характера присяги, предполагающей обязательную проверку присягателем фактических обстоятельств дела, круг лиц, которые могут быть присягателями в каждом отдельном случае, определяется таким образом, чтобы, с одной стороны, это были сородичи той стороны, в пользу которой они присягают, ибо за чужеродца никто не станет присягать и к тому же только сородичи могут хорошо расследовать обстоятельства, скрываемые от чужеродцев; с другой стороны, нужно, чтобы это не были слишком близкие родственники, ибо близкие родственники принесут истину в жертву родственным чувствам и, пожалуй, не убоятся покривить душой при присяге. Присяга не налагается, поэтому дальше круга запрещенной степени родства [351], т. е. дальше круга довольно близких сородичей. Однако в пределах этого круга сородичей к присяге допускаются более близкие родственники только по мелким делам; чем крупнее спор, тем менее близким должно быть родство. По материалам Баллюзека-Сейдалина, очистительная присяга возлагается: при краже одного барана — на родного брата подозреваемого, при краже 1–2 голов рогатого скота — на родственников второго и третьего колена, при краже 3–5 голов — на родственников не ближе пятого колена и т. д., так что при краже 100 голов скота очистительную присягу могут принести только два наилучших представителя целого рода [352]. Способ назначения присяги ставит присягателя, решающего своей присягой спор, под контроль противной стороны. Он заключается либо в том, что ответчик выдвигает из своих сородичей кандидатов в присягатели, из числа которых истец назначает уже присягателя, либо в том, что истец назначает присягателей из сородичей ответчика, а ответчику предоставляется право отвести от присяги тех своих сородичей, которые ему враждебны. Для принятия присяги дается продолжительный срок с целью предоставить присяжному возможность ознакомиться со всеми обстоятельствами дела. Предполагая в присягающем знание обстоятельств дела, бий, допуская к присяге, спрашивает его, знает ли он правоту или виновность лица, за или против которого он присягает [353]. Присягатель не свидетель доброй славы, говорит Леонтьев, а прямо удостоверяет, что преступление не совершено, для чего предварительно исследует вопрос [354]. Таким образом, присяга в XIX в. превращается из родового пособничества в даваемое под присягой свидетельское показание, с тем лишь различием, что знание свидетелем сообщаемых им фактов не является непосредственным. От присяги, которую приносит свидетель доброй славы, *laudator*, эта

присяга существенно отличается тем, что самый факт присяги теперь не имеет окончательного значения, и подтверждаемые присягателем обстоятельства могут быть проверены, причем в случае обнаружения ложности присяги присягатель штрафует, а противная сторона выигрывает дело.

К свидетельствованию приближается постепенно и упомянутый институт доказчиков. Он развивается не из присяги, а из обязанности родственной помощи для обнаружения преступника и при возвращении похищенного. Каждый из сородичей выполняет обязанности добровольного следователя и при успешности розысков может выступить перед судом в качестве свидетеля-доказчика, сообщив суду о результатах произведенного им расследования. Но, как сородич, он сделает это безвозмездно: родственники не имеют права на сююнчи за отыскание вора или украденного имущества. Появление доказчика, в собственном смысле слова, т. е. лица, принимающего на себя специально обязанность за обусловленное вознаграждение раскрыть преступление и разоблачить убедительными доказательствами преступника перед судом, — это результат разложения патриархально-родовых отношений при сохраняющейся слабости государственной и, в частности, судебной власти. Сородичи уже не стоят как прежде стеной, не проявляют былого рвения в защите интересов однородца, не бросят свои дела, чтобы рыскать по степи в поисках обидчика. Государственных следственных органов тоже не существует. Остается в поисках доказательств найти частного следователя-добровольца, который за соответствующее вознаграждение возьмется обнаружить вора, доказать совершение им преступления перед биями и даже гарантирует результат процесса обязанностью возвратить сююнчи в двойном размере, если представленные им доказательства будут признаны судом недостаточными.

Наличие в казахском процессе доказчиков и присягателей, которые расследуют, как правило, до принесения присяги все обстоятельства дела, наличие также и свидетелей в современном значении, предпочитаемых, как лучшее доказательство, присяге, — все это говорит о том, что в XVIII–XIX вв. присяга потеряла уже значение самостоятельного доказательства, что она превратилась в подкрепительную присягу, сопровождающую показания, даваемые суду, усиливающую значение этих показаний в оценке их судом. Центр тяжести в доказательственном праве лишь формально лежит в области присяги, по существу же переносится на представление объективных доказательств, являющихся предметом более или менее свободной оценки суда, который, в зависимости от этой оценки, назначает для окончательного решения дела подкрепительную присягу. Но решение может быть вынесено и без назначения

присяги. о таком случае упоминает Гродеков: «Когда судья, по точном и беспристрастном рассмотрении представленных доказательств, убедится в степени виновности или невиновности допрашиваемых лиц, например, ответчика, то несмотря на упорное утверждение его, что он чист от обвинения, постановляет решение без присяги» [355]. Такой порядок рассмотрения дела не может считаться результатом влияния на казахский процесс более развитого русского права, ибо, как было уже показано, решение дела предпочтительно без присяги предписывалось еще законами Тауке. Возможность такого порядка естественно вытекает из описанной роли доказчиков и «настоящих свидетелей». Доказательственное право казахов знало в качестве судебных улик и противоречия в показаниях, и поличное, и свежие следы, и уклонение от суда, и расписки, и т. д. [356]. Правда, этот перечень улик дан в конце XIX в., но стоит вспомнить традиционный порядок судоговорения в суде биев, предполагающий оживленную полемику, в которой принимают участие все присутствующие, ставящие перед собою задачу сбить показателя, разоблачить его, чтобы убедиться в том, что в суде, действительно, происходит критическая оценка доказательств по существу их. Судья, описанный в отчете Палена, судья, не совершающий никакой логической работы в оценке доказательств, сводящий свою деятельность к назначению одной из сторон присяги, в зависимости от исхода которой механически решается спор, такой бий-судья был продуктом царской реформы суда биев, превративший это древнее судилище, бывшее ранее тонким и хорошо замаскированным орудием классовой юстиции, в свободное от всяких процессуальных рамок открытое орудие господства отдельных байских группировок и обогащения взяточников-биев.

5. Выводы⁷³

1. Судебно-процессуальная форма возникает в ранних классовых обществах из синтеза карательной власти общины, не связанной какими-либо процессуальными формами, и примирительного междуродового разбирательства, где такая форма вырабатывается, но отсутствует власть, стоящая над сторонами и способная принудить стороны к исполнению решения.

2. Казахская юстиция сохраняет в качестве пережитка различные порядки разрешения споров и преследования преступлений внутри родового подразделения, с одной стороны, и отношениях междуродовых — с другой. Игнорирование этого различия есть *один из* источников

⁷³ В диссертации раздел начинается на с. 828.

глубоко ошибочного и извращающего классовую сущность суда, но весьма распространенного в литературе утверждения, что древний суд биев был третейским судом (Ч. Валиханов, д'Андрэ, Гродеков, Максимов и др.), что судебная власть биев покоилась на силе их морального авторитета, что бии свободно избирались тяжущимися.

3. Такое извращение сущности суда биев облегчало буржуазным националистам возможность отрицания эксплуататорского характера патриархально-феодального казахского общества и сейчас еще способствует протаскиванию националистической идеологии, идеализации биев (см. постановление ЦК КП(б) Казахстана от 1.II.1947 г.).

4. В действительности бии как по своему происхождению, так и по положению в казахском обществе до середины XIX в. представляли собою группу патриархально-феодальной знати, в руках которой функция отправления правосудия всегда была тесно связана с богатством и основанной на нем властью, распространяющийся на все области общественной жизни подвластных ему сородичей. Суд бия поэтому, как правило, приближался по существу к вотчинной юстиции, хотя и облеченной в патриархальные формы.

5. Особенность феодального по своей классовой сущности суда биев заключалась в том, что бий, осуществляя судебное принуждение, опирался, как и все родовые власти, не на «особые отряды вооруженных людей», а на свое богатство, «многочисленную фамилию», «хороших людей» общины и на созданный ему родовой знатью авторитет справедливого и мудрого судьи, знатока обычного права, красноречивого оратора-примирителя.

6. Бий, как правило, вовсе не свободно и добровольно избираемый сторонами третейский судья. Казахское судоустройство в большинстве случаев устанавливает *обязательную подсудность*, которая определяется *подвластностью* сторон. Не только одноаульцы, но и одноотделенцы и однородцы связаны определенной и обязательной подсудностью бию аула, отделения, рода. Определенные правила подсудности существуют и для лиц, не состоящих в одном и том же родовом союзе. Выбор бия там, где он возможен, определяется не самими сторонами, а указанием их «влиятельных сородичей», т. е. правящей верхушкой.

7. В спорах между сторонами, не имеющими общей подвластности, в частности, в международных спорах, преобладает также не третейское, а паритетное разбирательство. Таким образом, для третейского суда со свободным выбором бия-судьи в казахском судоустройстве остается очень узкая сфера, не дающая никаких оснований для утверждения, что эта форма суда была с древних времен господствующей. Усиление роли третейского суда имело место только в XIX в. в связи с разложением

патриархально-родовой организации и гибелью казахской государственности.

8. Вопреки утверждениям многочисленных источников (Тевкелев, Петр и Николай Рычковы, Паллас и др.) принудительной судебной и карательной властью пользовались также казахские ханы и султаны. Их судебная власть, как и их власть вообще, была ограничена старшинами.

9. Отсутствие единства судебного права выражается и в том, что наряду с господством обвинительного процесса широкое применение имеют начала розыска. Они обнаруживаются здесь в порядке преследования преступлений, отнесенных к категории наиболее тяжких (богохульство, кровосмешение, убийство внебрачного ребенка, занятие кражей в виде промысла, кража с поличным), и в преследовании лиц, «известных по дурному поведению». Розыскные начала имеют широкое применение в преследовании преступлений внутри родового подразделения. Бий возбуждает преследование по доносу или по заявлению других властей, обвиняемый доставляется в суд силами суда и администрации, бий подвергает его аресту, собирает доказательства, производит обыск и «повальный обыск».

Наличие в казахском судебном праве XVIII и начала XIX в. отчетливо выраженных и имеющих широкое применение начал розыска подчеркивает, что обычное право казахов располагало самыми острыми средствами классовой репрессии. Вместе с тем начала розыска не меняют характеристики казахского права как архаического, ибо начала розыска, вытекающие из потребности государства по собственной инициативе и не связывая себе рук процессуальной формой непосредственно отыскивать и карать преступников, столь же древни, как и обвинительный процесс, и имеют свои корни в карательной власти общинных властей раннего классового общества.

10. Устойчивое господство обвинительного процесса у казахов есть следствие патриархально-родового быта, так как только родовая организация, возможность прочно опираться на сородичей, однообщинников обеспечивает сторонам возможность самостоятельно вести следствие, добиться явки ответчика в суд, представить суду доказательства и т. д. Крайняя слабость органов надродовой власти не позволяет розыску вытеснить обвинительный процесс из области междуродовых отношений

11. В суде биев до тех пор, пока он не был реформирован царизмом, присяга всегда играла роль основного и важнейшего доказательства, хотя уже по законам Тауке предпочтение отдается свидетелям. Такая роль присяги объясняется тем, что присяга гарантировала производство следствия присягателями по существу спорного вопроса и в значительной мере заменяла допрос свидетелей-очевидцев. Этим объясняется,

почему присягал не сам ответчик, а его сородичи. Роль свидетелей возрастает по мере того, как в связи с разложением родового быта присяга теряет значение достоверного «домашнего, междуродственного над ответчиком следствия» (Баллюзек) и теряется вера в «святость» присяги. Дача присяги в этих условиях приобретает значение способа обеспечить произвол бия и неограниченное господство биев, в руках которых находился «суд биев» над беднотой аула. В этом своем качестве присяга сохраняет значение в реформированном царизмом «суде биев».

12. Известные нам древнейшие формы казахской присяги позволяют утверждать, что так называемая очистительная присяга по своему происхождению есть превращенная форма примирительной междуродовой процедуры, сопровождаемой выдачей преступника или его сородича роду потерпевшему. Из этой процедуры развиваются как поединок, так и присяга очистительная, а за ней и всякая вообще присяга. Этим, а не религиозно-этическими мотивами, объясняется имеющий место у большинства народов страх перед присягой, а также возложение ее, как правило, на сторону ответчика.

6. Примечания к главе V⁷⁴

1. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XVI. Ч. I. С. 76 (выделено мною. — С. Ф.).
2. Там же. С. 140.
3. Там же. С. 144 и 92.
4. См. раздел II настоящей главы.
5. Муромцев С. Гражданское право древнего Рима. С. 79.
6. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XVI. Ч. I. С. 66.
7. Там же. С. 146–147.
8. Там же. С. 144.
9. Там же. С. 134.
10. Там же. С. 76.
11. Ковалевский М. Родовой быт. С. 24.
12. Сборник сведений о Кавказе. Т. 1. С. 209.
13. Сборник «50 лет книги Энгельса “Происхождение семьи, частной собственности и государства”». С. 222–223.
14. Тан-Богораз. Чукчи. Ч. I. Л., 1934. С. 179.
15. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XVI. Ч. I. С. 120.
16. Там же.
17. Цит.: Там же. С.⁷⁵
18. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. I; Комаров А. В. Адагы. С. 22.
19. Там же. «Горская летопись». С. 65 и сл.

⁷⁴ В диссертации начинается на с. 834.

⁷⁵ В оригинале номер страницы не указан.

20. Ковалевский М. Закон и обычай на Кавказе. Т. II. С. 35 и 94.
21. Ковалевский М. Родовой быт. С. 9.
22. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. IV. 1870. «Горская летопись». С. 64.
23. Валиханов Чокан. Соч. С. 6; Леонтьев. С. 128.
24. Левшин. Описание. Ч. III. С. 180.
25. Там же. С. 133.
26. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XVI. Ч. IV. С. 105.
27. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. IV. С. 3.
28. Тацит. Германия. XII.
29. Там же. VII.
30. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. I. С. 58.
31. Матвей Меховский. Трактат о двух Сарматиях. 1936. С. 107.
32. Шпилевский С. Союз родственной защиты у древних германцев и славян. Казань, 1866. С. 38.
33. Морган Л. Древнее общество. Л., 1934. С. 71.
34. Там же.
35. Ковалевский М. Закон и обычай на Кавказе. Т. II. С. 23, 25, 94.
36. Там же. Т. I. 1860. С. 65.
37. Гродеков. С. 177; Максимов И. С. 62.
38. Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 154.
39. ЦГАДА. Ф. 122. К. 30. 1759. № 4. Л. 43.
40. Nicolaus Rytschkow... Tagebuch... Riga, 1774. С. 344 (перевод мой. — С. Ф.).
41. Цит. по: Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 184.
42. ЦГИАЛ. Ф. 1. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. № 28. 1821. Л. 21 об.
43. Отечественные записки. 1830. Ч. 42. С. 82.
44. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 54.
45. Словохотов. С. 78.
46. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 135.
47. Там же. Л. 108.
48. Там же. Л. 131.
49. Там же. Л. 139–139 об.
50. Валиханов Чокан. Соч. С. 161–163.
51. Словохотов. С. 76; Баллозек. С. 47; Ибрагимов. С. 283; Загряжский. С. 153.
52. Валиханов Чокан. Соч. С. 161.
53. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 138.
54. Цит. у Крахалева // Юридический Вестник. 1888. Т. XXVIII. Кн. 1. С. 25.
55. Крафт И. И. Из киргизской старины. Оренбург, 1900. С. 128.
56. Добросмыслов А. И. Суд у киргиз Тургайской области. С. 24.
57. Там же. С. 38.
58. Добросмыслов А. И. Тургайская область. С. 268 и сл.
59. Чулошников А. 1) Очерки. С. 107; 2) К истории феодальных отношений в Казахстане в XVII–XVIII вв. // Известия АН СССР. 1936. № 3. С. 504.
60. Штернберг Л. Я. Семья и род у народов северо-восточной Азии. Л., 1933. С. 47–55.

61. *Самойлович А. Н.* Богатый и бедный в тюркских языках // Известия АН СССР. 1936. № 4 С. 33.
62. *Будагов Л.* Сравнительный словарь турецко-татарских наречий. Т. 1. СПб., 1869. С. 263.
63. *Чулошников А.* К истории феодальных отношений в Казахстане в XVII–XVIII вв. // Известия АН СССР. 1936. № 3. С. 506.
64. *Георги П.* С. 124.
65. *Чулошников А.* К истории феодальных отношений в Казахстане в XVII–XVIII вв. // Известия АН СССР. С. 504.
66. *Рычков П. И.* Топография Оренбургской губернии. 1887/1762. С. 10.
67. Отечественные записки. 1830. Ч. 42. С. 90.
68. Сборник материалов, относящихся к истории Золотой Орды // АН СССР. М.; Л., 1941. С. 151, 173.
69. *Бартольд В.* Церемониал при дворе узбекских ханов в XVII в. // Записки ИРГО по отд. этнографии. Т. XXXIV. СПб., 1909. С. 304.
70. *Ленин В. И.* Соч. Т. XXII. С. 212 (подчерк. мною. — С. Ф.).
71. *Джавахов И.* Государственный строй древней Грузии и древней Армении. С. 12.
72. *Ковалевский М.* Социология. Т. II. С. 187, 210 и сл.
73. *Левшин.* Описание. Ч. III. С. 167.
74. *Гавердовский* (рукопись). Л. 72 об.
75. *Гейнс А. К.* Т. II. С. 624.
76. Там же. С. 625.
77. *Леонтьев.* С. 138.
78. *Добросмыслов А. И.* Суд у киргиз Тургайской области. С. 18.
79. Журнал гражданского и уголовного права. 1892. Кн. 1. С. 10 (подчерк. мною. — С. Ф.).
80. *Ибрагимов.* С. 233.
81. *Радлов В. В.* К вопросу об уйгурах. С. 68–71; *Radloff W.* Aus Sibirien. Т. 1. S. 513–514.
82. Отечественные записки. 1830. Ч. 42. С. 90.
83. *Загряжский.* С. 191.
84. *Гейнс.* Т. II. С. 665.
85. Известия Академии наук СССР. 1936. № 3. С. 505.
86. Журнал гражданского и уголовного права. 1892. Кн. 1. С. 4.⁷⁶
87. *Максимов.* С. 62.
88. *Радлов В.* К вопросу об уйгурах. С. 69.
89. *Крафт И. И.* Судебная часть в Туркестанском крае и степных областях. 1898. С. 108–110.
90. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 105.
91. Там же. Л. 54.
92. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. I. С. 140.

⁷⁶ Примечание в оригинале — рукой Фукса. При этом в данном примечании в диссертации переправлен номер с 87 на 86. Здесь дается с учетом поправки Фукса.

93. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 54 об.
94. Там же. Л. 55.
95. *Гродеков*. Приложения.
96. *Гавердовский* (рукопись). Л. 71 об.
97. Известия Академии наук СССР. 1936. № 3. С. 504.
98. *Крафт И. И.* Судебная часть в Туркестанском крае. С. 108–111.
99. Там же.
100. *Гейнс. Т. II*. С. 85.
101. Там же. С. 432.
102. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 106 об. и 114.
103. *Георги. II*. С. 125.
104. *Гродеков*. С. 132.
105. *Ибрагимов*. С. 233.
106. *Гавердовский* (рукопись). Л. 71 об., 72 об.
107. *Radloff W.* Aus Sibirien. В. 1. S. 513–514; К вопросу об уйгурах. С. 69–70.
108. Известия КазФАН. Сер. истор. Вып. 1. 1940. С. 106–107.
109. *Радлов В.* К вопросу об уйгурах. С. 69–70.
110. Там же.
111. *Леонтьев*. С. 127.
112. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 135.
113. *Леонтьев*. С. 124.
114. *Красовский*. С. 67. Ч. II.
115. *Самоквасов*. С. 39.
116. *Ибрагимов*. С. 233.
117. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. 2794. Л. 108.
118. *Загряжский*. С. 195.
119. *Валиханов Чокан*. Соч. С. 166 и сл.
120. *Гродеков*. С. 132.
121. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Л. 57 об.
122. *Леонтьев*. С. 127.
123. *Загряжский*. С. 192.
124. *Гродеков*. С. 141–142.
125. *Леонтьев*. С. 120.
126. *Мейер Л.* Материалы для географии и статистики России. Киргизская степь Оренбургского ведомства. СПб., 1865. С. 4.
127. *Radloff W.* Aus Sibirien. S. 514.
128. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50 об.
129. Сборник сведений о Кавказе. Т. 1. 1871. С. 214.
130. Там же. С. 196.
131. *Красовский*. Ч. II. С. 68.
132. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 248. Д. 2798. Л. 46 об.
133. *Красовский*. С. 68. Ч. II.
134. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Л. 75.
135. *Радлов В.* К вопросу об уйгурах. С. 70.

136. Гейнс. I. С. 69.
137. Материалы. IV. С. 214.
138. Леонтьев. С. 120–124.
139. Ибрагимов. С. 236–237.
140. Гавердовский (рукопись). Л. 73.
141. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XVI. Ч. I. С. 68.
142. См. главу III.
143. Добросмыслов А. И. Суд у киргиз Тургайской области. С. 24.
144. Сабатаев С. Суд аксакалов и суд третейский у киргизов Кустанайского уезда Тургайской области // Этнографическое обозрение. 1900. № 3. Кн. 46. С. 67.
145. Там же. С. 70–71.
146. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. XVI. Ч. I. С. 72, 75, 121.
147. Дмитриев Ф. Соч. Т. II. С. 61.
148. Леонтьев. С. 128.
149. Красовский. II. С. 82–90; Баллюзек. С. 49; Словохотов. С. 77; Чулошников. С. 208.
150. Пфаф. Народное право осетин: Сб. сведений о Кавказе. Т. I. 1871. С. 209–210; Ковалевский М. 1) Закон и обычай на Кавказе. Т. I. 1890. С. 65 и сл.; 2) Современный обычай и древний закон. Т. II. С. 219.
151. Валиханов Чокан. Соч. С. 161.
152. Гродеков. С. 177.
153. Brunner. 1906. В. 1. S. 206–207.
154. Материалы. IV. С. 35–36, 297, 298, 362, 372, 378.
155. Валиханов Чокан. Соч. С. 6.
156. Гейнс. II. С. 624.
157. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 151 об.
158. Гейнс. I. С. 137, 432.
159. Там же. II. С. 664–665.
160. Материалы. Т. IV. С. 394–395.
161. Гродеков. С. 179.
162. Леонтьев. С. 120.
163. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. Л. 12.
164. Материалы. IV. С. 57.
165. Георги. II. С. 126.
166. Левшин А. Описание. Ч. III. С. 180.
167. Из донесения Нуралы хана Екатерине II от 15.V.1774 // ЦГАДА Ф. 124. К. 60. № 1. 1774. Л. 11 об. — Содержание этого донесения подтверждается показанием Узбека Бурсукова 17.1.1774 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 60. Св. 503. № 3. Л. 32.
168. ЦГИАЛ. Ф. 1264. Оп. 54. Д. 276. 1828–1829. Л. 62.
169. Валиханов Чокан. Соч. С. 161.
170. Этнографическое обозрение. 1897. № 4. С. 5.
171. Положение об управлении Оренбургскими киргизами. 14 июня 1844 г. 2-е ПСЗ. Т. XIX. Отд. 1. № 7998.

172. 3 ПСЗ. Т. XI. № 7574. 25.III.1891.
173. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 131.
174. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 156.
175. *Красовский*. Ч. II. С. 77.
176. См., напр.: *Строгович М. С.* Учебник уголовного процесса. М., 1938. С. 24 и 29; то же. М., 1946. С. 37.
177. *Владимирский-Буданов М.* Обзор истории русского права. 1915. С. 635.
178. Там же.
179. См. раздел I-й этой главы.
180. *Штилевский С.* Союз родственной защиты у древних германцев и славян. 1866. С. 98.
181. *Wagner*. В. I. S. 267. В. II. S. 436.
182. *Taцит*. Германия. XII.
183. *Grimm J.* Deutsche Rechtsalterthümer. В. II. S. 511 и сл.
184. *Владимирский-Буданов М.* Обзор. С. 612 и примечание.
185. *Гродзинский М. М.* Улики в советском уголовном процессе // Ученые труды ВИЮН. Т. VII. С. 45.
186. *Строгович М. С.* Учебник уголовного процесса. М., 1938. С. 31. М., 1946. С. 55.
187. *Юшков С. В.* История государства и права СССР. 1940. С. 108. и 232; 2-е изд. М., 1947. С. 138.
188. *Владимирский-Буданов М.* Обзор. С. 615.
189. П.С.Р.Л. Т. 1. 1846. С. 75–76.
190. *Владимирский-Буданов М.* Хрестоматия. 1899. Вып. I. С. 142–143. прим.
191. *Гродзинский М. М.* Улики в советском уголовном процессе // Ученые труды ВИЮН. Т. VII. С. 16 (подчерк. мною. — С. Ф.).
192. *Глазер*. Руководство по уголовному процессу. 1884. Т. I. С. 26; *Строгович М. С.* Учебник уголовного процесса. М., 1938. С. 28.
193. *Левшин*. Описание. Т. III.
194. Там же.
195. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. № 2794. 1846. Л. 59, 141 об.
196. Там же. Л. 109 об.
197. Там же.
198. *Гродеков*. С. 182 (подчерк. мною. — С. Ф.).
199. *Валиханов Чокан*. Соч. С. 161 и 166.
200. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. № 2794. 1846. Л. 57.
201. *Гейнс*. Т. I. С. 123.
202. Там же.
203. *Гродеков*. С. 163–164.
204. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 248. Д. № 2798. 1845–46. Л. 21 об.
205. Там же.
206. *Самоквасов*. С. 37.
207. Там же.
208. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. № 2794. 1846. Л. 13 об. и 59 об.
209. *Загряжский*. С. 202.

210. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. № 2794. 1846. Л. 55 об.
211. Там же. Л. 110 об.
212. Там же. Л. 135.
213. *Словохотов*. С. 87 и сл.
214. См. главу IV.
215. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. № 2798. 1845–46. Л. 11.
216. Там же. Л. 77.
217. Там же. Л. 69 об.
218. *Гродеков*. С. 173–174.
219. *Изразцов*. Обычное право киргиз Семиреченской области // Этнографическое обозрение. 1897. № 4. С. 34.
220. *Гродеков*. С. 166.
221. Там же. С. 167–168.
222. *Самоквасов*. С. 189.
223. *Гродеков*. С. 162 (выделено мною. — С. Ф.).
224. *Гродеков*. С. 163.
225. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 248. Д. № 2798. Л. 11 об.
226. *Гейнс*. Т. I. С. 123.
227. *Гродеков*. С. 164.
228. *Ковалевский М.* Современный обычай и древний закон. Т. II. С. 360.
229. *Гродеков*. С. 181.
230. Этнографическое обозрение. 1900. № 3. С. 69.
231. Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 154.
232. *Владимирский-Буданов М.* Обзор. С. 617–618.
233. *Brunner*. Т. I. S. 254. Т. II. S. 442 и сл.
234. *Brunner*. Т. II. S. 442–443.
235. Салическая Правда. IV.
236. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. № 2794. 1846. Л. 59 об, 111 об.
237. *Загряжский*. С. 200–201; *Гродеков*. С. 193.
238. *Добросмыслов А. И.* Суд у киргиз Тургайской области. С. 24; *Чулошников*. Очерки. С. 208–209.
239. Закавказский край. Заметки о семейной и общественной жизни и отношениях народов, обитающих между Черным и Каспийским морями. Т. II. СПб., 1857. С. 107.
240. *Ковалевский М.* Современный обычай и древний закон. Т. II. С. 216.
241. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. № 2794. 1846. Л. 150 об, также 59.
242. *Гродеков*. С. 181.
243. *Загряжский*. С. 197.
244. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. № 2794. 1846. Л. 59.
245. *Загряжский*. С. 197.
246. *Гродеков*. С. 181.
247. *Иванишев Д.* Соч. 1876; Ряд земского права. Ст. 27.
248. *Brunner*. Т. I. S. 267. Т. II. S. 483.

249. *Загряжский*. С. 192.
250. *Вриппер*. Т. I. С. 226.
251. Там же. II. С. 488.
252. *Ковалевский М.* Современный обычай и древний закон. Т. II. С. 71, 75.
253. *Баллюзек*. С. 63 и сл.
254. *Маковецкий*. С. 72.
255. Народные суды Туркестанского края. Отчет по ревизии Туркестанского края гр. Палена. СПб., 1909. С. 3.
256. *Баллюзек*. С. 64.
257. *Ибрагимов*. С. 237.
258. *Гродеков*. С. 212, 214.
259. *Загряжский*. § 64.
260. *Ковалевский М.* Родовой быт. Вып. I. С. 171.
261. *Штлевский С.* Союз родственной защиты у древних германцев и славян. С. 75 и сл.
262. *Карамзин Н.* История государства российского. Т. I. 1892. С. 53.
263. Пост. Зачатки государственных и правовых отношений. М., 1901. С. 160.
264. *Ковалевский М.* Родовой быт. С. 9.
265. Там же. С. 171.
266. Пост. указ. соч. С. 160.
267. *Штлевский С.* Союз родственной защиты у древних германцев и славян. С. 168.
268. Записки ИРГО по отд. этнографии. Т. XXXIV. 1909.
269. См. разд. 1 настоящей главы.
270. *Ковалевский М.* Закон и обычай на Кавказе. Т. II. С. 23, 25, 9.
271. *Богораз-Тан В. Г.* Чукчи. Ч. 1. Л., 1934. С. 179.
272. *Иванишин Н. Д.* Соч. 1876. «Ряд земского права чехов». С. 121. § 26.
273. *Палимбецкий А.* о системе судебных доказательств древнего германского права. 1844. С. 69; *Пахман С.* О судебных доказательствах по древнему русскому праву. 1851. С. 86 и сл.
274. *Владимирский-Буданов М.* Хрестоматия. Вып. I. 1871. С. 48.
275. *Гродеков*. С. 213.
276. *Штлевский С.* Союз родственной защиты у древних германцев и славян. С. 44–45.
277. Пост. указ. соч. С. 160.
278. *Баллюзек*. С. 64–67.
279. Там же. С. 67.
280. Юридический Вестник. 1890. Т. V. Кн. 1–2. С. 131.
281. *Гродеков*. С. 215.
282. *Ковалевский М.* Закон и обычай на Кавказе. Т. II. С. 121.
283. *Джантемир Шанаев*. Присяга по обычному праву осетин: Сб. сведений о кавказских горцах. Вып. VII. С. 16–17.
284. Там же. Вып. IX. «Сборники». С. 75.
285. *Гавердовский* (рукопись). Л. 73.

286. *Гродеков*. С. 214–215.
287. *Баллюзек*. С. 66.
288. *Чулошников А.* Очерки. С. 20; *Леонтьев*. С. 130.
289. *Баллюзек*. С. 51–54.
290. *Словохотов*. С. 91, 95.
291. *Гродеков*. С. 212.
292. *Маковецкий*. С. 63–76.
293. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. № 2794. Л. 146 об.
294. Известия о-ва археологии, истории и этнографии при Казанском университете. Т. XIX. С. 487.
295. *Словохотов*. С. 112.
296. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. VII. С. 16.
297. Там же. Вып. IX. С. 104.
298. *Гродеков*. С. 217, 219.
299. Там же.
300. *Леонтьев*. С. 131.
301. *Гродеков*. С. 195; *Баллюзек*. С. 56.
302. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. VII. С. 4, 6.
303. Там же. Вып. I. С. 16.
304. *Rogge K.* Über das gerichtswesen der Germanie. 1820. S. V и 188.
305. *Grimm J.* Deutsche Rechtsalterthümer. В. II. 1899. S. 542.
306. *Пахман С.* О судебных доказательствах по древнему праву. С. 13, 96.
307. *Rogge K.* Über das gerichtswesen der Germanie. S. 25.
308. *Гродеков*. С. 196.
309. *Гродеков*. С. 217.
310. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 248. Д. № 2798. 1845–1846. Л. 11 об.
311. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. I. 1868. С. 80–88.
312. *Ибрагимов*. С. 237–240; *Баллюзек*. С. 58.
313. Там же.
314. *Гродеков*. С. 213.
315. Записки ИРГО по отд. этнографии. Т. XXXIV. 1909. С. 220 и сл.
316. *Шанаев Д.* Присяга по обычному праву осетин. С. 7–16.
317. Адагы жителей Кумыкской плоскости: Сб. сведений о кавказских горцах. Вып. VI. С. 3.
318. Цит. по: *Пахман С.* О судебных доказательствах. С. 90.
319. Словарь Даля. «Присяга».
320. *Гродеков*. С. 211.
321. *Баллюзек*. С. 49.
322. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. I. 1868. С. 80–88.
323. *Гродеков*. С. 216–217.
324. *Ибрагимов*. С. 239.
325. *Георги*. Ч. II. С. 126.
326. *Леонтьев*. С. 132.
327. *Brunner*. Т. I. S. 259. Т. II. S. 513.

328. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. VII. С. 4.
329. Крафт И. И. Судебная часть в Туркестанском крае. С. 22–23.
330. Ибрагимов. С. 235.
331. Леонтьев. С. 135–137.
332. Гродеков. С. 192–193.
333. Гродеков. С. 208.
334. Крафт И. И. Судебная часть в Туркестанском крае. С. 19.
335. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 247. Д. № 2794–1846. Л. 56.
336. Валиханов Чокан. Соч. С. 161.
337. Баллюзек. С. 51.
338. Этнографическое обозрение. 1900. № 3. С. 68.
339. Самоквасов. Ст. 47 и 54.
340. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 248. Д. 2798. 1845–1846. Л. 77.
341. Гродеков. С. 190; Маковецкий. С. 69.
342. Баллюзек. С. 111.
343. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. III. С. 1–2. — См. также:
 Пфаф. Народное право осетин. С. 217. Сборник сведений о Кавказе.
 Т. 1. 1871.
344. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. VI. С. 3.
345. Журнал МНП. 1846. Ч. 52. С. 83.
346. ... II. С. 457. прим. 17⁷⁷.
347. Ковалевский М. Закон и обычай на Кавказе. С. 25, 27, 96.
348. Гродеков. С. 190.
349. Баллюзек. С. 56.
350. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. 1. Св. 248. Д. 2798. 1845–1846. Л. 26 об.
351. Гродеков. С. 220.
352. Баллюзек. С. 108–115.
353. Гродеков. С. 209–213.
354. Леонтьев. С. 132.
355. Гродеков. С. 195.
356. Там же. С. 194.

⁷⁷ В начале примечания в сохранившемся экземпляре оригинала явный пропуск фамилии или названия источника. Возможно «Vrunner.», так как в рукописи Фукса страницы в немецких книгах обозначались им и как «S.», и как «C.» (см. примечание № 327).

ГЛАВА VI ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ¹

1. Важнейшие объекты собственности²

Общая характеристика отношений собственности казахского общества дана выше в очерке «Патриархально-феодальные отношения в Казахстане». Там же рассмотрены важнейшие вопросы земельной собственности, к которым поэтому нет необходимости вновь возвращаться в настоящем очерке, хотя вопросы эти и составляют важнейшую и неотъемлемую часть его темы.

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, возникло гораздо раньше. Как мы уже видели, источники по истории кочевников Средней Азии не оставляют никаких сомнений в том, что задолго до образования государства казахов кочевые племена, из которых сложился казахский народ, представляли собою общества частных собственников, в которых патриархально-родовой быт лишь прикрывал классовую дифференциацию и отношения эксплуатации. Для XV–XVI вв. наличие частной собственности подтверждается уже письменными источниками, непосредственно относящимися к казахскому обществу, как, например, цитированным уже ранее сообщением Рузбехана о резком различии юрт простых и знатных казахов и о наличии у казахских семей по несколько работников и подчиненных. Вообще, вся структура казахского общества XV–XVI вв., а также ясно засвидетельствованное источниками разложение общины и выделение знати, богатых

¹ В диссертации начинается на отдельной с. 848, на которой дано только название главы. Этому пронумерованному листу в диссертации предшествует отдельный титульный лист для третьего переплета (тома) с указанием названия работы: С. Л. Фукс. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. (окончание). Харьков 1948 г. Затем в оригинале идут два листа содержания оставшихся двух глав, а также «Список сокращений» в «Примечаниях» и «Источники и литература». Титульный лист и дополнительное Содержание, как и в иных случаях, в нумерацию страниц в оригинале не включены.

² В диссертации начинается на с. 849.

скотоводов: старшин, биев, батыров — все это не оставляет никаких сомнений, что частная собственность на движимость в это время уже совершенно упрочилась.

После того, как в очерке «Патриархально-феодалные отношения в Казахстане» была показана решающая роль частной собственности на скот для всей экономической классовой структуры казахского общества и концентрация этого богатства в руках феодалов, нет необходимости вновь доказывать, что скот было основным объектом частной собственности, основой классового господства. Это обстоятельство, кстати, отразилось и в терминологии казахов, которые в отличие от всякого иного имущества, именуемого вообще «мульк»³, называли скот «даулет», т. е. богатство (Маковецкий).

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» еще сохранял рабство в казахской степи, запрещая лишь вновь приобретать в рабство «природных киргизов»⁴. До этого правительство занималось лишь регламентацией порядка пограничной работоторговли, 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. Рабов было уже очень мало. Например, в ряде округов Семипалатинской области рабов к моменту «отмены» рабства уже не было [1].

Правовое положение раба вполне соответствовало тому, которое выработано было в рабовладельческих обществах. Раб был объектом права собственности в полном смысле этого слова. Его продавали, покупали и убивали безнаказанно. Он не мог быть даже субъектом преступления: за совершенное рабами убийство композицию должен был платить хозяин раба, как это однажды пришлось сделать хану Аблау [2].

³ В современном казахском языке под «мулік» подразумевается имущество, собственность. По казахскому обычному праву все вещи подразделялись на две категории: (1) «мал» — скот и (2) «мулік» — все прочее имущество.

⁴ Имеется в виду § 277 главы девятой Устава: «Невольники, ныне находящиеся у киргизов, остаются при их владельцах с правом продажи, передачи и наследственного владения, но строго запрещается вновь приобретение в неволю природных киргизов» (см.: Устав о Сибирских киргизах // Войцеховский Е. И. Устав о Сибирских киргизах 1822 года (текст и комментарий). Алматы: АЮ — ВШП «Әділет», 2004. С. 46)). Число невольников, их принадлежность и передача должны были учитываться («производиться с его ведома») в Окружном приказе (§ 278).

Ниже цитируются некоторые купчие на продажу рабов-пленников. В записях д'Андрэ содержатся следующие нормы обычного права, закрепляющие рабовладельческие отношения. Каждый «ордынец», «какого бы происхождения не был», может владеть рабами. «Раб находится в полном повиновении хозяина, 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» [3].

Если в середине XIX в. накануне отмены рабства рабов было уже очень мало и они не играли серьезной роли в хозяйстве знати, то в XVIII в. дело обстояло совершенно иначе. Из донесения 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 заявили поэтому, что предпочитают откочевать к Туркестану, нежели расстаться с необходимой им рабочей силой [4]. Гуляев в рапорте от 8 апреля 1750 г. сообщил, 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 [5]. 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 принимали 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. Нуралы писал Давыдову: «Все киргиз-кайсаки малые и большие повеления моего не слушают, представляют, что я им беглецов их не доставляю и что они имеют откочевать в те места, где отцы их кочевали...» [6]. Значение рабов в хозяйстве богатых скотоводов неоднократно подчеркнуто Георги. Существование «сауна» [7] он объясняет тем, что «не всяк может иметь довольное для табунов своих число невольников». Трудоемкое производство ценной казахской мерлушки⁵ «ведется только при малых стадах или у богатых людей, имеющих у себя многих невольников» [8].

По своему правовому положению близко к объектам собственности стоит эксплуатируемая женщина-казашка. Определение женщины

⁵ Мерлушка — шкурка с ягненка грубошерстной породы овец в возрасте до двух недель. Использовалась для изготовления меховых воротников, шапок и т. п.

как объекта права собственности, как имущественной ценности, принадлежащей отцу или мужу, нельзя рассматривать в данном случае как метафору или как бесполезную в историческом исследовании попытку заклеить собственнические инстинкты мужа в его отношении к жене. Это просто 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» [9]. Казахская женщина была не только предметом собственности, ценностью, но и платежной единицей. Она входит в число предметов, которыми выплачивается кун, наряду с верблюдами, лошадьми, баранами, панцырями, коврами и халатами [10]. Как платежная единица она имеет более или менее устойчивую цену. В сообщении султана Даулета⁶ две девицы в куне могут быть заменены 1000 баранов как их эквивалентом и наоборот [11]. И это вовсе не теоретическое только воззрение. Женщинами, как лошадьми и баранами, расплачивались на практике. В приложении к рапорту от октября 1863 г. управляющего чумекеевским родом Ирмухамеда Касымова, в котором Касымов сообщал, что присудил с казаха Бусмуруна Баракова за произведенную им барымту 200⁷ лошадей в пользу потерпевших, имеется расписка потерпевших следующего содержания: «Мы получили за удовлетворение наше 140 лошадей, а взамен 60 лошадей мы взяли дочь киргиза Бусмуруна Баракова по имени Каратаю» [12].

Гродеков приводит решение суда биев по делу, в котором с ответчика Тюлебека взыскивается присвоенное им наследство истца, состоящее из *сестры*, скота, коров, халатов, посуды и т. д. [13].

Сказанным здесь вовсе не отвергаются общеизвестные факты, что в бытовом своем положении казахская женщина была избавлена от многих унижительных тягот, которые падали на плечи ее сестры 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 проданы за калым мужу, они составляют имущество мужа, которое после его смерти переходит по наследству к его братьям. Жены, по авторитетному разъяснению бия Сагындыкова, в конце XIX в. «бесправны, как рабыни, как скот или земельная собственность» [14]. Бай

⁶ Даулет-Али султан Пир-Али улы.

⁷ Цифра «200» — рукописная вставка в оригинале.

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 с мужа штрафа за изувечение жены, формулируют свою претензию так: «Ты изувечил нашу сестру, понизил ей цену» [15]⁸.

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

2. Семья как субъект права собственности.

Семейная тамга⁹

На всем протяжении истории казахов от XV до XIX в. частная собственность на скот и другие средства и орудия производства, кроме земли, выступает как семейная собственность. Для характеристики права частной собственности нужно, прежде всего, ответить на вопрос, что представляет собою здесь семья, являющаяся субъектом права собственности. К сожалению, решение этого вопроса затрудняется крайне недостаточной разработанностью истории семьи у казахов и скудностью, особенно для более ранних периодов, источников, освещающих историю этой семьи.

Отнюдь не ставя пред собою требующую специального исследования задачу дать историю казахской семьи, попытаемся лишь на основе

⁸ Из последних казахстанских работ см., напр., диссертацию О. К. Казиева «Правовой статус женщины в кочевой цивилизации казахов (XVII в. — начало XX в.)»: *Казиев О. Көшпелі қазақ өркениетіндегі әйел құқығының мәртебесі (XVII — XX ғғ. бас кезеңі)*. Алматы, 2005.

⁹ В диссертации начинается на с. 856.

изложенного ниже историко-юридического материала определить стадию ее развития в XVIII–XIX вв.

Анализ отношений собственности внутри семьи и между отдельными семьями, рассмотрение объектов семейной собственности и классового содержания важнейших способов распоряжения семейной собственностью позволяет, как увидим, сделать вывод, что в XVIII–XIX вв. казахская семья *еще* не является индивидуальной семьей, к каковой она лишь приближается в конце XIX в. Казахская семья конца XVIII — начала XIX в. представляет собой определенную стадию разложения большой патриархальной семьи, не превратившейся еще в семью индивидуальную.

Определив так место казахской семьи в истории семьи, относя ее к типу большой семьи или семейной общины и даже подчеркнув, что речь идет о семейной общине в стадии разложения, мы еще очень мало сделали для выяснения стадии развития казахской семьи. Дело в том, как справедливо заметил М. О. Косвен, семейная община как тип семьи, несмотря на огромную ее роль в истории, до сих пор «осталась недоисследованной». Давая обстоятельный обзор литературы вопроса, М. О. Косвен пришел к выводу, что до сих пор исследователи брали семейную общину *статически*, «не обращались к истории самой семейной общины, не пытались наметить этапы ее развития и в этом свете истолковать различные стороны ее внутренних отношений, различные элементы ее строя и быта» [16]. Короче, этапы развития семейной общины не конкретизированы. Ясно, что эти этапы теснейшим образом связаны с этапами развития семейной собственности. При таком положении вопроса осложняется стоящая перед нами задача изучения семейной собственности у казахов. Конечно, картина развития семейной собственности должна быть дана по конкретным материалам и 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 перейти к изложению конкретных материалов, обратимся к классической работе. Ф. Энгельса и попытаемся выяснить, какие указания по вопросу об этапах развития семейной общины здесь содержатся.

Энгельс определил значение большой патриархальной семьи как «переходной ступени от семьи, возникшей из группового брака и основанных на материнском праве, к индивидуальной семье современного мира» [17]. Перечень приводимых Энгельсом примеров, патриархальной семьи убеждает нас в том, что эта «промежуточная форма» семьи, в свою очередь, знает весьма различные по своему содержанию переходные

ступени и промежуточные формы. В самом деле, как на большую патриархальную семью Энгельс указывает, с одной стороны, на славянскую задругу, многочисленные члены которой нередко состоят в довольно отдаленном родстве; во главе нее стоит избранный и смещаемый семейным советом «домачин», 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 который 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 [18]¹⁰, 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 Энгельс не дает своей оценки этому сомнению и, что еще важнее, не снимает и в 4-м издании «Происхождения семьи» своей выше приведенной характеристики отцовской власти в римской семье. Таким образом, большая патриархальная семья (славянская «задруга» или римская familia, которая, по словам Энгельса, «также сводится к этому типу») возможна, во-первых, как семья с совместной собственностью всех равноправных ее членов на семейное имущество и главою семьи, ограниченным в распоряжении собственностью семейным советом, во-вторых, как семья, глава которой, будучи господином жены и детей, узурпировал и право распоряжения имуществом 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 paterfamilias, которые позволили М. Ковалевскому сомневаться в абсолютной власти отца и бесправии членов familia, являются пережитками более древнего этапа римской патриархальной семьи, нежели той, 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 семье и далее к индивидуальной семье. Все же здесь даже в конце XIX в. нельзя еще говорить о господстве

¹⁰ Библиографию опубликованных работ М. М. Ковалевского за период с 1875 по 1977 г. см.: Емельянов Ю. Н. Максим Максимович Ковалевский (1851–1916 гг.) // История и историки. Историографический ежегодник 1980 / Отв. ред. М. В. Нечкина. М.: Наука, 1984. С. 298–337.

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 XVIII — начале 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 основе 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 и XIX вв. продажа детей в рабство в голодные годы была массовым явлением. В этом отношении казахская семья весьма близка к римской familia. Казахская семья отличается, далее, от задруги более узким, чем в задруге, кругом родственников. В то время как в задруге «родство это не редко очень отдаленное» [19], так что здесь может иметь место даже фикция родства и члены задруги иногда даже могли вступать в брак между собою [20], в казахской семье существуют более близкие родственные связи, вовсе исключая браки внутри семьи. От задруги отличает казахскую семью и деспотическая власть отца и мужа. В казахской семье нет того демократического устройства, которое характеризует задругу [21]. 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, выборности главы семьи, что также характеризует задругу.

Для начала XIX в. Гавердовский дает некоторые данные к характеристике казахской семьи. Как и Георги [22], Гавердовский отождествляет семью с «кибиткой». «Под названием семьи или кибитки, — сообщает Гавердовский, — разуметь должно здесь целое существо, соединенное узами крови, под отеческим правлением старшего из них. В таком семействе бывает иногда до 20 душ и более одних мужчин» [23]. Многочисленность семей подтверждается сообщением Гавердовского, что «в прежние времена по смерти хана каждый аул и почти каждая семья избирала из среды своей доверенных людей и посылала оных на общий совет в определенное место» [24]. Совершенно очевидно, что подобных «выборщиков» посылать могли не индивидуальные семьи, а те самые семьи-общины, в которых во времена Гавердовского бывало по 20 мужчин

и которые «в прежние времена» были, нужно думать, еще многочисленней. О том же косвенно говорит и сообщение Гавердовского, что аул состоит из «нескольких» семей [25]. В. Радлов во второй половине XIX в. сообщает, что аул состоит из 3–5 юрт, в другом месте из 6–10 семейств [26]. Так как кочевание малыми группами, по соображениям, изложенным при рассмотрении вопроса о земельной собственности, 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. в Казахстане была необходимым условием ее существования. Это относится не только к богатым и знатным семьям, где многочисленная семья была одним из важнейших условий сохранения власти (см. главу III), 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 [27].

Собственность такой семьи была частной собственностью. Характер семейной собственности в каждом эксплуататорском обществе определяется ведущей ролью собственности богатых семейств, поскольку имущественные отношения трудовой семьи регулируется 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? Имеющиеся источники не дают возможности уточнить ответ на этот важный вопрос. Ясно лишь, что частная семейная собственность существовала уже в период создания казахского государства, как о том свидетельствует, например, сообщение Рузбехана, на которое мы уже ссылались выше. Некоторое значение для истории семейной собственности имеют данные о казахских тамгах — знаках собственности. На данных о тамгах¹¹ следует остановиться

¹¹ Тамга — первоначально родовой знак. У казахов тамги весьма многообразны. Это многообразие объясняется тем, что с дроблением рода обособлявшиеся отделения принимали основную тамгу рода, но видоизменяли ее, прибавляли, на-

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. [28] и почти вовсе не разработаны. Ценные соображения Н. Аристова по вопросу о казахских тамгах в соответствии с задачей труда, в котором они содержатся, касаются лишь значения родовых тамг и вовсе не затрагивают вопроса о тамге как знаке семейной собственности, Н. Аристов, к тому же, полагает, что «тамга есть знак собственности родовой» [29]. 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 родовичи¹² знают по мастям и другим признакам почти каждую скотину в стадах своего рода» [30]. 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 знаками *семейной* собственности [31]. 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 бесспорного, впрочем, факта чрезвычайной древности употребления тамг и среди них указание на то, что знаки алфавита орхоно-енисейских надписей VIII в. н. э. «суть родовые тамги, употребляемые большею частью и поныне у киргиз-казаков». 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».

Таким образом, исследование Н. Аристова вовсе не затрагивает интересующий нас вопрос о времени возникновения семейной тамги как знака семейной собственности. Зная теперь, что таковым были тамги

пример, к основной тамге новую черту, перевертывали начертание и пр. С развитием частной семейной собственности у казахов появились семейные тамги. Наличие их для XVIII в. бесспорно. Предание связывало введение семейных тамг с именем хана Тауке. Султаны имели свою особую тамгу (см.: МИКССР (1785–1828 гг.). Т. IV. С. 483).

¹² Слова «на слишком больших пространствах, потому что родовичи» — рукописная вставка сверху строки в машинописном тексте.

XVIII в., попытаемся выяснить время возникновения семейной тамги, закрепившей семейную собственность.

Предание, приписывающее введение семейных тамг хану Тауке, вовсе не может служить опорным пунктом для решения этого вопроса. Предание это, во-первых, в известных редакциях достаточно сбивчиво толкует о том, какие тамги ввел Тауке. В то время как, по Левшину, хану Тауке приписывается введение тамги «всякому поколению, роду и отделению» [32], сообщение Гавердовского 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...» [33]. 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. Если бы даже мы не располагали никакими конкретными историческими данными для такого решения вопроса, то и тогда должны были бы склониться к этому решению на основе данных о развитии собственности у большинства народов. Энгельс, говоря о возникновении скотоводства, и в частности в бассейне Аму-Дарьи и Сыр-Дарьи, подчеркнул, что частная собственность на стада развивается рано. Он считал, далее, несомненным, что «в самом начале *достоверной* истории мы всюду находим стада в обособленном владении *глав семейств*» [34]. 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 стелах орхоно-енисейских тюрок. В одном из таких памятников имеется упоминание, что у покойного «на земле *клейменный* скот без числа был» [35]. Китайские источники отмечают наличие тамг у уйгуров: «На домашней скотине они выставляют клеймо *владельца*: если таким образом заклеянное животное заблудится и пристанет к чужому стаду, никто не присваивает его себе» [36]. О монголах Марко Поло писал: «Всякий *старшина, или у кого много скота*, метит своим знаком жеребцов и кобыл, верблюдов, быков и коров и другой крупный скот...» [37]. В сообщении Марко Поло обращает

на себя внимание то, что тамгою пользуются только старшины и вообще богатые скотоводы, «у кого много скота». А. Бернштам отметил нечто подобное и у орхоно-енисейских тюрок, где лежащая в основе отдельных тамг родовая тамга усложняется в зависимости от социального положения собственника так, что самая витиеватая приходится на долю наиболее знатного [38]. 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 первого тысячелетия нашей эры 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 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 Гавердовским стремления казахской традиции приписать этому действительно выдающемуся в казахской истории хану как можно больше великих и полезных дел [39].

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 и в XVIII в. Выше отмечалось уже, что у орхоно-енисейских тюрок и у монголов семейная тамга была привилегией богатых и знатных. В этой связи следует обратить внимание, что Гавердовский о введении семейных тамг ханом Тауке говорит, что «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, так же как и орхоно-енисейских тюрок и у монголов, семейную тамгу имело не всякое, а только богатое семейство. Может быть, то обстоятельство, что семейная тамга была привилегией богатства, объясняет и противоречивость сообщения Гавердовского, с одной стороны, и исследователя начала XIX в. Д. Н. Соколова¹³ —

¹³ Соколов Дмитрий Николаевич (1867–13.II.1919), член Оренбургской ученой архивной комиссии. Интересовался природой и населением Южного Приуралья,

с другой. Гавердовский писал: «Между башкирцами знаки сии менее разделены, ибо каждый род или волость имеет только одну общую тамгу, напротив, у киргизцов каждая фамилия пользуется непосредственно своей» [40]. 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...». Как обособленные он отмечает у казахов лишь султанские тамги и тамги духовности [41]. Итак, Гавердовский, хорошо знавший казахскую действительность, нашел семейную тамгу у казахов, отрицая наличие ее у башкир. Д. Н. Соколов, изучавший специально башкирские тамги, напротив, 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 [42]. То обстоятельство, что Д. Н. Соколов писал через 100 лет после 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. Действительный 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 Алимуды, Байуды и Жетиру, находит в их составе «тридцать два поколения или по наречию киргисцев тамги» («поколениями» Игельстром называет здесь роды или отделения) [43]. Рядом с семейной тамгой, которой пользовались отдельные богачи, сохраняется как знак собственности и тамга рода, отделения, которой как общей пользуются другие старшины и бии. Например, к представлению султанов, биев и старшин Эссену в августе 1916 г. 47 биев рода Шекты приложили 12 различных тамг. Это, очевидно, тамги разных отделений рода Шекты [44].

бытом и языке башкир, казахов, занимался ботаникой, историей, археологией, нумизматикой, автор статьи о башкирских тамгах. Предложил гипотезу о происхождении тюркского рунического письма из тамг (см.: Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 219).

Но отсюда ясно, что каждый из 47 биев не имел особую семейную тамгу. Они пользовались как общими тамгами своих отделений. С другой стороны, три батыра одного и того же отделения Хомушти (рода Табын поколения Жетиру) прилагают к прошению Эссену от 24 декабря 1822 г. три различные тамги, которые являются, следовательно, семейными тамгами [45]. 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. О долго сохраняющемся значении тамги рода и отделения как знака собственности говорит и таблица тамг, приведенная Гродековым [46].

Казахские тамги, к сожалению, не были еще в достаточной степени предметом специального изучения.¹⁴ То немногое, что можно извлечь для истории права собственности из тамг при нынешнем состоянии изучения этого вопроса, сводится по приведенным выше сообщениям, 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 родовая и подродовая тамга [47].

3. Имущественные отношения внутри семьи.

Выдел. Имущественные права жен¹⁵

Установив, таким образом, глубокую древность семейной собственности у казахов, перейдем к рассмотрению внутрисемейных имущественных отношений и их эволюции на протяжении XVIII–XIX вв. Исследование имущественных отношений внутри казахской семьи покажет, что они в это время развиваются в сторону укрепления исключительного права главы семьи распоряжаться имуществом семьи, т. е. в сторону отношений, типичных для римской патриархальной и для индивидуальной семьи и вовсе 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 еще не располагает в это время всей полнотой исключительного права распоряжения семейной собственностью. Частями общесемейного

¹⁴ Этот пробел в значительной степени устранен работами И. В. Ерофеевой (см., напр.: *Ерофеева И. В.* Символы казахской государственности. Позднее Средневековье и Новое время. Алматы: Аркаим, 2001).

¹⁵ В диссертации начинается на с. 872.

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» [48]. Сделка совершена сыном, но она нуждается, очевидно, в санкции отца. По другой купчей от 27 февраля 1758 г. казах Серкебай, принадлежащий к «дому» Берд-Алы, продает пленника-перса Хаджимурата оренбургскому подьячему Ивану Скугаревскому. Сюда прилагается письмо Берд-Алы от того же числа, скрепляющее продажу утверждением, «что *мой казах* Серкебай продал *своего* пленника... по моему приказу» [49]. По третьей купчей от 20 октября 1765 г. Берд-Алы передает ахуну Валиду Максуд-улы в уплату за обучение его татарской письменности пленника персиянина Кутлыбая, «*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» [50].

О чем говорят эти документы? Их можно, говоря о семейной собственности, 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. Это — пленник «нашего сына», говорится в письме Нуралы. Сын отдал-продал его Арапову, и «мы тоже отдали ему». В третьем документе Берд-Алы передает в собственности ахуну опять-таки «своего» пленника, который к тому же «отдан мне в силу указа». Итак, 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. Редакция письма Берд-Алы в третьем документе, ссылка на «приказ» отца или во втором документе — «по моему приказу» не должна дать повод к тому, чтобы видеть в продавцах доверенных, действующих по приказу доверителя. Ведь распоряжаются они, как это 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 собственности, которая сохранялась у казахов и которая характеризуется наличием права распоряжения семейной собственностью как главы семьи, так и у членов семьи.

Изменился ли характер семейной собственности XIX в.? Судя по данным Маковецкого и Гродекова во второй половине XIX в., принцип неограниченного права собственности домовладыки на имущество семьи укрепляется. Невыделенные сыновья теперь не могут иметь отдельного имущества. *Все нажитое ими поступает в непосредственное распоряжения их отца* [51]. Гродеков сообщает, что казах, случается, крадет сделанный им подарок у одаренного, не получив на подарок согласия родни, ибо ему стыдно просить вернуть подарок [52]. Здесь в роли дарителя-вора, конечно, выступает не глава семьи, а подставленный член семьи. То, что он вздумал делать подарки из семейного имущества, и то, что такой подарок был у него принят, нельзя расценить 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 купли-продажи. «Купля и продажа, учиненные против воли отца совершеннолетним невыделенным сыном, не расторгаются» [53], — сообщает Гродеков. В этом постановлении, однако, нельзя видеть остаток древнего равенства, совместности прав домовладыки и подвластных 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 свидетельства расширения прав сыновей в сравнении с XVIII в. Права подвластных домочадцев на семейную собственность во всех отношениях у mažаются к концу XIX в., как это будет далее показано. Признание действительности сделки купли-продажи, 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 отчетливой. Так, например, обстоит дело с правом сыновей на выдел.

Право на выдел, как 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 частно-собственнической семьи. Оно предполагает отсутствие у членов семьи при жизни главы семьи каких-либо прав на имущество семьи. Имущество семьи есть собственность главы семьи. Преимущество 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 самый институт завещания. В большой семье типа задруги при наличии совместной семейной собственности нет места для наследования и завещания. Здесь, как при смерти домачина в задруге, субъект права собственности со смертью главы семьи 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.

Перед нами, таким образом, в праве выдела и праве наследования 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 сохранилось в крестьянских семьях еще в эпоху капитализма, Энгельс считал возможным говорить о «наследовании по материнскому праву» [54]. Но принципиальное историческое различие этих двух порядков не следует упускать из виду при исследовании характера семейной собственности.

В казахской семье XVIII–XIX вв. право 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 откристиаллизовалась 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, куренного 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» [55]. Понятно, что в семье богатого скотовода выделение сыновей делается необходимым в первую очередь. Выше отмечалось уже сообщение В. Радлова, что 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 Изразову, только богатые выделяют после женитьбы сыновей [56]. 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 году возраста отделяют и снабжают частью скота, чтобы могли жить сами по себе» [57]. Интересно, что уже 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» [58].

Для освещения развития семейной собственности у казахов важно решить вопрос, 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 [59]. 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 *gorode*, 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 только 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.

Что можно извлечь для решения этого вопроса из материалов истории казахского права. 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 Баллузека, так и в сообщении Гродекова мы находим категорическое утверждение, что размер надела и самый выдел зависит исключительно от произвола отца [60]. И, 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 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 себя и жены, 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, например, у германцев. Это так называемая *Totentheil*¹⁶, которая выделяется на долю умершего главы семьи, если после его смерти семья распадется. Часть эта состоит из оружия,

¹⁶ Похоронная (погребальная) часть, доля (нем.).

платьев, инструментов, продовольствия, коней, быков, охотничьих птиц и собак, ее погребают или сжигают вместе с умершим [61]. 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 хартов. «Инокоштина» является первым этапом разложения задруги и по своим семейно-имущественным отношениям весьма напоминает казахскую семью. Богишич, описавший инокосную семью, отмечает, что в ней сыновья «могут требовать раздела имущества даже при жизни отца» и как особо характерную черту подчеркивает, что «при разделе отец получает только часть, равную с частью каждого из его сыновей» [62].

Из материалов 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» [63]. Отсюда следует, во-первых, что минимум надела не зависит от произвола отца, а определяется независимо от его воли. Чтобы решить вопрос о том, чем же определяется этот минимум, нужно обратить внимание на противопоставление Торгаем «старцев, имеющих нравственный авторитет», т. е. аксакалов, судьям-биям. Суд аксакалов, как показал С. Сабатаев [64], казахи противопоставляли официальному суду биев как суд чисто народный, действующий по древней традиции. 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 на инчи свидетельствует о том, что обязательность выдела и определенность размера надела 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, принимает участие община, родственники. О таком участии не могло бы быть 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, который, по словам Гродекова, «заменяет 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 [65]. В этом случае мы вновь имеем почти полную аналогию с отношениями в упомянутой выше инокосной семье. Хотя постановления ст. 47-й закона Даниила 1855 г. запрещали сыновьям требовать выдела при жизни отца, но обычное право допускало такое требование, и это право сыновей считалось настолько незыблемым, «сила обычая» была «вкоренена в нравах» настолько прочно, что ст. 47 закона Даниила вовсе не применялась на практике. «Случается часто, — писал Богишич, — что отец, находя раздел не своевременным, грозит 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» [66].

Независимость права сына на выдел от произвола отца по казахскому обычному праву видна также из наличия обычно-правового срока для такого выдела. Казахская пословица говорит: «В пятнадцать лет — хозяин кибитки»¹⁷. Предпосылками выдела были достижение этого возраста и женитьба. Отец, отказывающий 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 частной 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 по вопросу 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 Цааджин-Бичике XV–XVI вв. Статья 5-я этого сборника гласит: «Если

¹⁷ Он бес жаста отау иесі.

юноша попрос 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 выделить при жизни сыновей говорит и монголо-ойратский устав 1640 г. [67]. Если бы схема М. Ковалевского, предполагающая развитие 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 в., что невозможно.

Таким образом, развитие института выдела сыновей в казахском праве XVIII–XIX вв. подтверждает, во-первых, что до второй половины XIX в. сыновья рассматривались как участники 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.

Продолжая рассмотрение структуры семейной собственности, переходим к характеристике имущественных прав супругов. 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. Наряду с этим основным содержанием имущественных взаимоотношений 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 внешним ей подобным институтом буржуазного права. Допускаемая в развитом буржуазном праве реальность 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 средством темных коммерческих махинаций. Допущение реальности имущества супругов является здесь уже результатом отрицания ранее утвердившегося и вполне буржуазного взгляда на мужа как на собственника всего семейного имущества. Кодекс 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, отсудить и установить на него ипотеку, без участия жены» (ст. 1421).

В обычном праве казахов XVIII и XIX вв. существование богатых жен-собственниц, имеющих самостоятельное хозяйство, вовсе 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 сохранялся 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 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, чтобы не усомниться в древнейшем происхождении этого института, достаточно вспомнить, что совершенно аналогичные формы семейно-имущественных отношений Плано Карпини видел 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 указал на «расселение жен» по отдельным кибиткам в обществе орхонских тюрок в VI–VIII вв., называя связанную с таким расселением форму брака «полигамно-локальной» [68].

К концу XIX в. обособленность имущества жен, очевидно, исчезает. По крайней мере писатели этого периода категорически отрицают возможность наличия у жены самостоятельных имущественных прав. По Гродекову, «жена и невыделенные дети не имеют никакого имущества», «уходя от мужа, жена не берет с собой ничего». Если она, уходя от мужа, 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 бии, сообщениями которых пользовался Гродеков, характеризовали как обычай, существовавший только «в древности» [69]. Изразцов столь же категорически утверждает, что жена не имеет имущественных прав. Он приводит обычно-правовой афоризм, гласящий: «женщина владеет только собой и за себя одну отвечает» [70].

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

Для первой половины XIX в. источники совершенно определенно указывают на обособленность имущества жен. Жена была, во-первых, собственностью своего приданого, во-вторых, она могла получать от мужа в дополнение к своему приданому еще и известное количество скота и имела свое хозяйство, отдельное от хозяйства мужа.

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 отмеченная Гавердовским резкая разница в имущественном положении отдельных жен в тех богатых семействах, которое он имел возможность близко наблюдать. В то время, как одни из них ходят в шелках, шитых золотом, другие бродят в рубище и выпрашивают хлеб [71]. Обособленность имущества жен отмечал также и Левшин [72]. Право собственности жены на приданое ясно сформулировал д'Андрэ, 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» [73].

Наличие у жен обособленного имущества в виде приданого констатирует и 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 ее смерти. Из приданого же получают часть надела ее выделяемые сыновья [74]. С сохранением обособленности имущества жен связываются, следовательно, также и такие черты архаического порядка наследования, как наследование детей в имуществе своей матери, но не отца [75].

Судя по данным д'Андрэ и некоторым другим, 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 собой ее самостоятельное хозяйство. Д'Андрэ описал порядок выделения имущества женам: «При взятии же к себе ордынцем второй жены, то, по усмотрению его, часть скота отходит в пользу той жены, остальное остается во владении байбичи, старшей или первой жены, совокупно с мужем. Таковой

распорядок раздела производится при взятии 3-й и 4-й жены». Размер выдела младшим женам зависит от байбиче: «От нее отчасти зависит, что именно уделить из имения второй и третьей жене», следовательно, говорит д'Андрэ, она всегда богаче других жен [76]. Выдел имущества для хозяйства жен производится исключительно скотом, и д'Андрэ 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 свое хозяйство [77]. 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 госпожой», 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...» [78]. То же подтверждает и д'Андрэ: «Байбича или первая жена полная хозяйка всего имущества наравне с мужем...» [79].

В источниках можно найти некоторые конкретные примеры осуществления «старшей» женой в семьях знати функции 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 летнее время к находящейся в Алтай-Аргинском роду большой жене своей и, бывая по несколько времени, паки в Туркестант отъезжает» [80]. 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 и вручил письмо через писаря, не удостоившись аудиенции, так как, «его Казаккула до ее не допустили» [81]. О вдове Абульхайыра — Бопайханше Гуляев писал 14 января 1750 г., что сын ее хан Нуралы «и все братья мать свою почитают и весьма слушают, а особливо де хан без совету матери и Эрали салтана ни на какое дело не вступается» [82]. Еще раньше в октябре 1748 г. Гуляев сообщил, что Нуралы обратился к своим братьям, предлагая им: «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 советовать» [83]. И, действительно, Бопайханша, несмотря

на избрание ханом сына ее Нуралы, фактически руководила не только «имением» семьи, но и политической деятельностью своих сыновей, хана и султанов.

Само собою разумеется, что описанная структура имущественных отношений между мужем и женами 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 собою богатое приданное и получившими от мужа надел скотом, имеются жены, купленные за небольшую цену, как служанки-рабыни, которыми, как рабынями же, командует старшая жена байбиче, поскольку они взяты для службы в основном хозяйстве домоладыки. 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 начинает 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, единственную хозяйку и единственную служанку, как на собственность, на имущественную ценность. Так как приданное у невесты бедняка большею частью незначительно и состоит из предметов личного пользования жены, то здесь во все времена нет места ни для¹⁸ 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 приданное, но и надел, данный ей мужем. Возможно, конечно, 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 приданное, 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

¹⁸ Слова «нет места ни для» в оригинале — рукописная вставка.

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. выдел, отделение жен фактически не создает для них имущественной самостоятельности [84]. 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, хотя и отрывочные по этому поводу записи д'Андрэ.

Отмечаемые д'Андрэ права жены на надел ясно говорят о том, что у жены есть *право* 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'Андрэ, жена не только сохраняет право 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 это. «В случае, если муж, имея одну или две жены, уплатив калым, взял к себе третью жену, но уделить часть имущества не успел и умер, в таком случае та часть уделается биём или лицом общеуважающим 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, находящееся в хозяйстве, в кибитке каждой жены презюмируется собственно ей принадлежащим. «Буде умирающий не успел произнести о своем завещании и умер, в таком случае вещи оставшиеся по кибиткам каждой жены, остаются в принадлежности каждой» [85]. Здесь достаточно ясно говорится о том, что хозяйство, имущество жены состоит не только из приданого, но и из обязательного надела. Это хозяйство не входит в наследственную массу, не переходит в порядке наследования, а остается у жены как у собственницы его. Предоставление жене 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 жен, как и всех членов семьи, относится только к концу XIX в. Констатируя эту собственность семейной собственности у казахов, не следует, конечно, предполагать, что собственность жен была вовсе независима от мужа. Такая зависимость, связанность, несомненно,

имела место в условиях приниженного положения женщины. Нужно, однако, помнить, что при патриархально-феодальных отношениях, как и феодализме вообще, не может быть места для «свободной» частной собственности, развивающейся только в буржуазном обществе. Отношения феодальной связанности и иерархия, проникающие и в семью, ставили хозяйство жен даже независимо от их приниженного положения как женщин в положение, близкое к положению клиента, и создавали соответствующую зависимость.

Несмотря на разнообразие выявленных таким образом имущественных отношений супругов, различие этих отношений в богатых и бедных семьях и для разных жен в одной и той же богатой семье, общая тенденция развития имущественных отношений супругов в XVIII и XIX вв. достаточно ясна. Она заключается в постепенном поглощении имущественных прав жены там, где они еще сохранялись, правами мужа как единственного индивидуального собственника всего семейного имущества. Таковы результаты развития чистой частной собственности для имущественных прав женщины. Они решительно опровергают взгляд буржуазных социологов, и в частности М. Ковалевского, на сущность и эволюцию семейно-имущественных отношений классового общества. М. Ковалевский пытается оспаривать «ходячее мнение» о порабощении жены в патриархальную эпоху, оспаривает, 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 стороны имущественных отношений как патриархальной, так и буржуазной семьи, М. Ковалевский видит в фактическом распоряжении мужа имуществом жены только средство «для сохранения в целостности и неприкосновенности семейного достояния» [86]. Здесь не место для исследования семейно-имущественных отношений в древнем славянском и германском праве, которое показало бы, что и там деспотическое господство мужа было общим правилом, а раздельность имущества супругов — 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 частно-собственнических начал не ослабляло, а еще более усиливало бесправие жен и деспотизм мужей.

4. Право наследования¹⁹

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 есть форма разложения большой патриархальной семьи на малые семьи, форма постепенного возникновения 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 наследование создает для сыновей *универсальное преемство*. При наследовании к сыновьям переходят все права и обязанности, связанные с хозяйством, 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. Благодаря универсальному преемству при наследовании обязательства хозяйства перед кредиторами не умирают со смертью домохозяина. Выдел же, напротив, нисколько не обеспечивает интересы кредиторов. Выделенные сыновья не отвечают по долгам отца. По Гродекову, бии отказывают в исках к сыновьям за долги отца, основываясь на «точном адате» [87]. Платить должен только получивший наследство и в пределах наследственной массы. Таким образом, большая часть имущества отца, приходящаяся

¹⁹ В диссертации начинается на с. 899.

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. Допущения 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 как «произвольное и суеверное преувеличение даже самого принципа частной собственности». Маркс противопоставлял наследование по завещанию наследованию без завещания как «*семейному праву наследования*» [88]. 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 источниках, в законах Тауке. «Духовные заведения делаются при родственниках и муллах», — гласят законы Тауке в записи Левшина. (В изложении Гавердовского, а также Шукуралиева такого постановления нет.) Броневский воспроизводит почти буквально ту же формулировку: «Духовные завещания делаются завещателями при родственниках и муллах». Он добавляет лишь, что завещания делаются устно, и далее указывает на свободу завещания, на то, что родители вправе при жизни «определить» одному ребенку вдвое более, чем другому [89]. Возможно, источником как для Левшина, так и для Броневского был § 207 свода Комитета 1824 г. [90]. 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, 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 бы лишить невыделенного сына наследства, то сын потребовал бы его через бия, который и присудил бы его непременно» [91]. Столь же определенно высказывается и Маковецкий: «Завещания стали появляться у киргизов весьма недавно, но они не пользуются популярностью, а бии не придают им никакого значения» [92]. Итак, в конце XIX в. завещания стали только еще 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'Андрэ (1846 г.). Д'Андрэ, правда, говорит о завещании почти в тех же выражениях, что и записи Левшина или Броневского. Но одновременно он сообщает некоторые детали, проливающие свет на содержание завещания. «При совершении завещания, — сообщает д'Андрэ, — никаких особых правил не соблюдается. Умиравший 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» [93]. Но что же является предметом завещания? Судя по записям д'Андрэ, 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 [94]. Такое истолкование записей д'Андрэ 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 определенные указания на то, что оружие и платье покойного, т. е. предметы личного потребления, не разделяют при наследовании судьбу семейного имущества. Их переход всегда подчинен особым правилам. По Красовскому и Гродекову, выделенные старшие сыновья, не имеющие

права наследования в семейном имуществе, делят между собою, однако, оружие и платье отца [95]. Далее, возникновение права наследования и завещательного распоряжения первоначально лишь в отношении имущества личного пользования, следует, вообще, считать обычным путем возникновение этих институтов. У индейцев Южной Америки при существовании большой семьи дом, инвентарь, обстановка не были предметом наследования, они принадлежали большой семье, и смерть домовладыки ничего не меняла в положении этого имущества. Но если после смерти мужчины оставались оружие, снасти, одежды, украшения, то они распределялись между его сыновьями и старшими братьями [96]. Здесь институт наследования, как и сама частная собственность, еще лишь только зарождается. Но отмечаемое здесь различие личного и семейного имущества характерно для дальнейшего пути развития наследственного права. В законах XII в. таблиц древнего Рима формула свободы завещания, вопреки последующему широкому истолкованию ее римскими юристами, относилась только к *resunia*, но не к *familia* [97]. Свобода завещательного распоряжения хозяйственной базой семьи (*familia*) пришла позже, в связи с высоким развитием индивидуальной частной собственности и гражданского оборота, в связи с поглощением семейной собственности собственностью отца. При очевидном господстве в Казахстане формы семейной, связанной собственности мы вправе рассматривать записи д'Андрэ, относящиеся к завещанию, как подтверждение свободы завещательного распоряжения в отношении только имущества личного пользования.

Отметим также, что изложенный взгляд на содержание записей д'Андрэ, 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» своей жене на случай своей смерти кибитку с домашними вещами: 2 одеяла, 2 подушки, тюфяк, рукомойник, таз, самовар и чайник. О скоте в этом завещании вовсе не упоминается. Скот распределялся в порядке наследования по закону. Даже в конце XIX в. завещание не играло еще никакой роли в судьбе основного хозяйства после смерти его главы [98].

Позволительно даже сомневаться в том, что приводимое Левшиным постановление законов Тауке о завещании есть действительно запись обычного права. Ссылка на участие мулл разоблачает чисто шариатское происхождение этой нормы. Кстати, таких норм в своде Тауке, как мы уже указывали, довольно много.

В сущности говоря, 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 [99]. От этого архаического суррогата завещания в доклассовом обществе не слишком сильно отличаются и предсмертные распоряжения казаха в описании д'Андрэ. Несмотря на принципиальную противоположность общественного строя ирокезов и казахов, в обоих случаях свобода распоряжения на случай смерти относится лишь к предметам 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, как известно, к наследованию призывались в первую очередь *jui heredes*, подвластные жена и дети, во вторую очередь ближайшие агнаты и прежде всего братья наследователя, а за их отсутствием в третью очередь *genties* — сородичи [100].

По данным Баллюэка, к наследованию у казахов призывались в первую очередь жена и дети, при отсутствии их братья, далее двоюродные братья, троюродные братья и, наконец, при отсутствии таковых агнатов, одноотделенцы и однородцы [101]. На такой же порядок наследования указывает и Гродеков [102]. Известно замечание Энгельса: в законах XII таблиц записаны в обратном порядке те этапы, какими исторически развивалось наследственное право: «Первоначально равное право на наследование всех сородичей сначала — и, как указывалось выше, очень рано — ограничивается на практике агнатами и, наконец, детьми и их потомством в мужской линии» [103]. То же можно сказать и о нормах обычного права казахов, сообщенных Баллюэком и Гродековым. 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. Так, 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 Левшин, говоря о современном ему обычном праве казахов, указывает уже на альтернативное наследование. Со свойственной ему точностью он собственно даже не решается говорить о наследовании, а указывает, что по смерти главы семьи «в управлении домом» вступает старший брат или старший сын [104]. 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 [105]. Гейнс заметил, что «старший сын (из числа невыделенных. — С. Ф.), а чаще всего старший из братьев покойного, делается главою семейства» [106]. По Красовскому, брат покойного уже не делается главой семейства, но от этого права у него остается право на попечительство над семьей покойного и право на одну из его жен [107]. Впрочем, Изразцов, писавший после Маковецкого и Гродекова, все еще утверждает, что право наследовать принадлежит либо сыну, либо брату [108]. Должно быть, конкуренция прав брата и сына на наследство не вовсе исчезла даже в самом конце XIX в. Тем больше оснований полагать, в связи с выше приведенными данными, что в XVIII и начале XIX в. братья принадлежали к наследникам первой очереди.

В качестве пережитка древнейшего порядка наследования сохранилось наследование одноаульцев и однородцев. 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 присваивают 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?» [109].

Право сыновей на выдел, обособленная во многих случаях собственность жен, отсутствие свободы завещательных распоряжений, требование совместности 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 вышло в Казахстане до конца 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 друга. Воровство среди родственников именуется только “тайным отнятием”». Отец и дед у сына и внука могут похищать сколько раз угодно и сколько угодно, даже все имущество. Сын у деда и отца только три раза. В четвертый раз он карается штрафом. «Тайное отнятием» может иметь место безнаказанно между родственниками до третьего колена. Племянник может красть у дяди до трех раз безнаказанно, но в четвертый раз он «он лишается прав племянника» и т. д. [110].

5. Пережитки родовой собственности²⁰

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 и постоянно выпячивается в описаниях. Необходимо, однако, рассмотреть 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 самым добросовестным образом делят ее между участниками набега: «Так все было разделено, что ничего в целости не осталось», были разорваны на мелкие части сукна, меха и кожи, разбирались астрольбии, циркули,

²⁰ В диссертации начинается на с. 911.

карманные часы, ломались пополам ложки [111]. Потом всякий, вернувшись домой, «должен еще разделить добычу с родными и приятелями своими; после всего ему остается за все труды и за все буйство самое ничтожное возмездие» [112]. 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 и получают свою долю в первую очередь [113]. На охоте старик получает первую добычу, если охотник не успел еще приторочить ее к седлу [114]. 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, даже вовсе незнакомый, присутствующий при поимке охотником первой лисы, имеет право потребовать ее у охотника, который при отказе даже платит штраф [115]. В материалах Баллюзека, где 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 «служба лишь забавой не составляет правильного народного промысла» [116]. В действительности, конечно, перед нами типичный пережиток родового строя, когда охота была важнейшим источником существования. Об этом свидетельствует отчасти сообщаемый Баллюзеком 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 свои корни скорее в отдаленнейших пережитках матриархата, нежели в рыцарском отношении к женщине.

Однородны с упомянутыми обычаями, относящимися к военной добыче и охоте, обычай требовать «базарлык» с возвращающегося с базара, «сатал» с бия, успешно окончившего дело, «байгазы» с купившего обнову [117] и вообще требовать доли от всякого сородича, получившего какое-либо приращение имущества. Все эти обычаи — пережитки коллективной собственности имели уже, во всяком случае в XIX в., преимущественно значение «правил приличия», хотя некоторые из них, как мы видели, защищались штрафами, грозящими их нарушителю. Генетически к этим обычаям чрезвычайно близок институт «обязательных подарков». Однако относящиеся сюда обычаи решительно выходят за рамки чисто бытового своеобразия и представляет 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 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 числе этих обязательных подарков есть и такие, как подарок за «лицезрение невестинной сестры», за право погладить волосы невесты, «за движение одеяла» и даже за то, «что старуха, препятствовавшая соединению, претворяется мертвой» [118]. Маковецкий приводит мнение казахов, что свадьба может состояться скорее без калыма, нежели без подарков. Гродеков сообщает даже соответствующую казахскую поговорку. Свадьба в этом смысле не исключение: «Нет в их жизни ни одного торжественного случая, который не сопровождался бы более или менее значительными обязательными подарками» [119]. Но все это, в конце концов, простая бытовая обрядность. Каждый из таких подарков, по Гродекову, стоит 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 судебным порядком и бии присуждают его из наследства [120]. 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 Баллюзэка тамырство определяется, как «дружба двух лиц, основанная на взаимных подарках их друг другу по очереди» и «держась всегда 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 судебных взысканий. «Тамыры кончат спором, ровесники кончат враждою» — говорит приводимая Маковецким поговорка [121].

Сущность и происхождение тамырства в той меркантильной форме, которая описана у Баллюзека, хорошо выясняется сравнением трех видов тамырства, о которых сообщает Маковецкий. Это, во-первых, «доз-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 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 с Чжамухую²¹. Становясь на путь побратимства — «аньда», они обменивались подарками и клялись друг другу в верности. Закон побратимства «аньда» состоит, по словам «Сокровенного сказания», в том, что «аньды, названные братья, — как одна душа: никогда не оставляя, спасают друг друга в смертельной опасности» [122]. Побратимством связывались обычно лица, принадлежащие к разным, хотя и близким, родам [123]. 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 «доз тамыров», вытекают из искусственно создаваемой путем аньда-тамырства, родовой общности, родовой коллективности имущества, ибо институт побратимства возник, очевидно, еще в пору, когда родовая общность имущества не была разложена частной собственностью.

Второй вид тамырства, по сообщению 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 лучше заведем связь в двух местах, а не в одном» [124].

Что же касается такого расчетливого тамырства, о котором сообщает сборник Баллюзека и которое заканчивается судебным иском, то оно, по Маковецкому, именуется «аус-тамырством» или «словесной дружбой».

²¹ Кычанов Е. Жизнь Темучжина, думавшего покорить мир. С. 32, 34, 35, 36, 37.

Совершенно ясно, что это последняя ступень вырождения побратимства. Маковецкий в общем правильно объясняет сущность тамырства в целом тем, что «каждый старался создать для себя более прочное положение посредством приобретения возможно большого количества друзей, обязанных защитить 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 Чингис и Чжамуха или Чингис и Бан-хан, прибегали к побратимству потому, что они чувствовали потребность в прочном союзе, выходящем за пределы отдельного рода. Их побратимство было способом преодолеть замкнутую изолированность родовых союзов, в то же время заключаемый ими международный союз они облекали в форму искусственно создаваемой родовой общности, ибо другой формы союза они не знали. Тамырство XIX в. у казахов есть, напротив, результат уже совершившегося распада родовой коллективности. Отсутствие родовой взаимопомощи здесь пытаются восполнить искусственной связью, закрепляемой обменом подарков. При этом господствующие отношения частной собственности в корне изменили и отношение к подарку. Если раньше подарок был символом коллективной собственности, то теперь тщательно ведома «подарочная бухгалтерия», «коммерческий расчет» подчеркивают, что в новом издании тамырства абсолютно никаких элементов коллективной собственности нет. 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 и другой стороны и заставляют доплатить разность» [125].²² Судебное разбирательство между тамырами считается, впрочем, неблагоприятным. Разумеется, это ни в какой мере не колеблет частнособственнического характера всего института, в качестве пережитка сохранившего лишь древнее название.

Действительно, смысл сохранения в казахском праве института обязательного подарка открывается в иных постановлениях обычного права. Для них в дореволюционной литературе вопроса либо вовсе не нашлось места, либо сущность их была в ней смазана. Обратимся к «Описанию киргизских обычаев» д'Андрэ, в котором есть специальный раздел «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

²² В оригинале ошибочно обозначено: 122.

и говорит, что такое лицо даже «не может отказываться от принятия подарка» [126]. Далее подчеркивается, что отдаривать дарителя такое уважаемое лицо отнюдь не обязано, хотя и может это сделать, основываясь на «почтении и уважении» к дарителю. Затем следует постановление: «1. Султан или другое видное лицо²³, 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)²⁴ знакомым с хозяином, попросит какую либо вещь или скотину, то какой бы ни была цены та вещь лишь бы принадлежала хозяину, то подарок получает» [127].²⁵ 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...» [128].

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 частно-собственническом обществе такого пережитка патриархально-родовых отношений, как обязательный подарок, хотя, как мы видим выше, область применения этого института гораздо шире и он охватывает многие отношения, безразличные с точки зрения интересов класса крупных собственников. Такое положение, разумеется, выгодно последним, ибо дает возможность норму, санкционирующую их грабеж, представить как общую для всех норму правопорядка. В записи д'Андрэ, после приведенных выше норм, имеется даже небольшое примечание: «Вообще не только султаны делают, но и простые, по преимуществу с богатыми людьми». Д'Андрэ записал здесь то, что сообщили ему бии. Возможно даже, что формально это соответствовало обычно-правовой норме, вуалировавшей таким путем всю грабительскую суть. Вряд ли, однако, и сам д'Андрэ думал, что норма эта фактически давала возможность бедноте пользоваться имуществом богачей. Во всей сюда относящейся записи, он, как мы видели, решительно 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 этого института с общей родовой собственностью отражена в легенде об Алаша, который перед смертью разделил свое имущество на

²³ Так в оригинале.

²⁴ Так в оригинале.

²⁵ В оригинале ошибочное обозначение сноски: 120. Опечатка исправляется.

4 части и, дав каждому из своих трех сыновей по одной части в «инчи», т. е. неотъемлемую и неприкосновенную собственность, четвертую же часть передал им в общее достояние с тем, чтобы они при взаимном посещении во время путешествий 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 [129]. 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 общепольность его в условиях кочевого скотоводства. Никакая общественная полезность не могла бы спасти существование института, возлагающего на частного собственника бремя неэквивалентных обязанностей, если бы господствующий класс не ухитрился превратить и этот институт в источник ограбления бедноты.

В какой мере «кунакасы» имеет принудительный характер, существует ли санкция за неисполнение обязанности гостеприимства? Данные по этому вопросу противоречивы. По сообщению 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» вообще не наказуема [130]. Эти последние справедливо указывали, что, несмотря на то, что в голодный год многие умерли от 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 санкций 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» [131]. Для султанов, старшин, биев «кунакасы» стало способом 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 юртовладельца и съест, и если по этому поводу возникнет спор, то гость будет прав, а хозяин виноват» [132]. Не всякий гость в силах проявить такую настойчивость, поощряемую обычным правом, а гостю, который в силах это сделать, приходится подать угощение, не дожидаясь неприятностей.

Перейдем теперь к тем 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 взаимопомощи, среди которых ведущее место занимает «саун». С. П. Толстов считает саун «простейшим элементом, основным звеном, из которого вырастает вся система феодальных отношений» у скотоводов кочевников [133]. Действительно, эта форма родственной «помощи» богача бедняку не представляет собой, как в предшествующих случаях, простую экспроприацию, ограбление зависимых людей. «Саун» есть определенный и очень типичный для Казахстана способ организации эксплуататорского хозяйства, привлечение рабочей силы и присвоение прибавочного продукта под флагом родственной помощи. Подробное описание сущности «сауна» дал еще Георги: «По елику не всяк может иметь довольное для табунов своих число невольников, то богатые наделяют скудных скотом, а сии в знак благодарности приглядывают за скотиною 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 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 приплодом скота, хотя бы у самих их и весьма мало затем оставалось и потому богатый человек делает посредством таковых благотворений табуны свои как будто вечными» [134]. Георги дал очень трезвое описание интересующего нас института. За «благодетелями» и «благотворениями» он отлично разглядел собственнический интерес, составляющий весь смысл сауна. Он указал, что «саун» есть способ обеспечения богачу рабочей силы «по елику не всякий может иметь довольное число невольников». Он отметил, что к «сауну» богач прибегает в особенности тогда,

когда стада его быстро размножаются и наличных слуг не хватает, чтобы обслужить их. Он отметил также, что «саун» не только обеспечивает богачу рабочую силу, но²⁶ является как бы способом страхования имущества богача, делая табуны его «как будто вечными». В описании 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 получает 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-земледелец всегда мог согнать крестьянина с предоставленной ему в пользование земли. Оговорка, что скотовод-феодал мог сделать это только в том случае, если он лишился своих стад, может быть, имела некоторое значение во времена Георги, когда патриархальные традиции были еще сильны. В XIX в. она, несомненно, потеряла свое значение. «Саун» постепенно превращается в отдачу скота на выпас за право пользоваться некоторым количеством молока. Георги встретил семью бедняков, 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 [135]. Это, может быть, и не были облагодетельствованные «сауном» сородичи, но ясно, что положение неимущих сородичей должно было приближаться к описанному положению пастухов.

Рядом с «сауном», создавшим постоянные устойчивые отношения 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 сообщая об этом Гродеков прямо говорит: «К бедным, которые плохо угощают, не идут» [136].

Прочие виды «взаимопомощи» не связаны с организацией эксплуататорского хозяйства. Они являются просто формами массовой экспроприации населения. Сюда относятся известные обычно-правовые институты «жилу» и «журтшылык». «Жилу», по Баллюзеку и Гродекову, есть помощь родовичу при постигшем его бедствии вследствие

²⁶ В оригинале, видимо, по ошибке — «не является».

суровой зимы, неприятельского набега и разорения, пожара, голода и т. д. «Журтшылык» — это участие общины в уплате долгов одного из сородичей [137]. 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 ее главным 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 удалением, исключением из рода. 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 «журтышылыка» 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 сопровождалось, очевидно, процедура исключения из круга лиц, связанных коллективной, взаимной ответственностью [138]. 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 [139].

Отмеченные черты «жилу» и «журтшылыка» не оставляют сомнения в том, что они являются пережитком коллективной собственности. Само собою разумеется, что общеизвестная и выше отмеченная нами для XVIII в. резкая имущественная дифференциация, пауперизация рядовых скотоводов и потрясающая нищета значительных групп населения не могли 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 увеличивало их зависимость от «лучших людей» общины. В основном, однако, «жилу», как и «журтшылык», служили, как уже указывалось, средством ограбления массы населения в интересах «лучших людей». Бии, по материалам Гродекова, относящимся ко второй половине XIX в., сознавали, 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, связывавшие широкий круг сородичей, одноотделенцев, одноаульцев и имеем возможность сделать вполне обоснованный, бесспорный вывод, что все эти пережитки либо, вовсе не затрагивая отношений собственности, сохранялись 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. Можно утверждать поэтому, что господство частной семейной собственности не только не ущемлялось, не смягчалось наличием указанных пережитков, а, напротив, пережитки коллективной собственности, умело используемые знатью, решительно содействовали укреплению частно-собственнических, эксплуататорских позиций.

6. Выводы²⁷

Рассмотрение права собственности по обычному праву казахов позволяет сделать следующие 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. Придание, приписывающее хану Тауке введение семейной тамги, вовсе не может служить каким-либо опорным пунктом для суждения о времени появления семейной частной собственности. Частная семейная собственность выделялась из родовой в первую очередь как собственность знати, богатых семей.

2. Важнейшими объектами права собственности в XVIII и начале XIX в. были скот, рабы и приближавшиеся по своему положению к невольницам женщины, «бесправные как рабыни, как скот или земельная собственность» (бий Сагындыков).

3. В отношении к основным объектам частной собственности, уже задолго до мнимого 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.

²⁷ В диссертации начинается на с. 929.

4. Развитие внутрисемейных отношений собственности в XVIII–XIX вв. заключается, главным образом, в вытеснении принципа совместной семейной собственности, 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. «Произвольное и суеверное преувеличение даже самого принципа частной собственности» (Маркс) в виде свободы завещательных распоряжений не получило еще признания и, во всяком случае, решительно отвергается в отношении хозяйственной базы семьи. Слабые ростки института наследования не отличаются еще от института предсмертного дарения преимущественно в отношении предметов личного пользования. Круг и очередность наследования не соответствует принятому в индивидуальной семье; братья наследуют преимущественно перед сыновьями, в круг наследников входят однородцы и одноотделенцы.

5. 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 имущества 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 и, особенно, сауны, журтшылык, жилу) охраняются и используются как форма феодальной эксплуатации рядовых скотоводов знатью. Эти пережитки родовой коллективной собственности не только не смягчают, не ограничивают эксплуататорский характер частной семейной собственности, но решительно способствуют экспроприации масс и их феодальной эксплуатации. Наличие этих пережитков отличает право собственности казахского патриархально-феодального общества от феодальной собственности вообще.

7. Примечания к главе VI²⁸

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 и сл.
2. См. главу VII.
3. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 65 об.
4. Материалы. Т. II (печатается). С. 298.
5. Там же. С. 323–324.
6. ЛОИИ. Ф. 267. № 10–13. Из письма Нуралы от 26.VII.1759. А. Р. Давыдову.
7. О «Сауне» см. ниже.
8. *Георги.* Описание. Ч. II. С. 131 и 128.
9. *Гродеков.* С. 264, 298.
10. Истарх. КазССР. Ф. 5. Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Л. 20 и 27.
11. *Гродеков.* С. 238.
12. Истарх. КазССР. Ф. 5. Оп. 1. Св. 29. Д. 556. 1862–63. Л. 88, 89.
13. *Гродеков.* Приложения. С. 154.
14. *Гродеков.* С. 95.
15. *Гинс Р.* В Киргизских аулах // Исторический вестник. Т. СXXXIV. 1913. С. 290; *Гродеков.* С. 88.
16. *Косвен М. О.* Семейная община // Известия АН СССР. Сер. История и философия. 1946. Ч. III. № 4. С. 362.
17. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 40–43.
18. *Винников И.* Четвертое издание книги Энгельса «Происхождение семьи» // 50 лет книги Ф. Энгельса «Происхождение семьи» // АН СССР. 1936. С. 170. Прим. 91 и С. 72.
19. *Ковалевский М.* Очерк происхождения и развития семьи и собственности. 1939. С. 66 и 69.
20. *Ефименко А.* Исследования народной жизни. М., 1884. С. 54.
21. *Богишич В.* О несложной сельской семье у сербов и хорватов // Ж.М.Н.П. 1885. Ч. 237. С. 286–287; *Демелич.* Обычное право южных славян по исследованиям д-ра Богишича // Юридический вестник. 1876. Октябрь–декабрь. С. 145 и сл.
22. *Георги.* Описание. Ч. II. С. 122.
23. *Гавердовский* (рукопись). Л. 66 об.
24. Там же. Л. 90 об.
25. Там же. Л. 71.
26. *Radloff W.* Aus Sibirien, 1884. S. 417 и 513.
27. Там же. S. 418.
28. *Вяткин М.* Очерки. С. 117.
29. *Аристов Н.* Опыт выяснения этнического состава киргиз-казаков // Живая старина. 1894. Вып. III и IV. С. 410.
30. Там же. С. 412–413.

²⁸ В диссертации начинается на с. 932.

31. *Вяткин М.* Очерк. С. 117.
32. *Левшин А.* Описание. Ч. III. С. 177.
33. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51 об.
34. *Маркс К., Энгельс Ф.* Т. XVI. Ч. I. С. 38 (выделено мною. — *С. Ф.*).
35. *Бернштам А.* Социально-экономический строй орхоно-енисейских тюрок. VI–VIII вв. С. 67, 74.
36. *Радлов В. В.* К вопросу об уйгурах. Зап. АН. 72. Кн. 1. 1893. С. 87.
37. *Марко Поло.* Путешествие. Л., 1940. С. 65.
38. *Бернштам А.* Социально-экономический строй орхоно-енисейских тюрок. VI–VIII вв. С. 74.
39. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50 об.
40. Там же. Л. 51 об.
41. *Соколов Д. Н.* О башкирских тамгах // Труды Оренбургской Ученой Архивной Комиссии. Вып. XIII. 1904. С. 17.
42. См. таблицу тамг в «Материалах» IV в., например. № 25–26 или 28–30.
43. ЦГИАЛ. Ф. Земск. отд. 8-е делопр. Оп. 861. № 1792. Л. 4.
44. Материалы. Т. IV. С. 319 и таблица тамг № 12–23.
45. Там же. С. 435 и № 28, 29, 30 в таблице тамг.
46. *Гродеков.* Киргизы и каракиргизы. Приложение № 2.
47. Следует отметить, что наряду с общесемейной тамгой существуют еще и особые знаки собственности для отличения собственности выделяющихся сыновей. Это так называемые «зарубки», делаемые на ушах скота. По объяснению Гродекова, от слова зарубка — «эн», происходит название сыновнего надела «энчи» или «инчи» (*Гродеков.* С. 43 и 8 приложения, где даны образцы этих зарубков).
48. ЛОИИ. Ф. 267. № 10–13. Из Оренбургского областного архива. Ф. Губ. Правл. № 21. 1759. Л. 42. Перевод ЛОИИ.
49. Там же. Из ООА Ф. Губ. Правл. № 33. 1764. Л. 35. Перевод ЛОИИ.
50. ЛОИИ. Ф. 267. № 19.
51. *Маковецкий.* С. 28.
52. Там же. С. 124.
53. *Гродеков.* С. 34.
54. *Маркс К., Энгельс Ф.* Т. XVI. Ч. 1. С. 39.
55. *Гавердовский* (рукопись). Л. 71.
56. Этнографическое образование. 1897. № 4. С. 2.
57. *Иакинф.* Описание Чжунгарии и Восточного Туркестана. СПб., 1829. С. 146. (цит. по: Прошлое Казахстана в источниках и материалах. С. 153).
58. *Гавердовский* (рукопись). Л. 70 об, 71.
59. *Ковалевский М.* Очерк происхождения и развития семьи и собственности. 1939. С. 118–120.
60. *Баллюзек.* С. 104; *Гродеков.* С. 43.
61. *Brütnner.* В. 1. 1906. S. 108–109.
62. *Богущич В.* Онесложной сельской семье у сербов и хорватов // Ж.М.Н.П. 1885. Ч. 237. С. 299.
63. *Гродеков.* С. 45.

64. *Сабатаев С.* Суд аксакалов и суд третейский у киргизов Кустанайского уезда Тургайской области // Этнографическое образование. 1900. № 3.
65. *Гродеков. С.* 43–44.
66. *Богущич В.* О несложной сельской семье у сербов и хорватов // Ж.М.Н.П. 1885. Ч. 237.
67. *Леонтович Ф.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий. Одесса, 1897. С. 88 и 203; *Голстунский К.* Монголо-ойратские законы 1640 г. 1880. С. 40–41.
68. *Бернштам А.* Социально-экономический строй орхоно-енисейских тюрок. VI–VIII вв. 1946. С. 94.
69. *Гродеков. С.* 93, 94, 160.
70. Этнографическое образование. 1897. № 3. С. 68.
71. *Гавердовский* (рукопись). Л. 86 и 89 об.
72. *Левшин А.* Описание. Ч. III. С. 103.
73. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 72 об., 76.
74. *Красовский. Ч. III. С.* 45–46.
75. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 39.
76. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 121 и 131 об.
77. Там же. Л. 73.
78. *Гавердовский* (рукопись). Л. 89 и 94–94 об.
79. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 131 об.
80. ЦГАДА. Д. 122. К. 32. Д. № 4. 1760. Л. 69–71.
81. ЦГАДА. Ф. 122. К. № 141762275.²⁹ Л. 269–274.
82. Материалы. II (печатается). С. 312.
83. Там же. С. 253.
84. Этнографическое образование. 1897. № 3. С. 69.
85. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 73–74 об., 78.
86. *Ковалевский М.* Очерк происхождения и развития семьи и собственности. М., 1939. С. 87–93.
87. *Гродеков. С.* 50.
88. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XIII. Ч. 1. С. 338 (выделено мною. — *С. Ф.*).
89. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 282.
90. *Самоковасов. С.* 281.
91. *Гродеков. С.* 51.
92. *Маковецкий. С.* 48.
93. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 77 об.
94. Там же. Л. 78.
95. *Гродеков. С.* 47; *Красовский. Ч. III. С.* 46.
96. *Кунок.* Всеобщая история хозяйства. 1929. С. 217.
97. *Покровский И.* История римского права. 2-е изд. С. 521.
98. *Гродеков.* Приложения. С. 156.
99. *Куном.* Там же. С. 178.
100. Законы XII таблиц. V. 4–5; *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 99–100; История римского права. 2-е изд. С. 528–529.

²⁹ Так в оригинале.

101. *Баллюзек*. С. 108.
102. *Гродеков*. С. 52.
103. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. 1. С. 99–100.
104. *Левшин*. Описание. Ч. II. С. 246. Ч. III. С. 108.
105. *Самоковасов*. § 177.
106. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Т. 1. С. 102.
107. *Красовский*. Ч. III. С. 47–48.
108. Этнографическое обозрение. 1897. № 3. С. 69.
109. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 281; *Баллюзек*. С. 108; *Гродеков*. С. 39–52, 53.
110. *Гродеков*. С. 114 и 160.
111. Сын отечества. 1822. № 14. С. 289–290.
112. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 74–75.
113. *Гродеков*. С. 7, 124.
114. *Маковецкий*. С. 43.
115. *Гродеков*. С. 121–122
116. *Баллюзек*. С. 152.
117. *Гродеков*. С. 125–126.
118. *Гродеков*. С. 70 и сл.
119. *Маковецкий*. С. 17, 44; *Гродеков*. С. 72.
120. *Маковецкий*. С. 44.
121. *Баллюзек*. С. 139; *Маковецкий*. С. 46.
122. *Козин С. А.* Сокровенное сказание. С. 105, 106.
123. *Владимирицов В. Я.* Общественный строй монголов. С. 60.
124. *Гродеков*. С. 29.
125. Там же. С. 40.
126. Истарх. КазССР. Ф. 4. Д. № 2794. Св. 247. 1846. Л. 69 и 123. (выделено мною. — *С. Ф.*).
127. Там же. В скобках неясный текст.³⁰
128. Там же. Л. 69 об.
129. *Гродеков*. С. 112, 113.
130. Там же. С. 113 и 149.
131. Там же.
132. Там же. С. 114.
133. Известия ГАИМК. № 103. С. 188.
134. *Георги*. Описание. Ч. II. С. 131.
135. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. 1897. Т. 1. С. 446.
136. *Гродеков*. С. 117.
137. *Гродеков*. С. 115–116; *Баллюзек*. С. 148.
138. Ср. также: «*chrenescuda*» Салической правды.
139. Подробно о куне и о значении пережитков коллективной собственности при выплате куна см. в разделе «Уголовное право».

³⁰ Примечание Фукса в оригинале.

ГЛАВА VII ПРЕСТУПЛЕНИЕ И НАКАЗАНИЕ В ОБЫЧНОМ ПРАВЕ КАЗАХОВ В ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЕ XIX В.¹

1. Преступление²

Казахское право, как и следовало ожидать, чрезвычайно далеко от формального понятия преступления как нарушения нормы закона. Оно не знает и 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.) Можно заметить, что характеристика преступления как «дурного деяния» еще ничего не говорит в пользу неразвитости уголовного права. 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]. Aissetat, Bbeltat, т. е. «дурное дело», «злое дело», называлось преступление и у древних германцев. Это было деяние, нарушающее мир и потому ставящее нарушителя за пределами мира [3]. Но и русское феодальное право XVI в. пользовалось еще для определения преступления и преступника термином «лихие люди», «лихое дело» [4]. В литовском феодальном праве только на самой высшей ступени его развития понятие «злочинца» вытесняется новым понятием «выступшей из закона». Таким образом, принятый для обозначения преступления термин «дурное деяние» сам по себе ничего почти не говорит об уровне уголовно-правового развития, об уровне развития казахского права вообще. Ошибочно было бы также, как это делает Маковецкий, исходя из этого термина, заключать, что у казахов не различались деяния

¹ В диссертации начинается на с. 939.

² В диссертации начинается на с. 940.

преступные, безнравственные и противоречащие требованиям религии [5]. При наличии развитой системы обычно-правовых норм деяния преступные, конечно, отличались от поступков, нарушающих требования морали и религии, (поскольку последние не были *преступлениями* против религии) как деяния наказуемые от ненаказуемых. Отсутствие в казахском праве формализма препятствовало появлению четкой грани между теми и другими, создавало почву для свободного судебного усмотрения и произвола. «Каждое преступление, какого бы рода оно не было, — сообщает д'Андрэ, — обсуживается и наказывается более по усмотрению бия, чем на основании каких-либо особых узаконений» [6]. Но судебный произвол вообще присущ как феодальному, так и дофеодальному праву, и одно лишь наличие его не означает отсутствие понятия о преступлении как наказуемом деянии, отличающемся от действий, осуждаемых общественным мнением, но ненаказуемых.

Гродеков, который, вопреки мнению 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 преступления «есть, главным образом, если не исключительно, нарушение интересов и прав потерпевшего лица» [7]. Как Гродеков, так и Словохотов тесно связывают этот «частно-правовой» 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, лишь в представлении потерпевшего, «только в глазах обиженных».

Ошибочность подобных рассуждений, вообще возможных только при непонимании классовой сущности права, совершенно очевидна. Прежде всего, при рассмотрении проблем — казахского процесса было уже показано, что процесс этот, как и всякий другой, не может быть сведен к обвинительному и что в нем, наряду с началами обвинительными, очень важное место занимает розыскное начало [8]. 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 области 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 неоднократно цитированный уже «Обет» 1803 г., чтобы убедиться, что казахские султаны, старшины, бии, батыры и прочие «уважаемые люди» прекрасно представляли себе, что определенные деяния, 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» [9]. Несомненно, следовательно, 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, сравнительно 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 и 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 вовсе не знает осуждения животных или неодушевленных предметов, хорошо известного моисееву законодательству³, афинскому праву, древним германцам и вообще Средневековью. 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

³ Моисей — библейский вождь и законодатель древних евреев, согласно Ветхому завету вывел евреев из египетского плена (см., напр.: Ударцев С. Ф. Древний Израиль. Ветхий Завет // Ударцев С. Ф. История политических и правовых учений. Древний Восток: Академический курс. СПб.: СПбГУ, 2007. С. 118–228).

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 [10], хотя здесь, как и во всех упомянутых выше случаях, они, несомненно, были только пережитком древнейшего права. Криминалисты справедливо связывают это явление с таким представлением Средневековья об уголовной ответственности, по которому виновность не была непременным условием ответственности [11]. Для характеристики уголовного права казахов XVIII–XIX вв., рассматривавшего преступление, главным образом, как виновное деяние, интересно поэтому подчеркнуть, что здесь не только уже никогда не ставится вопрос об ответственности животных, но отрицается и обязанность хозяина 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 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 [12]. В сборнике комитета 1824 г. прямо указано, что только наличие вины хозяина животных влечет за собою в этих случаях его ответственность. Статья 185 гласит, что хозяин отвечает за укусившую кого-либо собаку только в том случае, если она уже 3 раза кого-либо укусила [13]. Эти данные подтверждаются материалами Баллюзека, где приводятся следующие конкретные примеры. За увечье или убийство, причиненное бурю (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 [14]. Эти же правила ответственности за вред, причиненный животными, подтверждаются и Гродековым [15].

Рассматривая прочие относящиеся к данному вопросу постановления, мы убеждаемся в том, что в более древние времена и, 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 какой-либо вины этих хозяев. Ряд известных нам постановлений является реликтом такой ответственности. Сюда относится постановление о том, что хозяин, не отвечая за вред, обязан выдать пострадавшему или сородичам убитого причинившее вред животное, что в случае смерти, причиненной животным, он хотя не платит кун, но обязан дать пищу для устройства поминок и саван для погребения убитого [16]. 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. Не следует забывать, что подобное явление, как в русском, так и в западно-европейском средневековом праве, бесспорно, носило характер пережитка и не вытекало из принципов развитого феодального права.

В изучаемую эпоху казахское право, рассматривая преступление преимущественно как виновное деяние, различает умышленные преступные деяния от неумышленных. Грани между умыслом и неосторожностью или между неосторожным, небрежным и случайным причинением вреда здесь, конечно, искать не приходится [17]. Все то, что не может рассматриваться как результат прямого умысла, относится к деяниям неумышленным. Ответственность же за неумышленное преступление сохраняется только в отношении тяжчайших деяний (убийства), да и то значительно пониженная.

Наиболее ранние из известных нам источников казахского права (сообщения Георги, Гавердовского, Путинцева, Левшина, 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 [18]. Невозможно думать, что обычное право бурят, записанное примерно в то же время, когда записана была опубликованная Самоквасовым запись казахского права, знало различие умышленных и неумышленных

преступлений в то время, когда казахское право этого различия не знало. Если записи постановлений казахского права начала XIX в. не фиксируют это различие, 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, такие постановления, древнейшее происхождение которых не может вызвать сомнения. 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 [19]. Древнейший характер этого постановления виден хотя бы из того, что оно относится к временам господства кровной мести. Не лишнее указать здесь, что точно такое же положение известно было моисееву законодательству, которое не допускало выкупа композицией при умышленном убийстве, и древнему германскому праву, которое исключало *Fehde* и месть при неумышленном убийстве [20]. По материалам рапорта Аитова, излагающего содержание казахского обычного права (1846 г.), неумышленное убийство в драке, как и случайное убийство, влекло за собой уплату только половины куна [21]. 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 Баллюэка, 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 [22]. В материалах д'Андрэ приводятся данные о различном наказании за умышленную и неумышленную потраву лугов. В первом случае виновные должны полностью возместить все убытки, во втором — они вовсе не несут какой-либо ответственности [23]. Примеры различия ответственности за умышленное и неумышленное преступление приводят также Гродеков, Маковецкий, Загряжский [24].

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, во-первых, что, как и всякое обычное право, казахское право не представляет собою стройную систему, построенную на определенных правовых принципах; в нем «механически, неупорядочно и несогласно скопились самые гетерогенные, исторически

различные и нередко друг друга исключают начала» [25]. Для характеристики системы в данном случае достаточно, следовательно, показать, что новый прогрессивный принцип виновности получил здесь преобладание, господство 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 различия 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 Маковецкого, казахи утверждают, «что в старину убийца, заглававший 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». Далее, 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 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 [26]. 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 зверьми 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 особенности 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 [27]. Mord отличался от 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,⁴ 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 установлены были для этого случая тройной и девятикратный вергельд, так что, принимая во внимание, 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 убийства 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 оссасинским (т. е. разбойничьим), из засады, или по какой корысти, или убивши ограбит, то следует wraǒda» [28]. Тайное убийство связывается с разбоем как с преступлением, прямо направленным против класса имущих и потому особо тяжело наказуемым. Всякое другое убийство в ссоре, драке было явным. При убийстве, совершаемом в порядке мести, также нужно было объявить о свершившейся расправе.

Большое значение в оценке тяжести преступления имело *место* его совершения. Относящиеся сюда постановления сводятся к тому, чтобы

⁴ Wergeld (нем.) — во Франкском государстве штраф за убийство человека, размер которого зависел от социального и правового положения преступника, а также от положения, пола и возраста пострадавшего.

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». Поэтому, например, самым тяжким преступлением с точки зрения места его совершения было 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 [29].

Время совершения преступления также играло роль момента, способного превратить преступление в квалифицированное. Здесь в казахском праве можно отметить одну интересную особенность. В то время как во всех почти древних законах ночная кража считается квалифицированной и дает право убить вора на месте, в казахском праве «кража, совершенная днем, наказывается строже, чем сделанная ночью, ибо в первом случае к преступлению-краже присоединяется дерзость и крайнее пренебрежение страхом быть замеченным» [30]. 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. Но это относится уже целиком к рецепции шариата⁵.

Рассматривая преступление как виновное деяние, казахское обычное право видело, соответственно, субъект преступления только в лице, способном на виновное деяние. Выше отмечено, что уголовная ответственность животных, характерная для правовых систем, стоящих на позициях объективного вменения, здесь в рассматриваемую нами эпоху уже отрицалась. Не были субъектом преступления безумные и глухонемые, так как последних, очевидно, считали также невменяемыми [31]. У Маковецкого упоминается даже некоторое подобие психиатрической экспертизы, заключавшейся в том, что для определения вменяемости испытуемому предлагали схватить рукою горящий предмет и признавали

⁵ Сура 2. Корова — 181 (185), 186 (190); Сура 4. Женщины — 95 (93); Сура 16. Пчелы — 90 (88) (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожиддинов. С. 74, 210; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 22–23; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 51–52, 55).

его вменяемым, если он от этого уклоняется [32]. Что же касается малолетних преступников в возрасте до 15 лет, то они хотя и не привлекались к суду, но, очевидно, по совершенно иным основаниям, нежели неспособность их отдавать себе отчет в своих действиях. У д'Андрэ по этому вопросу 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, то суд на обвиняемым отсрочивается до совершеннолетия обвиняемого», который при этом дается на поруки [33]. 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 неспособными отдавать себе отчет в своих действиях, а их неспособностью платить тогузы и айпы, 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 [34]. Перед судом стоял уже собственник, способный расплачиваться за преступление, т. е. с точки зрения казахского права способный нести уголовную ответственность. В связи с этим нужно заметить, что способность быть субъектом преступления по казахскому праву предполагала не только способность к виновным действиям, но и качество свободно-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 айпы за совершенное преступление. Поэтому за совершаемые им преступления ответственность должен был нести его хозяин-собственник. Источники сообщают нам один очень интересный конкретный случай практического 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, вернувшись 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 киргисца удовольствия требовали», и Аблай вынужден был дополнить

уплаченный лошадыми кун еще двумя рабами [35]. 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. Раба не признают субъектом преступления до тех пор, пока у казахов сохраняется рабство. Д'Андрэ проводит резкую грань между уголовной ответственностью рабов, с одной стороны, тюленгутов и слуг — с другой. В то время как рабов суд не судит [36], преступные «тюленгуты судятся бием, казыем наравне с прочими», равно и работник-слуга «боктачи подлежит суду бия, казыя и т. п.» [37]. Как тюленгут, так и боктачи, несмотря на зависимое свое положение, могут свободно распоряжаться своей собственностью, и, хотя для значительной части тюленгутов и особенно для боктачи это право является чисто формальным, однако оно сообщает им качества, необходимые для того, чтобы быть субъектом преступления. В то же время замужняя женщина как формально не имеющая права распоряжаться семейной собственностью этих качеств лишена. Только так можно объяснить интересное сообщение Гродекова, что «мужья ответственны за преступления своих жен; жены же за мужей не отвечают» [38]. Попутно можно отметить также, что освобождались от ответственности беременные женщины. Д'Андрэ замечает, что им «наказание отсрочивается до их разрешения», но это либо «новый» обычай, либо догадка самого д'Андрэ. 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 [39]. 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 [40]. Этот реликт, как отдаленнейший пережиток матриархальных отношений, должен быть поставлен в связь с особой защитой женщин от обиды, которая 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 закона Тауке, карающее смертью мать за убийство внебрачного ребенка, в то время родители вообще за убийство своих детей вовсе не несут ответственности.

Субъект преступления, как вменяемое, виновное лицо, как лицо, к тому же свободно 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. В коллективной ответственности за совершенное одним из сородичей преступление перед нами один из наиболее ярких пережитков былого господства отношений родовой коллективности. Именно пережиток, потому что база этой коллективной ответственности, коллективная родовая ответственность, уже вытеснена частной собственностью глав отдельных семейств.

Коллективная уголовная ответственность сородичей и членов семьи выступает преимущественно как имущественная ответственность. Но сохраняется еще, поскольку речь идет о мести, и коллективная личная ответственность. Тевкелев в донесении своем 13 июня 1751 г. по поводу стремления родственников убитого хана Абульхайыра мстить детям убийцы султана Барака писал: «У них не без такого обыкновения есть, что, когда отец виноват, за то не только он, но и дети ответственны...» [41]. Позже, в XIX в., остается только имущественная ответственность членов семьи, которые отвечают, по существу, как наследники по долгам умершего. «Наследники умерших преступников имущественно ответственны за их преступления. Вообще имущественная ответственность за преступления простирается до седьмого колена включительно» [42].

Подобную характерную эволюцию уголовной ответственности армянский судебник Мхитара Гоша⁶ (ст. 331) отметил в мусульманском праве: «Люди, поступившие по закону и учению Соломона, издали постановление на счет удовлетворения за кровь, которое впоследствии времени превратилось в наследственный иск между учениками лжеучителя

⁶ *Мхитар Гош*. Армянский судебник Мхитара Гоша / Пер. с древнеармянск. Ереван: АН Армянской ССР, 1954; *Сукиасян А. Г.* История «Судебника» Мхитара Гоша, его источники и характеристика (XII) // Науч. труды Ереванского университета. Сер. юрид. Т. 55. Вып. 3. 1956. С. 3–31. — См. также: Кыпчакско-польская версия Армянского Судебника Мхитара Гоша и Армяно-кыпчакский Процессуальный кодекс. Львов, Каменец-Подольский, 1519–1594 / Сост. А. Н. Гаркавец, Г. С. Сапаргалиев. Подготовка, транскрипция, русский перевод, кыпчакско-русский глоссарий и статья А. Н. Гаркавца. Перевод на казахский язык и кыпчакско-казахский глоссарий Г. С. Сапаргалиева. Латинский текст, перевод на украинский язык и статья М. Капраля. Библиография / Сост. А. Н. Гаркавец, М. Цимбал. Алматы: Дешт-и-Кыпчак, Баур, 2003.

Магомета⁷). Эволюция в таком же направлении казахского права имела место, конечно, не без влияния мусульманского права.

Коллективная уголовная ответственность сородичей как имущественная ответственность есть принцип уголовной ответственности, проходящий красной нитью через все обычное право казахов. По имеющимся у нас материалам можно проследить процесс разложения коллективной родовой ответственности, которая, однако, сохраняется еще в начале XX в. Коллективная ответственность сородичей сохраняется больше всего и носит безусловный характер по тягчайшим преступлениям. Ответственность за убийство, как обязанность платить кун, всегда падает непосредственно на всех сородичей. Это не субсидиарная ответственность. Сородичи называются поэтому «кундасы», т. е. соучастники в платеже куна [43]. Обязанность всех сородичей платить кун подчеркнул Гавердовский: замена кровной мести куном требует, чтобы «*весь род виновного* заплатил... от 200 до 1000 лошадей...» [44]. По записи законов Тауке, Шукуралиева «за убийство платили по 200 лошадей *всем родом* того виновника» [45]. У д'Андрэ 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 на все преступления и объявляет ее непосредственной и безусловной. Далее ответственность определяется уже так: «За каждый важный проступок, как то убийство, баранта не только аул, не 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 важный 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'Андрэ характеризуют 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

⁷ Мухаммад (Магомед, Мухаммед), Ахмад б. 'Абд Аллах (ок. 570–632) из рода хашим родо-племенной группы курайш — основатель религии ислама и первой общины мусульман. По представлениям мусульман — пророк Аллаха и его посланник, через которого был передан людям текст Корана (см.: Ислам: Энциклопедический словарь. С. 178–182).

или даже целое отделение должно удовлетворить ограбленного. Буде родственники... откажутся в уплате того, то преступник отдается в работники для выработки (т. е. 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» [46]. Противоречивость приведенных сообщений д'Андрэ не лишает их, однако, ценности для понимания эволюции коллективной ответственности. Записи д'Андрэ представляют собою результат опроса многих биев и старшин, и вполне естественно, что среди них были хранители более древних традиций, наряду с поклонниками «новых» начал. Далее, 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'Андрэ. Не лучше изобразил ее и Левшин в своей записи законов Тауке: «Если ответчик к суду не явится или присужденный пени заплатить не может, то она взыскивается с его родственников или с его аула, предоставляя оному право возратить свою потерю совершением над виновным судебного приговора» [47]. У Левшина, как и у д'Андрэ, 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'Андрэ, существовала обязательная коллективная ответственность сородичей по всем преступлениям. М. Ковалевский приводит ряд постановлений древнейшего права, в которых подчеркивается, что сородичи не обязаны платить ни при каком преступлении, кроме убийства [48]. Известный намек на это имеется и у д'Андрэ, когда он говорит о «важных проступках» — убийстве и барымте. Гродеков определенно и 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» [49]. 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 сохранилась 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 коллективной уголовной 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 неравномерно, а так, что на ближайших родственников убийцы падала при раскладке большая доля, чем на дальних [50]. 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 еще дальше и родовая ответственность заменяется семейной: здесь платят только отец, брат и дядя [51].

Для того, чтобы при существовании коллективной ответственности за преступления «добрые люди» не отвечали за «лихих», казахское обычное право, как и некоторые другие близкие ему по уровню развития правовые системы, знает институт отречения от родственника. Так поступают с вором, который, будучи несостоятельным, вынудил тем самым общину платить за него тогузы. Сородичи, «истошив все меры к исправлению его, всенародно отрекаются, как от него самого, так и от куна, если кто убьет его» [52]. 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'Андрэ, утверждающего одновременно, что казах никогда не допустит применения к нему телесного наказания, что он всегда выкупится скотом 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 неприменимо к правоотношениям уголовного права казахов. Здесь субъект преступления, во-первых, не совпадает с субъектом уголовной ответственности, поскольку огромную роль играет коллективная ответственность за преступления. Во-вторых, субъект преступления здесь вовсе 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 и роль средства защиты отдельных представителей господствующего класса, создавая правовые гарантии этих интересов. Можно говорить о праве, быть субъектом преступления, составляющим 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 его 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 совершением над виновным судебного приговора». Это, конечно, не право регресса, тем более, если речь идет о несостоятельном, неимущем, а призыв расправиться с ним. Недаром в уже также приведенном выше сообщении Баллюзека о так называемом «отречении от родственника» говорится, что так поступают, «истощив все меры к исправлению 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» [53]. Суд биев в прошлом мог и должен был ограничиваться имущественными взысканиями, потому что он был судом только для подлинных субъектов преступления — свободных имущих собственников. Коллективная имущественная ответственность вовсе не была «родственной помощью». Она заступала место неимущего преступника в интересах удовлетворения потерпевшего собственника и для того, чтобы обеспечить вслед затем 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 недостаточны для целей классовой юстиции.

Привилегированное положение свободных в сравнении с несвободными и имущих в сравнении с неимущими в казахском уголовном праве дополняется еще и привилегиями главы семьи в отношении его домочадцев, закрепляющими патриархальную власть главы семьи. Сюда относится постановление законов Тауке, 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 позволяющее без санкции родственников мужа выкупать кунем жизнь жены мужеубийцы, в то время как муж, убивший жену, безусловно может выкупиться от наказания, уплатив кун; ответственность жизнью за прелюбодеяние, которую несет только жена, и ряд подобных постановлений, которые подробнее излагаются ниже при рассмотрении отдельных преступлений. Здесь следовало бы только подчеркнуть одну характерную деталь этой группы постановлений. 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 лучше оставить безнаказанным вора, нежели нарушить патриархальный принцип всевластия главы семьи, безусловного ему подчинения.

По мере развития в казахском обществе отношений феодальной эксплуатации, право-привилегия, 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 кунем за простого казаха. Это обычная феодальная иерархия наказаний, которая воспроизводится во всех почти источниках казахского права. Но ни законы Тауке, ни какие-либо иные 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 возможность посягательства на жизнь хана. Подобный мотив прямо изложен в законах грузинского царя Вахтанга VI⁸, где после перечисления цены крови дворян и князей всех

⁸ Вахтанга законы — Кодекс феодального права Грузии, который юридически оформил крепостное право. Составлены в 1705–1708 гг. под руководством Вахтанга VI. Действовали до присоединения Грузии к России, некоторые и позднее.

категорий сказано, что о царе, католикосе и царевичах не упоминается потому, что подобного рода злодеяние вообще немислимо. Следовало бы, может быть, воздержаться приписывать подобную 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 Абульхайыр-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 [54]. Привилегии знати «белой кости» закреплены достаточно прочно. По свидетельству д'Андрэ, «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, казья и почетных ордынцев. У д'Андрэ же отмечается, что «заслуги или уважение, коим преступник пользовался», способствуют смягчению наказания [55]. Феодальный характер казахского уголовного права сказывается также в 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, 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» [56]. И по данным Радлова, жена и раб, убившие хозяина и мужа, безусловно предаются смерти [57]. Радлов, кажется, не различает здесь рабов и слуг, в то время, как у Броневского это различие проводится.

Чтобы закончить общую характеристику преступления по казахскому праву, нужно коснуться обстоятельств, исключающих оценку деяния как преступного, различия стадии преступной деятельности и порядка ответственности при соучастии.

По состоянию источников вопрос, знало ли казахское право в XVIII и начале XIX в. институт необходимой обороны, с трудом поддается разрешению. Самые ранние из известных нам памятников 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 [58]. По данным рапорта Биглова 12 марта 1846 г., казахское право позволяло безнаказанно убивать грабителей и барымтовщиков [59]. О праве безнаказанно убивать нападающих барымтовщиков упоминает и Казанцев⁹ [60]. Но эти данные еще совершенно недостаточны 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 такого убийства сопровождалось условиями, соответствующими обстановке необходимой обороны. Такие условия содержались, например, в законах XII таблиц¹⁰, 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 можно платить даже за убийство вора, который хотя и вступал первый в драку, но к оружию прибег не первый. Насколько этот взгляд отражает содержание адата XVIII — 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

⁹ И. Казанцев — исследователь хозяйства и быта казахов.

¹⁰ «Законы XII таблиц» (451–450 гг. до н. э.) — источник публичного и частного права, первая кодификация права Римской империи. Законы были начертаны на 12 досках, выставленных для всеобщего обозрения на форуме. Погибли во время галльского нашествия. Реконструированы (не полностью) по отдельным цитатам, отрывкам (см.: *Черниловский З. М.* Всеобщая история государства и права. С. 95–101; *История государства и права: Словарь-справочник* / Под ред. М. И. Сизикова. М.: Юрид. лит., 1997. С. 98–99; *Графский В. Г.* Всеобщая история права и государства. М.: Норма, 2000. С. 188–191).

уголовный штраф за нападение, драку, воровство и вообще за ту вину, которая будет признана за убитым [61]. Они утверждают, что на их покойного сородича убийца «возводит напраслину», желая, очевидно, этим сказать, что убийца преувеличивает агрессивность своей жертвы, пытаясь избавиться от платежа куна. Отсюда можно, пожалуй, сделать вывод, что ограничение саморасправы с вором условиями необходимой обороны соответствовало правосознанию населения. Поскольку правосознание это гораздо медленнее менялось под давлением «нового ада-та», чем юриспруденция контролируемых царизмом биев, можно допустить, что условия необходимой обороны были известны казахскому праву и ранее, хотя они и не указаны в приведенных выше постановлениях, дозволяющих 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 были 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, конкретных преступлений, в которых предварительная преступная деятельность подлежит наказанию. Этим, очевидно, объясняется разнობой в ответах на вопрос о наказуемости предварительной преступной деятельности. Из источников начала XIX в. только в сборнике комитета 1824 г. разбирается случай, когда убийцы, полагая ошибочно, что жертва уже убита, оставят 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 [62]. Это одна из тех казуистических норм, о которых говорилось выше. Д'Андрэ, которому казуистичность обычного права не была понятна, 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: «6. 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 покусившийся вознамеривался

учинить» [63]. Мало правдоподобно, чтобы в различных частях Малого жуза вопрос о наказуемости покушения решался диаметрально противоположно. Известное различие в оттенках обычно-правовых постановлений 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'Андрэ 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, т. е. угроза лишить жизни (платят небольшой штраф: лошадь и халат), в то время, как в отношении кражи даже покушение не наказывается [64]. Данные Маковецкого в общем подтверждаются мнением биев, опрошенных по поручению Гродекова [65], хотя здесь уже были отдельные мнения о ненаказуемости угрозы убить и наказуемости покушения на кражу и грабеж. Приведенные Гродековым мнения биев и одно сообщение Маковецкого дают, однако, материал для вывода, что говорить о ненаказуемости вообще угрозы и покушения по казахскому праву было бы неправильно даже в отношении убийства. Наказывается 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 Султану¹¹, называется «аип за нож». Это значит, что перед нами не норма о наказуемости покушения на убийство, а норма, совершенно аналогичная той, которая в «Русской Правде» гласит: «Оже кто вынезь меч, а не тнеть: то тои гривноу положить» [66]. Видеть в подобных постановлениях, как это делает Владимирский-Буданов, «присутствие понятия по покушении в древнейших памятниках русского права» [67] значит потерять чувство меры в модернизации древнейшего права, которое именно потому, что понятие покушения ему чуждо, вынуждено создавать нормы о наказуемости отдельных совершенно конкретных действий, которые только с точки зрения современного права могут быть охарактеризованы как покушение. Из материалов Маковецкого можно сделать вывод, что и угроза лишить жизни в более древнее время наказуема была лишь в определенной форме,

¹¹ Султан-бий, старшина (см.: МИКССР (1785 — 1828 гг.). Т. IV. С. 202).

в частности в форме обрезывания¹² 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. Достаточно сказать, что 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) [68]. Ясно, однако, что наказание за обрезывание хвоста у лошади было бы не наказанием за обнаружение умысла, угрозу, а наказание за своеобразное, самостоятельное «преступление». Вот почему следует заключить, что казахское обычное право, как и варварские «Правды» [69], как и «Русская Правда», не знает наказуемости предварительной преступной деятельности как таковой.

Известные нам постановления казахского права о сотрудничестве и соучастии чрезвычайно малочисленны, противоречивы, частью запутаны в изложении, и понять их легче, сравнивая их 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: «29. Ежели один, два, три и более, убьют одного или несколько человек, то претендателю выдают из них одного, кого он потребует, для произведения над ними смертной казни, — кун же в таком случае не платится; ежели же два двух, или три трех убьют, то и те предаются все смерти и платится кун сполна» [70]. Смысл этого довольно неясного и, должно быть, искаженного при записи постановления выясняется при сопоставлении его с аналогичным, но четко и подробно изложенным постановлением 43-й главы Салической Правды «О человекоубийстве скопищем» [71]. В постановлении, записанном Броневским, речь идет, очевидно, не о соучастии, а только о совиновничестве. Самый факт участия в группе, совершившей 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.

¹² Здесь и далее сохраняется написание слова в оригинале.

Вторая «ежели два двух или три трех убьют», имеет в виду примерно равное количество нападающих и их жертв. Так как за одного убитого по традициям кровосмешения можно требовать смерти также только 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 соотношении сторон; за различием численного соотношения скрывается, очевидно, различный характер убийства. В первом случае, случае нападения группы на одного-двух, перед нами разбойное нападение; во втором случае при равенстве сторон, так сказать, «честная драка». Этим и 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 обычное право не знает одновременного ответа головой и уплаты куна [72].

Из более поздних источников случай совиновничества сообщает д'Андрэ. За барымту с каждого ее участника взывается 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'Андрэ пишет: «Участники в каком-либо преступлении наказываются наравне с самим преступником» [73]. Но его обобщения, 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 века. Судя по материалам Баллюзика, Маковецкого, Загряжского и Гродекова [74], какого-либо единства взглядов и судебной практики по вопросу об ответственности соучастников здесь 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 самое 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, тот, кто бил, наказывается», Загряжский же утверждает, что зачинщики и подстрекатели наказываются высшей степенью наказания.

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 обычном праве так же, как в праве фризов, лангобардском праве, Салической Правде и т. д. [75], 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 наказания. Все источники согласно утверждают, что штраф распределялся для платежа между соучастниками. 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 и это понятно. Казахские «аипы» не были 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 платежом, каждый из них подвергался соответствующему наказанию, как это предусмотрено в цитированной выше записи Броневского и сборнике¹³ Самоквасова: «Предаются все смерти или платится кун сполна». Платить нужно только один кун, но если его не платят и дело доходит до наказания, то предаются смерти все. Это тот принцип ответственности соучастников, который был установлен и в моисеевом законодательстве, и в варварских Пrawdах [76].

2. Наказание¹⁴

Марксистско-ленинская теория уголовного права определяет наказание как меру государственного принуждения, осуществление которой является правом и обязанностью государства, применяемую судом в интересах государства и от имени государства, которая должна причинить преступнику определенное страдание и выражает от имени

¹³ В оригинале пропущена последняя буква окончания.

¹⁴ В диссертации начинается на с. 982.

государства осуждение преступлению и преступнику [77]. 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 спиной 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, под давлением «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 осуществлять¹⁵ уголовную юстицию, а следовательно, и наказание преступника не принадлежит исключительно государству. Почти каждое дело, не исключая убийства, возбужденное пострадавшей стороной, может в известных случаях разбираться третьей стороной, избранным сторонами. Легализуя барымту, обычное право констатирует бессилие государственной власти наказать обидчика и предлагает потерпевшему собственными силами и силами своих сородичей рассчитываться с убийцей, воров, грабителем. Исключительное право и обязанность государства наказывать преступников вообще трудно конструировать там, где действует еще правило, что «неволею никто никого, ниже хан, в суд привести не может» (Тевкелев) [78]. Интерес государства в наказании преступника, на первый взгляд, отступает на задний план рядом с интересом 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 конкурирует наказание, применяемое аульными властями без всякого суда.

В очерках о казахском государстве, судеустройстве и судопроизводстве были уже рассмотрены эти специфические черты казахского права, которые создают ошибочное, конечно, представление, будто момент государственного принуждения отсутствует в казахской юстиции. 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 и потому, конечно, что указанные

¹⁵ Два первых слова в оригинале вписаны С. Л. Фуксом сверху строки.

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 собирателями и исследователями материалов обычного права казахов, заключается в том, что от всякого наказания казах, как правило, откупался выкупом, пеней. О свободном германце времен Тацита Энгельс говорил, что он «подвергался смертной казни лишь за измену своему племени, а в остальных случаях мог штрафом (вергельдом) искупить всякий ущерб, даже убийство» [79]. Такое же положение, очевидно, в глубокой древности существовало и у казахов. Но в начале века, когда свободный казах стал уже объектом феодальной эксплуатации (хотя 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 отнестись критически. Таково, например сообщение Путинцева, который свою запись обычного права «О киргизских законах» начинает с такого положения: «По киргизскому обыкновению за вину вместо наказания полагается штраф» [80], что, впрочем, не мешает ему в дальнейшем отмечать, что неуплата штрафа влечет за собою смертную казнь. Таковы записи д'Андрэ, в которых читаем: «Присужденный к какому-либо наказанию может быть освобожден от оно, «с согласия впрочем бия» — зачеркнуто д'Андрэ), если тот присужденный может заплатить надлежащий штраф (тугуз) в пользу обиженного»; или: «Все преступления могут быть выкуплены, хотя и Алкоране сказано противное кроме по одному преступлению против веры, где откупиться нельзя». Д'Андрэ отрицает применение на практике наказаний, заявляя: «Ордынец не допустит себе телесного наказания, всегда выкупится скотиной, а если, нечем, то родные даже... (неразборчиво)... а если и последние... (неразборчиво)... то в работники (неразборчиво) авось сжалятся аульцы и постараются удовлетворить (неразборчиво)... и избавить вора» [81]. Такая постановка вопроса сочетается у д'Андрэ с подробной характеристикой телесных наказаний, способов и орудий их осуществления, что уже само по себе ставит под вопрос достоверность отрицания или существования наказания на практике. Нас же интересует не столько наличие права искупить преступление уплатой штрафа, сколько реальность этого права, т. е. вопрос о том, 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 провозглашенными 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'Андрэ. Броневский, который считает его условным, обусловленным согласием потерпевшего, характеризует право выкупиться от наказания так, что оно совершенно отчетливо приобретает черты феодального права привилегии. Изложив содержание обычного права казахов, Броневский в заключение пишет: «Строгость казни в настоящее время смягчена, и все преступления наказываются предпочтительно кунами и штрафами; особенно, *если обидевшая сторона сильнее обиженной*; но в противном случае, будь 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 его выдают головою на произвол» [82]. Итак, следовательно, потерпевшая сторона может не допустить выкупа преступления и настаивать на казни, которая в этом случае действительно производится. Но не согласиться может лишь тот потерпевший, который сильнее обидчика. В результате действует чисто феодальный принцип: там, где преступник из рядов эксплуатируемых отвечает головою, преступник из рядов имущих отделяется 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 источников, бесспорно 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.

Нельзя считать, что практика казахской юстиции характеризуется, как правило, заменой наказания имущественным взысканием в пользу потерпевшего, ибо для большинства трудящихся казахов эти имущественные взыскания были вовсе непосильны. И если выкуп убийства куном (на что, как мы видели, убийца имел право лишь при условии согласия потерпевших), облегчался обязательностью для сородичей убийцы

принять участие в его уплате, то в уплате прочих уголовных штрафов сородичи не обязаны были участвовать, и потому вору, например, если у него не было достаточных средств, невольно приходилось расплачиваться головою или подвергаться телесному или членовредительному наказанию. Если положение доказано и достаточно подробно иллюстрировано ниже при рассмотрении преступлений и здесь следует только подчеркнуть, что штраф ни в одном из источников не фигурирует как единственное наказание, а всюду сопровождаются альтернативой наказания, обращенного непосредственно на личность преступника. Интересно, что в то время, как д'Андрэ рассуждает о праве откупиться от наказания и пытается изобразить дело таким образом, что к этому выкупу всегда практически сводится наказание, его сослуживцы, не задавшиеся целью отыскать и формулировать 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» [83]. 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 услужению истцу». Сородичи, если им приходится платить за преступление бедняка, после третьего раза изгоняют его из рода [84], после чего ему уже, конечно, никогда не удастся откупиться от наказания. Укоренившийся в литературе взгляд, что имущественные взыскания на практике заменяли все прочие виды наказания, не верен и для XVIII в., что, во всяком случае, как ниже показано, можно считать бесспорно установленным при ответственности за убийство.

Тем самым уже в значительной мере опровергается представление, что удовлетворение потерпевшего было единственной целью тех санкций, которые предусматривались обычным правом за преступления, опровергается, так сказать, «частноправовой» характер наказаний. Смертная казнь, телесные и членовредительные наказания подстерегали неимущего преступника. Не всегда и преступник, располагавший лично необходимыми средствами или пользовавшийся поддержкой сородичей, мог рассчитывать на согласие потерпевшего на выкуп. Можно ли

рассматривать практику применения наказаний только как средство понудить удовлетворение частного интереса, имущественной претензии потерпевшего? Думается, что нельзя, 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 за него горой, выделяло сородичей, которые приносили очистительную 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, невольного 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 что реален также причитающийся им бийлык. 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 бы 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 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, как показано при анализе механизма и структуры казахского государства, 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 выполняются бийские решения, то и момент государственного принуждения в наказании 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 наказания имущественные взыскания всегда играли у казахов очень большую роль и что, будучи, как санкция, в основном привилегией во всех тех случаях, где такое взыскание могло оказаться реальным, нельзя при изучении наказания отказаться от рассмотрения сущности имущественных взысканий. 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 — 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 чрезвычайно интересных 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 лишь как наказание преступника. Записи этих постановлений никогда не были опубликованы и, как и большинство хранящихся в архивах историко-юридических материалов казахского права, не были вовсе в поле зрения исследователей обычного права казахов. Эти обычно-правовые нормы записаны в рапортах поручика Аитова, «попечителей» Александрийского, Белозерова и письмоводителя Ячменева, в которых эти чиновники по требованию оренбургского начальника излагают известные им постановления обычного права казахов [85]. Здесь речь идет о том, что истец-обвинитель не должен был вовсе пользоваться выгодами имущественного взыскания или был, во всяком случае, сильно ограничен в этом смысле. Вот, например, что пишет д'Андрэ: уличенный вор приговаривается к возврату украденного и к платежу тогузов, т. е. 9-, 18- или 27-кратному против стоимости украденного штрафа. «Претендатель,

получив сии вещи, дарит их по своему произволу другим киргизам, даже родственникам обвиненного; но у себя оставлять, отдавать своим родителям и родственникам не должен. Если же таковые вещи оставит у себя, или отдаст сим последним, то, подчеркивая, что потерпевший не должен оставлять у себя или отдавать своим родственникам присужденный ему и полученный им 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 судей и на общее угощение по окончанию суда» предназначается не весь штраф, а лишь часть его.

В свете этих сообщений становится ясным, что казахское право видело в имущественных взысканиях не столько способ удовлетворения ущерба, причиненного потерпевшему, сколько способ наказания преступника. Не только сам потерпевший, но и сородичи его не должны были обогащаться за счет уплачиваемого 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 сочетаются с новыми. Присвоением 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 это категорически, отдавая дань жадности и корыстолюбию собственников, игнорирующих старый адат. В сообщении Александрийского отмечен и какой-то компромисс между старым и новым обычаем: потерпевший может присвоить половину штрафа, а другая половина идет «в пользу судей и на общее угощение по окончании суда».

Ниже, при рассмотрении порядка распределения взыскиваемого за убийство куна мы увидим также, что во второй половине XIX в. этот важнейший уголовный штраф не шел в пользу семьи убитого. На долю семьи убитого приходилось, как указывает М. Н. Вяткин, 10–15 % куна, а основная часть шла в пользу биев и «сородичей» [86]. Все эти данные в совокупности требуют пересмотра взгляда на имущественные взыскания, как на возмещение потерпевшему. Становится ясным, что имущественные взыскания имели характер наказания в полном смысле этого слова, т. е. преследовали не столько частный имущественный интерес, сколько интерес общественный, классовый, государственный. 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 вреда, которое уплачивается потерпевшему, как это, например, имеет место в Русской Правде, где вира и продажа платится князю, полownичество 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» — взыскания в пользу бия, взыскивается еще и «ханская честь», «ханлык», взимается какая-то доля и в пользу эсаулов, «эсаул-хака»¹⁶. Все эти взыскания были несамостоятельными штрафами, а частью композиции. Так, д'Андрэ сообщает, что при присуждении «аттуна», т. е. лошади и халата, «из обеих вещей обиженный берет лишь одну, другую же оставляет в пользу бия или тех людей, которые разбирали дело его» [87]. По Красовскому, вознаграждение бию всегда составляет определенную долю исковой суммы [88]. 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 аттона»* [89]. Сопоставляя эти сведения с отмеченным выше древним обычаем, запрещавшим потерпевшему обращать взыскание в свою пользу и требовавшим раздачи присутствующим на суде всего взысканного штрафа, приходим к выводу, что ханы и бии просто узурпировали древнейшее 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» [90]. Ясно, однако, что, независимо от того, идет ли взысканное как штраф имущество в большей своей части хану и биям или в пользу общины — во всех случаях штраф этот по природе своей есть наказание, а не возмещение ущерба, причиненного потерпевшему.

Выяснив, таким образом, природу имущественных взысканий за преступление, можно перейти к их классификации и рассмотрению отдельных видов этих взысканий. Среди имущественных взысканий, прежде всего, выделяется взыскание за убийство, тяжкое членовредительство и преступления, приравняемые к убийству, как, например, изнасилование, прелюбодеяние или похищение женщины. Оно называется «кун». Подробно рассмотреть это наказание удобнее ниже при исследовании убийства, для которого кун является специфическим

¹⁶ «Эсаул-хака» — правильно «жасауыл ақы», т. е. плата эсаулу.

наказанием и с эволюцией которого как преступления связана и эволюция куна. От куна как специфического для убийства имущественного взыскания отличаются все прочие виды уголовных штрафов, называемые «аипами» [91]. Среди аипов наиболее типичными и распространенными являются «тогуз», т. е. девятикратный штраф, «девятка» и «аттун», состоящий из лошади и халата. Тогуз по своему происхождению 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 был взысканием 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 серьезные потрясения, казахские бии, кажется, уже очень мало считались с нормами обычного права при определении наказания. По крайней мере, д'Андрэ сообщает: «Преступление какого бы рода оно не 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» [92]. 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, что особенно практиковалось при превращении старых равных для всех наказаний в наказания феодального типа, уменьшаемые для знати и увеличенные для бедноты. Очень характерно в этом смысле появление рядом с аттуном (взыскание лошади и халата) наказания, которое Баллюзек называет «азусыз-ат, жиексиз-тун» (т. е. «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 просто барана и кусок бязи. При «незначительности» потерпевшего возможен был и другой вариант ат-туна, при котором лошадь фактически вовсе не давалась, а давался только один халат [93]. Гродеков сообщает о штрафе,

который назывался «астарсиз-чапан», «халат без подкладки», который означал почти мировую сделку [94]. 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 истца. Первоначально тогуз был просто девятикратным против причиненного ущерба штрафом. В таком виде его 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 10-кратный против стоимости покражи штраф [95]. 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. Об этом говорит Ибн-Батута [96]. Марко Поло, однако, воспроизводя постановления монгольского права, говорит о *десятикратном* выкупе, также имея, очевидно, в виду возврат украденного [97]. «Девятка» и кратный к «девятке» штраф постоянно фигурирует в монголо-калмыцком или ойратском уставе 1640 г. Интересно, что здесь одновременно упоминаются два способа исчисления этой девятки. Так, за кражу *скота* «определяется брать за каждую скотину по семидесяти по две скотины, да “девятко”, причем не видно, включается ли сюда возврат украденного. В другой статье предлагается эти “девятки” за кражу *вещей* брать “сверх иску”. Таким образом, и здесь “девятка” легко превращается в “десятку” [98].

В казахском праве тогуз как штраф по всем серьезным, кроме убийства, преступлениям, дифференцируется путем умножения на 3, на 9. В законах Тауке, в записи Левшина, как и в записи Шукуралиева, в качестве наказания за кражу фигурирует «трижды девять раз украденное» [99]. Такой же штраф указан и Гавердовским [100]. При взысканиях за другие более серьезные преступления взыскивалось и девять тогузов. Так, например, из донесения султана Худаймендина акмолинскому окружному приказу в феврале 1844 г. мы узнаем, что Кенесары Касымов взял «в штраф девять девятков» с Дмола и Акыла Агыбаевых с братьями за то, что те осмелились просить у него разрешения кочевать в сторону русской границы [101], что Кенесары правильно 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 это мало. К каждому тогузу было сделано еще и добавление какой-либо «лучшей вещи». Так, в законах Тауке, в записи Левшина и у Гавердовского предусмотрено, что к тогузу верблюдов нужно придать одного пленного, к лошадям одного верблюда, к овцам одну лошадь. В записи казахских законов начала XIX в., сделанной Путинцевым, указывается, что верблюд есть необходимая составная часть тройного тогуза, в котором он может быть, впрочем, заменен кольчугой [102]. 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 Путинцев, — называется по их обыкновению яхши, то есть главная. Например, человек, кольчуга, верблюд и лошадь; за сими уже полагают жеребят, кобыл 4-х и 3-х летних» [103].

В результате такого развития казахскому праву 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., а вероятно, и раньше как наказание за всякие преступления, кроме убийства. Д'Андрэ записал их. Приведем эту запись потому, что она может быть ниже использована для выяснения происхождения самого тогуза как «девятки».

«...тогуз бывает трех родов:

1 рода тогуз самый большой и обременительный, состоит из девяти голов скота: а именно 1 верблюд, 2 дойных кобылы и 2 двухгодовых жеребят.

ПРИМЕЧАНИЕ: дойная кобыла считается за три головы, т. е. сосун, приплод и самая кобыла.

2 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 рода тогуз или тукол-тугуз состоит из восьми голов скота, а именно из 2 баранов с ягнятами и с приплодом, 1 барана без ягнят и 1 козел.

Перечислив эти три тогуза, д'Андрэ замечает: «За важное преступление требующее смертной казни или жестокого телесного наказания

преступник выкупается уплатой всех трех тугузов разом, составляющими в подобном случае один полный тугуз. За менее же важные проступки сообразно вине один из трех тугузов может заменить наказание» [104]. В этих трех тогузах, составляющих «один полный тогуз», легко увидеть тот 27-кратный штраф за кражу, который упоминается большинством источников. Но он не остался неизменным со времен Тауке. 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 лошадей и т. д. (Шукуралиев), то у Путинцева, который записывал не сохранившиеся в устной традиции текст законов Тауке, действовавшее в начале XIX в. обычное право, столь же определенно указано, что 27-кратный штраф платился «разным скотом».

Присматриваясь к содержанию списанных д'Андрэ трех видов тогузов, можно, кажется, найти здесь объяснение не только происхождения этого наказания как 9-кратного 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 примечание д'Андрэ, считается дойная кобыла с сосуном и будущим приплодом, дойная корова с теленком и приплодом и овца с ягненком и приплодом. Тройной штраф за кражу скота известен вообще казахскому праву и как особый 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 [105]. Во второй половине XIX в. этот штраф заменял 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 [106]. Идею «тройки», ее происхождение для общества скотоводов объяснить нетрудно. Украденный скот, удерживаемый некоторое время вором, должен быть возвращен с нормальным приплодом, или, как указывает д'Андрэ, «дойная кобыла считается за три головы, т. е. сосун, приплод и самая кобыла». Отсюда легко прийти к обычаю требовать 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 утروения в тогуз, «девятку». Подобно тому как «тогуз» путем такого же утروения превращается в известный 27-кратный штраф, а этот, в свою очередь, в 81-кратный или уже отмеченные нами «девять девяток». А. В. Гейнс сообщает, что в 60-х гг. XIX в. по одному иску за кражу двух лошадей бия присудили возратить хозяину этих же двух лошадей, но с жеребятами, поскольку со времени кражи прошел год [107]. При этом султан получил в ханлык кобылу, а бии трех баранов. В этом конкретном случае, хотя и очень позднем, ясно выражена мысль, что потерпевший от кражи должен получать только украденное с приплодом, а высокие штрафы за кражу идут в пользу султанов 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 наказанием, т. е. налагались в интересах поддержания классового порядка, при содействии государства, хотя слабая государственная власть была представлена властью общины. Первоначальный смысл композиций, поскольку они существуют в доклассовом обществе, заключался во всех случаях (в том числе и при убийстве, как это показано ниже при исследовании происхождения казахского куна) 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 первобытно-общинном строе композиции заключались в том, «что обидчик расплачивался с обиженными или его родом определенным количеством *меновых единиц*» [108]. 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 которой 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 века сохранила архаические черты, свидетельствующие о том, что некогда

смертный приговор у казахов, как у германцев эпохи Тацита, мог быть вынесен только народным собранием. В конце века это правило в основном превратилось уже в гарантию для знати. Поэтому Левшин говорит о праве «ханов и сильнейших султанов казнить таких преступников, которых смерть не может произвести сильного ропота в народе» [109]. Лиц более или менее влиятельных хан, безусловно, казнить не имел права. Хан Нуралы в своем донесении Екатерине от 15 мая 1774 г. сообщал, что когда к нему приехал сын султана Дусали, примкнувший было к Пугачеву, то он его «жестoko наказал и имел намерение умертвить, но токмо без надлежащего следствия и рассмотрения дела подчиненные мои до того меня не допустили» [110]. Но и к рядовым казахам казахские ханы до второй половины века не могли применить смертную казнь без согласия народа. П. Рычков в «Описании о киргис-кайсацком народе», составленном в 1747 г., указывает, что карательная власть ханов и султанов даже «за большие и явные злодейства» ограничивается наказанием плетью. Об Абульхайыр-хане, добавляет он в примечании, «сказывают якобы он *по усильству своему в народе* виноватых людей иногда и вешал» [111]. Следовательно, применение смертной казни Абульхайыром рассматривается уже как узурпация, как результат «усильства в народе» против обычной власти хана, и все это сопровождается еще оговоркой «сказывают, якобы». Источники наши постоянно подчеркивают, что применение смертной казни Аблаем и Арынгазы было узурпацией прав «народного» собрания. Относящиеся сюда бесспорно убедительные свидетельства Чокана Валиханова и документов, характеризующих деятельность Арынгазы, были уже приведены в главе, где было показано, что право смертной казни до Аблая еще не принадлежало ханам и, безусловно, относилось к компетенции «народного» собрания. Здесь можно дополнить эти свидетельства интересным постановлением, записанным в сборнике комитета 1824 г. [112]. Оно гласит: «За убийство сделанное султаном или хожею без приговора общества, платит... кун». Отсюда ясно, что султан мог казнить преступников только «по приговору общества». Отсутствие у казахских султанов и ханов права казнить своих поданных смертью подчеркивает еще начале XIX в. Мейендорф, указывая, что против права хана располагать жизнью и смертью своих поданных последние имеют гарантию в «общественном мнении», которое здесь необычайно сильно. Это не покажется удивительным, если учесть, что, по свидетельству Палласа, даже калмыцкие нойоны, бывшие для казахских султанов недостижимым образом сильной власти, могли подвергать своих поданных телесным наказаниям, даже резать им носы и уши, но не осмеливались казнить кого-либо публично [113]. Впрочем, с того времени, как в конце XVIII в. казахские ханы и султаны

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» [114]. Кенесары Касымов, по словам Герна, «за малейшее преступление наказывает смертью», действуя притом «неограниченно» [115]. В частности, он, как сообщается в рапорте Сотникова, обыкновенно наказывал смертной казнью «людей, подозреваемых в разведывании», т. е. шпионов [116]. Но древнему адату это, безусловно, противоречило; казахские бии, судившие по адату, никогда не пользовались правом присуждения к смертной казни, и д'Андрэ специально отмечает, что «к смертной казни приговор не может составляться одним бием, а обще с казыем и султаном» [117]. Участие в этом судилище казыя особенно подчеркивает, что судилище это руководствуется уже не адатом, а шариатом¹⁷. Заметим, что во второй четверти XIX в. законодательство царизма окончательно ликвидировало владетельные права ханов и султанов и вовсе исключало применение смертной казни казахскими судами. Таким образом, записанный д'Андрэ порядок присуждения к смертной казни уже не мог действовать во времена д'Андрэ и, как многие записанные им нормы, относился к прошлому.

Смертная казнь могла применяться за убийство, прелюбодеяние, изнасилование и за кражу. Это единогласно подтверждается записями законов Тауке, сделанными Левшиным и Гавердовским, записью действовавшего в начале XIX в. обычного права, сделанной Путинцевым [118], и некоторыми другими источниками. Можно отметить, что в этом отношении казахское обычное право идет по следам древнейших постановлений, известных кочевникам Средней Азии (и не только им). У хунну смерть была наказанием тому, кто совершал убийство или значительную кражу [119]. У ту-кю смертная казнь была установлена как наказание за бунт, измену, убийство, прелюбодеяние с замужней женщиной или изнасилование замужней женщины, а также за кражу стреженой лошади [120]. 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 [121]. Можно считать поэтому, что

¹⁷ Например, Сура 20. Та̄ х̄а — 74 (71), Сура 52. Гора — 13 (13), Сура 82. Раскальвание — 14 (14), Сура 69. Неизбежное — 6 (6), 16 (16) (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тождинов. С. 243, 474; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 367, 403; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 1129, 1131).

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 несколько отличное от прочих преступлений место. Так, например, в записи Левшина 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 Шукуралиева смертная казнь, хотя и с возможностью выкупа кунем, указана безоговорочно как наказание за убийство и изнасилование, но для кражи предусмотрен только платеж тогузов, а смертная казнь определяется лишь на тот случай «когда сделает сам признание или доказан будет четырью свидетелями». Лишь в этом случае вора «для страха другим убивали» [122]. По Гавердовскому, вор в наказание при-суждался только «после девяти обличений». Следует еще упомянуть, что Радлов почему-то вовсе не упоминает о возможности применения смертной казни за кражу и говорит, что требовать смерти преступника по древнему обычному праву можно было только при убийстве, прелюбодеянии и изнасиловании [123]. Хотя утверждение это для XVIII в. безусловно ошибочно, но оно заслуживает внимания, так как возможно, что Радлов пользовался в данном случае преданиями очень глубокой древности, отразившими особо 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 родовой быт и в связи с этим значительные пережитки коллективной собственности, посягательства на собственность долго не составляют серьезной угрозы для эксплуататорских групп, использующих для эксплуатации сородичей главным образом пережитки коллективной собственности (Саун, Журтшилык и другие виды «родственной взаимопомощи»). Этим объясняется отчасти то примирительное отношение ко многим видам посягательств на собственность, которое подробно рассматривается ниже, при рассмотрении кражи как преступления. Здесь же следует отметить, что установление смертной казни за кражу было гораздо более трудным делом, чем установление смертной казни за убийство, ибо во втором случае смертная казнь прямо вытекала из права кровной мести, в то время как первоначальной санкцией за кражу, как показано уже при выяснении происхождения

тогуза, было возмещение в натуре причиненного кражей имущественного ущерба. Смертная казнь за убийство у казахов, как и у 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» [124]. Описав кровавую расправу байулинцев над алимулинцами, Левшин добавляет: «Также бывает когда убийцу выдадут родственникам убитого» [125]. Кража же первоначально, безусловно, не влекла за собой мести. По Тациту, у древних германцев поводом к мести было только убийство. Бруннер, привлекая к выяснению этого вопроса некоторые более поздние источники, считает, что кровная вражда и месть возникали не только за убийство, но и из прелюбодеяния, блуда и похищения женщины [126]. 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. Таково, например, постановление, что если за убийство ходжи не будет уплачен положенный 7-кратный кун, то должен быть повешен не только сам убийца, но и 6 человек его ближних и родственников [127]. Постановление это содержится только в записях Броневского и свода комитета 1824 г., а нехарактерно для древнего обычного права. Древние постановления исключают замену смертной казни выкупом при убийстве женою мужа и хозяина рабом. Первое содержится в законах Тауке, второе подчеркивает Радлов [128]. В основном же классовая политика состоит в применении смертной казни вполне обеспечивалась возможностью откупиться от смертной казни куном или тогузом и применении в ряде случаев смертной казни к несостоятельному преступнику.

Что касается видов смертной казни, то в источниках и литературе их фигурирует очень много. Но далеко не все они могут рассматриваться как присущие собственно обычному казахскому праву. Так, например, побивание камнями, о котором упоминают Броневский, Маковецкий и многие другие, есть, несомненно, шариатское наказание. Оно хорошо известно из Корана, Маковецкий отмечает, что этот вид смертной казни применялся за религиозные преступления [129], и 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 маловероятно, чтобы в казахской степи в качестве обычного вида смертной казни практиковалось повешение на деревьях, о котором говорит

Левшин [130]. Сажание на кол, о котором сообщает Словохотов [131], бесспорно, наказание, неизвестное казахской обычно-правовой традиции, а заимствованное и довольно поздно в оседлых средне-азиатских ханствах. Сообщают еще о таких видах смертной казни, как сжигание на углях, голодная смерть в яме [132]. Применялось перерезывание горла, иногда рассечение тела на части, распарывали живот, вкладывая туда руки, ноги и голову [133]. По Левшину, так поступали с выданным сородичами убийцей. Наряду с такого рода диким измывательством над телом казнимого существовало, по сообщению Красовского, и правило, требовавшее выдачи сородичам после казни трупа в «исправном состоянии» [134]. 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 великого пути», удовлетворил его просьбу и казнил его «без пролития крови», т. е. велел удавить [135]. Выдача трупа «в исправном состоянии», т. е. не изуродованного, могла, очевидно, иметь место у казахов в результате «привилегированной» казни путем удушения, повешения.

Возможно, что этот способ казни был и древнейшим у казахов. В пользу такого предположения говорит, прежде всего, описание этого способа казни у Левшина. Удушение производилось в собрании старейшин, родоправителей и народа, куда осужденного приводили с петель на шее. Участники собрания, по 2-3 человека с каждой стороны, затягивали эту петлю, пока не наступала смерть осужденного [136]. 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, например, по Маковецкому, казнили виновных в прелюбодеянии. Если казни подвергался один, то, как описывал казни, совершенные Абульхайыр-ханом, П. Рычков, осужденного вешали, «подняв его веревкою на верблюжью шею, которого (верблюда, разумеется. — С. Ф.) как погонят, то осужденный принужден скоро удавиться» [137]. О повешении на верблюдах говорит Броневский [138] и ряд других источников; это, несомненно, был у казахов вид смертной казни, освященный долгой традицией.

Столь же древним традиционным видом смертной казни было «рас-таскивание дикими лошадьми» (Броневский). По Левшину, к хвосту дикой лошади привязывали труп удушенного упомянутым уже способом

в народном собрании. Но это, очевидно, была квалифицированная смертная казнь, казнь, при которой тело преступника вместо того, чтобы быть выданным сородичам для погребения в исправном состоянии, подвергалось таким путем растерзанию. Это была позорящая смертная казнь. Из журнала Тевкелева — запись от 19 января 1783 г. — видно, например, что первая партия противников Абульхайыр-хана угрожала: «Абулхаир-хана ханшу, привязав за волосы к хвосту лошади, будут таскать по полю» [139]. 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 плетью лошадь и преступника, заставляли его бежать за лошадью [140].

Членовредительные, увечающие наказания несвойственны 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» [141]. Д^н Андрэ в одном случае упоминает, что вору отсекается кисть правой руки¹⁸ [142], но это прямо заимствовано из Корана. По Маковецкому, за прелюбодеяние резали уши, нос, губы и рвали ноздри [143]. Но Гродеков указывает, что членовредительные наказания «практиковались только кокандцами» [144], и если он и не прав, категорически отрицая их применение у казахов, то во всяком случае бесспорно, что этот вид наказания 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 [145].

В XVIII в. и первой половине XIX в. казахское обычное право знало бесспорно только один вид увечающего или близкого к увечающему наказания. Это «рассечение головы», заключавшееся 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 Эрали в письме к исполняющему обязанности оренбургского губернатора Мансурову

¹⁸ В Суре 5. Трапеза — 42 (38) говорится: «Вору и воровке отсекайте их руки в воздаяние за то, что они приобрели, как устрашение от Аллаха. Поистине, Аллах — великий, мудрый!» (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост.: Т. Н. Тождидинов. С. 88; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 77); В пер. Иман Валерии Прохоровой: «И вору, и воровке отсекайте руки Как воздаяние за то, Что (души их) усвоили себе, — Как наказанье от Аллаха, — Ведь Он, поистине, велик и мудр!» (см.: Коран / Пер. смыслов и комментарии Иман Валерии Прохоровой. С. 139, 665; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 205).

от 24 декабря 1777 г. докладывал, что он подчиненных ему казахов, «не допуская к учинению ими злодейства, битьем и ранением их голов от того удерживал» [146]. Бывший в плену у Кенесары Касымова Куитас Куватов показывал, что «Касымов мучил их пыткой, разрезывая ножом головы» [147]. Кенесары же, по показанию лазутчика Кульджана Культенева¹⁹, приказал поймать незаконно собиравших закят Дюсембая²⁰ и его товарищей, жестоко наказать «и в довершение всего, *чтобы Кенесары знал, что они наказаны*, сделать на головах их раны» [148]. Наказание это, следовательно, имело значение меры, свидетельствующей навсегда о том, что данное лицо подвергалось наказанию, наподобие урезыванию уха в древнем русском праве. Афганец Мухамметхан, подвергшийся в 1840 г. нападению со стороны группы казахов, показывал: «Мне рассекали топором голову, всех прочих переранили» [149]. 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 [150].

Самыми распространенными из наказаний, обращенных против личности преступника, были телесные наказания. В отношении немущих и не пользующихся поддержкой сородичей они были столь же частыми, как имущественные взыскания применительно к имущим и обеспеченным материальной помощью сородичей. Это хорошо выражено в казахской пословице: «У кого дырявая юрта, того пожирают дождевые капли; у кого мало сородичей, тот пожирает нагайки» [151].

Появление телесных наказаний относится, однако, к довольно позднему времени, они 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, не 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 родоплеменной демократии, чтобы подобные унижительные наказания могли найти себе место в обычном праве. Конечно, ханы, султаны и старшины и в XVIII в. орудовали плетью, избивая за провинности зависимых

¹⁹ Национально-освободительная борьба казахского народа под предводительством Кенесары Касымова: Сб. документов. С. 385–387, 430, 431, 433–437.

²⁰ Там же. С. 385–387.

от них людей. О том, что казахские ханы и султаны, разбирая «обще с султанами и старшинами и с лучшими улусными людьми происходящие между киргизцов ссоры», наказывали виновных «больше одними плетьюми, употребляя к тому из находящихся при них особых служителей, коих называют они теленгутами», сообщает П. Рычков [152]. Нуралы избил плетью сына Досали-султана за сообщничество с Пугачевым и докладывал об этом как об учиненном им наказании мятежнику [153]. Но, оценивая подобные сообщения, следует постоянно иметь в виду, что казахские ханы со времен Абульхайыра, стремившиеся к тому, чтобы вопреки степной традиции быть «самовластными», в своей карательной политике мало считались с древним адатом, а некоторые из них, как Арынгазы, прямо поставили на место адата шариат. 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 и стали применяться в широком масштабе в результате заимствования у оседлых соседей шариатских норм²¹.

Не только законы Тауке во всех известных нам записях (Левшин, Шукуралиев, Гавердовский) не знают еще плетей, но даже записи обычного права первой четверти XIX в. предусматривают телесные наказания в очень редких случаях. Так, у Броневского наказание плетью предусмотрено только как «домашнее» наказание («наказывается от родственников») за распространение ложных и вредных слухов [154]. 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 [155]. Как видим, 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 преступления против религии, где так широко позже применяется сечение, как способ наставления на путь истинный, телесные наказания еще не предусмотрены. Только в середине XIX в. в записях д'Андрэ впервые телесные наказания получают значение широко применяемого наказания. Здесь телесные наказания предусмотрены за все почти преступления, за богохульство, за кражу и за грабеж, за оскорбление вышестоящего

²¹ Сура 20. *Tâ xâ* — 74 (71), Сура 24. Свет — 2 (2), 4 (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожидинов. С. 243, 270; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 215, 239; Коран / Пер. смыслов и комментарии Иман Валерии Прохоровой. С. 375, 658; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 645).

лица и т. д. Они приобретают у д'Андрэ 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'Андрэ совершенно ясно отмечено шариатское происхождение телесных наказаний и главного из них — сечения²². Он отмечает, например, что некоторое отступление от предписанных Кораном правил сечения объясняется бытовыми условиями: «Хоть в Алкоране орудие и означено (саут) алка, но за неимением такового всегда в ауле общепринято ныне наказывать преступников нагайкою, величиною не тоньше среднего пальца» [156]. Сечение может производиться в точном соответствии с требованиями Корана, тогда число ударов определяется, указанное в Коране, и преступника бьют лежащего. Если же число ударов определено не по Корану, то его бьют, приставив к позорному столбу [157]. Все эти правила излагаются очень подробно и, как правило, сопровождаются ссылкой на «Алкоран».

Нужно поэтому решительно отвергнуть утверждение Маковецкого, что у казахов «телесные наказания... составляют нововедение русских» [158]. Верно, что обычному праву казахов до XIX в. телесные наказания, особенно в форме сечения, были несвойственны. Это очень решительно подчеркнуто, например, в материалах Баллюзека [159]. Но никак нельзя отнести введение телесных наказаний на счет царизма, потому что в сороковых годах XIX в. не только влияние царского правительства на обычное право казахов было еще совершенно незначительным, но им даже не контролировался еще состав биев [160]. В то время, когда д'Андрэ 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'Андрэ. Прав поэтому Загряжский, указывающий, что «с занятием края русскими телесные наказания везде заменились аипом» [161]. Действительно, положениями 11 июля 1867 г. и 21 октября 1868 г., в связи, очевидно, с реформами 60-х гг., в «туркестанском крае» и в «степных областях» телесные наказания были отменены [162].

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, заключавшееся в том, что через

²² Сура 24. Свет — 2 (2), 4 (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тождинов. С. 270; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 239; Коран / Пер. смыслов и комментарии Иман Валерии Прохоровой. С. 375, 658; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 645).

преступника, расprostертого на земле лицом вверх и привязанного за руки и за ноги, перегонялось стадо баранов, размер которого определялся в зависимости от тяжести преступления [163]. Наказание это часто превращалось в смертную казнь. Что касается прочих видов телесных наказаний, то д'Андрэ сообщает еще о таких: «В летнее время преступника кладут обнаженного на солнце с привязанными врознь руками и ногами к земле. Зимой сажают по пояс в прорубь или, оставив на теле самую легкую одежду, преступника выставляют 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'Андрэ относит к «исправительным», они применяются к преступнику, «на кого наказание нагайкой не имеет никакого действия», к рецидивисту. Назначаются они «по одному усмотрению бия и суть в виде исправительных мер, а не подлежащих по суду» [164]. 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'Андрэ 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 или впредь не совершить то преступление, по которому он заключается» [165]. Маковецкий и Гродеков видят в этой мере 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 [166]. 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 карательных мер. Когда тайчидцы схватили будущего Чингис-хана, они, чтобы он не бежал, одели 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»²³ [167]. Средством задержания преступников, а не наказанием было оковывание в тех конкретных случаях, о которых сообщают источники. Абульхайыр-хан сковал казахов, отогнавших у Тевкелева лошадей. Кенесары Касымов держал порознь и «в железах» пойманных им Куватова с товарищами, заподозренных в шпионаже. Это было

²³ Кычанов Е. Жизнь Темучжина, думавшего покорить мир. С. 26–27.

в обоих случаях, так сказать, «предварительное заключение», ибо скванных «били и мучили больно», «мучили их пыткой... и бросали по два человека в воду» [168]. По данным д'Андрэ, 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» [169].

Заключение как наказание имело у казахов символический характер и являлось наказанием позорящим. Виновного сажали внутрь очерченного на землю 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» [170], что можно объяснить лишь древностью такого наказания и какими-то традиционными представлениями, с ним связанными.

Наказание это, безусловно, относится к числу позорящих. Казахскому праву известны и другие позорящие наказания. Д'Андрэ называет, например, такие наказания, как «обругание» и «оплевание». Делает это сам бий. При мелкой краже преступник не подлежит телесному наказанию, «но народному позору, как то обругание его при всех бием или плевание в глаза с наставлением, чтобы не показывался между добрыми людьми» [171]. Традиционное позорящее наказание указано в законах Тауке (запись 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 плетью». По Гродекову и некоторым другим авторам, это наказание называется «обходом народа». Виновного с черным войлоком на шее и с вымазанным сажей лицом водят по аулу пешком, и его бьет плетью едущий за ним всадник [172].

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 слуги» [173]. Об отдаче в работники для отработки убытков и штрафа неоднократно упоминает д'Андрэ. 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 [174].

3. Имущественные преступления²⁴

Право каждого общества, и уголовное право особенно, имеет своей важнейшей задачей защиту неприкосновенности собственности, лежащей в основе данного общественного строя. Невозможно представить себе систему уголовного права, в котором этот вопрос не был бы основным, центральным, которое примирительно, равнодушно относилось бы к нарушению права собственности. Следует поэтому начать рассмотрение преступления и наказания в обычном праве казахов с изучения тех норм, которые призваны обеспечить неприкосновенность собственности, включая в изучение также практику и результаты применения этих норм. При этом нельзя пройти мимо чрезвычайно распространенного в документах царской администрации и буржуазной литературе мнения, что у казахов в XVIII–XIX вв. неприкосновенность собственности почти вовсе не была обеспечена, что чрезвычайно распространенные кражи, грабежи и разбои либо вовсе не считались преступлением и даже поощрялись общественным мнением либо влекли за собой минимальные, но способные устроить воров и грабителей наказания. Как ни очевидна неправдоподобность подобного мнения, на нем приходится остановиться, его приходится отчасти учитывать, так как в нем, в искаженной форме отражены некоторые реально существовавшие и весьма важные особенности института уголовно-правовой защиты частной собственности у казахов.

Наличие в подобных взглядах какого-то реального, хотя и совершенно искаженного, основания подчеркивается тем, что эти взгляды были распространены не только в казенных реальных и буржуазной литературе, но отчасти и среди соседних с казахами народов. В. Радлов отмечал, что оседлые соседи считали казахов «ворами», и привел даже — плод национальной вражды — насмешливые стихи Мулла Гази, в которых некие воров объявляются родоначальниками казахского народа [175]. Что же касается представителей царской администрации, то ее жалобами на склонность казахов к воровству и грабежу пестрят все исходящие от нее характеристики казахов. Почти всякий посол и разведчик, возвращаясь из казахской степи, в своих донесениях и «сказках», описывая трудности и опасности путешествия, неизменно ссылается также на воровство и грабеж со стороны казахов. Многие агенты царизма лишались лошадей и всей «рухляди» уже при первой же встрече с казахами. Кой-кому приходилось чуть ли не пешком пробираться к русской границе. Естественно, пожалуй, что они кляли казахов как грабителей, воров. Но и такой серьезный и вдумчивый наблюдатель,

²⁴ В диссертации начинается на с. 1026.

как Петр Рычков, в своем описании казахов (1762 г.) говорит об «особливой их склонности к войне и воровству» [176]. Нужно иметь в виду, впрочем, что термин «воровство» в русском языке XVIII в. гораздо шире современного и относится не только к преступлениям против собственности. Рычкову вторит Георги, посетивший Казахстан в конце XVIII в.: «Похищения людей, скота и товаров... хотя между ими и запрещены, однако ж они не токмо не стыдятся грабить, но и хвастая еще между собой такими удовольствиями, которые нередко походят на сумасбродство, не иначе, как будто храбрыми подвигами и воинственными упражнениями» [177]. Д'Андрэ в «Описании киргизских обычаев» (1846 г.) также отметил распространенность кражи в казахском быту. Он записывал: «Кражу и угон скота можно назвать весьма обыкновенными проступками между киргизцами. Нет почти в Орде аула, который бы не скрывал в себе воров...» [178]. Гейнс во второй половине XIX в. указывал, что воровство скота в казахской степи стало массовым и повседневым явлением и «перестало, наконец, считаться пороком» [179]. О необычайно широких масштабах конокрадства говорит и Крафт (1894 г.): «В каждом роде насчитываются сотни всем известных конокрадов, безнаказанно занимающихся конокрадством». По данным, приводимым Крафтом, только в трех уездах было 1439 конокрадов и из них 219 рецидивистов. При этом население отказывалось воспользоваться своим правом выносить приговоры о выселении конокрадов в Сибирь [180]. Разгул воровства, в частности конокрадства, у казахов отмечен и Гродековым. Он же приводит следующую казахскую пословицу, свидетельствующую о том, что население даже как бы примирилось с этим злом: «вор подобен ложке, народ подобен морю; легче первому погибнуть самому от воровства, чем последнему от вора» [181]. Для того, чтобы представить себе размах этого бедствия к концу XIX в., нужно вспомнить также горестные обличения великого казахского поэта и просветителя Абая Кунанбаева. «Чем же сейчас промышляют казахи», — спрашивал Абай и отвечал: «Они промышляют двумя вещами: воровством и попустительством; вор думает, что он разбогатеет воровством, а хозяин скота пытается наверстать убытки, украв у соседа с излишком. Власть имущие стараются разбогатеть за счет истца и также за то, что они выручают вора... Теперь же все люди — соучастники краж и укрывательств... Легко было бы укротить самих воров, но кто укротит биев, ставших послушными союзниками плутов и смутьянов?» [182] Абай часто возвращался в своем поэтическом творчестве к этому страшному злу, не отдавая себе ясного отчета о его причинах, но и он, кажется, не сомневался в том, что зло это имеет корни в прошлом.

Кто мог завещать
Им скот воровать,
Бездельем всю землю бесславить?

— с горечью восклицает он.

Не трудно увидеть, однако, в данном Абаем описании разгула воровства картину, очень близкую той, которую на рубеже XVIII–XIX вв. рисовали многочисленные наблюдатели казахского быта. Многочисленные сообщения говорят о том, что уважение к чужой собственности вовсе не считалось большой добродетелью. И это относится как к XVIII, так [и] к XIX в. Например, Витевский сообщает о некоем казахе Тезеке, дослужившемся до чина полковника царской армии, который «с гордостью и самодовольством говорил о себе: когда я был молод, то подобного мне вора и мошенника нельзя было отыскать во всей орде» [183]. Подобное высказывание совершенно совпадает с приведенным выше утверждением Георги, что казахи не только не стыдятся, но хвастаются подвигами грабительства. Не будем, однако, увеличивать число приводимых здесь жалоб на распространенность среди казахов краж и грабежей, на примирительное к ним отношение, на отсутствие должного уважения к частной собственности. От большинства этих не лишенных некоторых оснований жалоб дурно пахнет великодержавным шовинизмом, презрительным отношением царского чиновника и чиновного литератора к «дикому» «степному и легкомысленному» народу, попыткой объявить его «воровским» народом и тем хотя бы отчасти оправдать жестокость колониальной политики царизма. Обратимся лучше к раскрытию своеобразия тех отношений, которые послужили поводом к тому, чтобы рисовать столь мало правдоподобную картину незащищенности частной собственности в казахском обществе.

Цитированные выше высказывания сторонних наблюдателей являются результатом непонимания их авторами сущности общественного строя казахов, его отличия от общественного строя феодальной и буржуазной России и существующих у казахов отношений собственности. Отчасти это объясняется тем, что описываемые указанными авторами явления или наблюдались, так сказать, «с птичьего полета» через линию пограничных крепостей, или при кратковременном пребывании в степи, так что им не удавалось ознакомиться со сложным переплетом собственнических отношений у казахов и существовавшим несомненно, как будет показано, 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 побегии 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, долго изучавший казахов в самом ауле, категорически утверждает, например, 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 Радлов, кстати, напоминает, что такой же репутацией «воров» пользовались и бедуины. Он видит источник этого заблуждения в непонимании особенностей степени культурного развития, свойственной народам, которые находятся с соседями в постоянной войне и в ходе войны грабят своих противников [184]. Конечно, объяснение, даваемое 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. Кажется даже странным, что многочисленные наблюдатели не поняли этого. Китайцы, должно быть, тщательнее изучали своих северных соседей-кочевников хуннов. Дегинь, который извлек характеристику хуннов из китайских источников, говорит о хуннах: «Все они были ворами и разбойниками в отношении своих соседей, но испытанной честности между собой» [185]. 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 монголов нет «разбойников и воров важных предметов, отсюда их ставки и повозки, где они хранят свои сокровища, не замыкаются засовами или замками» [186]. Но буквально то же самое сообщают нам и о казахах еще 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 [187]. Безусловное уважение к собственности соплеменников сопровождалось у древних монголов, как и у казахов, представлением, что в отношении чужака такое уважение отнюдь не обязательно. Голсан Гомбаев, комментируя сообщение Плано Карпини о вымогательстве монголами подарков методами, не отличающимися от ограбления, приводит по этому поводу характерную монгольскую поговорку: «У чужого — ребро выдернуть» [188]. Такой взгляд безусловно характеризовал и обычно-правовые воззрения казахов; практика вымогательства подарков здесь в XVIII в. решительно ничем не отличается

от описанной Плано Карпини. Достаточно заглянуть в журнал Тевкелева (1732–1733 гг.) [189], чтобы увидеть, что этот выдающийся царский дипломат при всей своей ловкости, изворотливости и знании обстановки был обобран при первой же встрече с казахами и что даже защита хана Абульхайыра и батыра Бокенбая не помогла ему сохранить своих лошадей, которых у него непрестанно отгоняли. Наряду с этим 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 и ответственности, 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 и непостоянно. «Чужим» по сравнению с одноаульцем будет однородец или даже одноотделенец, и тот же однородец будет, конечно, своим по сравнению с иноплеменником. Отношение к собственности чужеродца в каждом отдельном случае зависит к тому же и от характера отношений между родами, связаны ли роды дружбой или разделяются враждой. Но можно, однако, отметить здесь общую основную тенденцию: защита собственности внутри данного «родового» объединения прочнее, энергичней, чем вне его. Эта тенденция должна была усиливаться по мере распада казахской государственности, но она, несомненно, существовала и ранее, ибо такая постановка данного вопроса вообще характерна для общества, сохраняющего родовой быт. Так, например, у чукчей особо выделяется кража в своем племени, за что, наряду с убийством и изнасилованием девушки, не достигшей половой зрелости, назначается самое суровое наказание вплоть до смертной казни [190]. Для казахского обычного права мы находим подобное прямое указание только в материалах, относящихся ко второй половине XIX в., что объясняется, очевидно, крайней бедностью и отрывочностью наших сведений о праве XVIII в. Для XIX же века Маковецкий определенно указывает, что за кражу в чужой волости бии, как правило, приговаривали к возвращению лишь половины украденного и лишь иногда, на началах взаимности, к полному штрафу. Он же указывает, что кража у лица, известного вора́м, влекла за собой усиленное наказание по сравнению с кражей у лица неизвестного. У него же приводится общее положение казахского обычного права, заключающееся в том, что совершение преступления в ауле,

к которому принадлежит преступник, влечет за собой усиление наказания [191]. Сообщение Маковецкого отчасти подтверждается материалами Гродекова, ибо хотя Гродеков и говорит, что *некоторые* бии Сыр-Дарьинской области с этим положением не согласны, но тут же сообщает, что казахи Казалинского уезда крадут скот преимущественно у других родов и уездов и к этому население относится снисходительно, видя в этом особое молодечество [192]. Н. Максимов также сообщает, что в некоторых местностях наказание за кражу в чужой волости устанавливается меньшее, чем за кражу в волости обвиняемого [193]. Особенно ясно рассматриваемая черта уголовно-правовой защиты собственности проявляется в наказаниях за грабеж, описанных в сборнике Баллюзeka-Сейдалина. Так, если грабитель и потерпевший принадлежали к разным жузам, то наказание ограничивалось тем, что у грабителя отбирали лошадь и платье. Если грабитель и жертва его 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 в таком случае штраф увеличивался до нескольких тогузов [194]. Составители сборника полагали, что наказание здесь увеличивается в связи с пренебрежением риском и страхом 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 второй половины XVIII в., однако в пользу древности их происхождения ясно говорит как 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. Так, в особенности, то соображение, что казахское 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 колебалась вследствие наличия 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. Они

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» [195].

Таким образом, принцип неприкосновенности частной собственности у казахов оказывается ограниченным в его применении с двух сторон. Он 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 в известной мере ослабляет ее. При наличии так называемых «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 эксплуататорским классам защищать свою собственность под видом защиты всякой собственности и которое характерно для большинства народов, даже находящихся на очень ранней ступени развития эксплуататорского общества. В древнем Риме всякое обвинение лица в процессе о воровстве или грабеже (*actio furti, vi bonorum raptorum*) влекло за собою бесчестье (*sinfamia*), общественное бесправие и презрение; иски эти считались инфанирующими, позорящими [196]. Самым позорным для свободного человека преступлением кража считалась и у древних германцев [197]. Такое отношение к преступлениям против собственности в силу указанных выше причин не вполне определилось у казахов, как не выработалось вполне и у многих других народов, сохранявших родовой быт. Это особенно относится к грабежу. 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 «занимались земледелием, а также аламану», либо «оружейник, а в свободное время хожу на аламан». В занятии этом по представлениям туркмен не было не только ничего позорящего, но, напротив, оно было свидетельством удали, молодчества [198]. Для отношения туркмен к краже и вора характерно сообщение Ломакина, что, поймав вора, туркмен мучит его, чтобы заставить вернуть украденное, однако, получив украденное, уже не интересуется вовсе наказанием вора [199]. О казахах то же сообщает

д'Андрэ: «Цель или лучше старание биев скорее стремиться к возвращению угнанного или краденого скота, чем преследовать преступника для должного наказания» [200]. 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 также Гродеков [201]. Все это показывает, что похищение собственности в представлении казахов и в нормах их обычного права не было еще, как, например, в Риме или у древних германцев, одним из самых одиозных преступлений. Пережитки коллективной собственности и отсутствие сколько-нибудь прочного политического единства еще в XIX в. питают примирительное отношение ко многим видам нарушений права собственности. Ловкость вора и грабителя в некоторых случаях даже обеспечивает ему уважение сородичей, придает ему ореол славы, дает высокое общественное 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 [202]. Впрочем, в этом случае кража у абхазцев уже совершенно не преследует целей наживы. Украденную лошадь меняют на башлык или какую-либо 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 заведомо краденый скот штрафуются как вор, после чего ему предоставляется самому требовать возмещения 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 [203]. И, вообще, всякий незаконный держатель чужого имущества презюмируется вором до тех пор, пока он не докажет противное, не очистится присягой сородичей от обвинения в воровстве, будь это даже вполне добросовестный покупатель краденого, который просто не в состоянии указать продавца [204]. Такая неотдифференцированность кражи, ставящая на одну доску с вором по последствиям всякого почти 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. распространено было поверие, 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 [205]. В такой форме, впрочем, реликты дозволенной кражи не специфичны для отсталости 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 3-го колена или более дальнего. Интересно отметить, между прочим, что казахское право не знает типичной для всякого развитого феодального права 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 патриархально-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 наказаний 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 уголовное право проводит резкую грань между кражей, с одной стороны, и грабежом, а особенно разбоем — с другой, сильно увеличивая наказание за разбой и грабеж по сравнению с кражей, казахское обычное право в XVIII в. еще вовсе не знает различия этих преступлений. Ни законы Тауке в двух известных нам записях, ни записка Путинцева «О киргизских законах», ни Гавердовский ничего не говорят о грабеже или разбое как преступлении, отличном от кражи. Гродеков даже в 80-х годах XIX в. утверждал, что у казахов нет особых слов для выражения понятий воровства и грабежа и что «грабеж судится не строже простой кражи» [206]. Что же касается законов Тауке, в записи Левшина, то они ясно 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» [207]. 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. (Броневский, свод комитета 1824 г.) «грабеж» уже назван. За грабеж без оружия [208] и за грабеж в пути [209] предусматривается только возврат похищенного и уплата незначительного штрафа — «лошадь и халат». Несмотря на все недостатки записей Броневского и комитета 1824 г., 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 сопровождавшиеся членовредительством [211]²⁵.

Тот же штраф за побои копьем или чаканом, «но без лишения способностей действовать членом», сохраняется и позже, в 40-х гг., в записях д'Андрэ [212]. По рапорту Биглова, тогда же тем же штрафом «лошадь и халат» карался и грабеж [213]. Но в записях д'Андрэ грабеж (каравана или путника) карается уже телесным наказанием [214], что свидетельствует об усилении репрессии за это преступление. Краткость записи д'Андрэ 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 по-прежнему как самостоятельное преступление, влекущее за собой отдельное наказание [215], нельзя предполагать, чтобы в 40-х гг. существовало понятие грабежа в современном его смысле.

Итак, следовательно, на всем протяжении истории грабежа (это относится и к разбою) в казахском праве грабеж не стал особым самостоятельным преступлением, 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 вовсе не является, конечно, специфической только для казахов. Она присуща уголовному праву всякого общества, стоящего на низших ступенях классового

²⁵ Сноска [210] в оригинале рукописи на с. 1042–1043 пропущена.

развития либо сохранившего, несмотря на высокое развитие классовых противоречий, политико-правовую надстройку этого раннего периода. Так, например, во многих западно-европейских варварских Пrawdах некалифицированный грабеж карается не сильнее, а иногда и легче, кражи. Правда, аламаннов требует от грабителя 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 тяжкие последствия кражи с поличным [216]. У горцев Дагестана отнятие имущества силой или утрашением, если ограбленному не был причинен вред, также не увеличивало наказания по сравнению с кражей [217]. Материалы по истории казахов, как и некоторых других народов, ясно отвечают на вопрос о причинах такого сравнительно снисходительного отношения к грабежу.

Во второй половине XIX в., собирая материалы казахского обычного права уже разъясняли, что не следует смешивать грабеж, именуемый «отобраением платья и лошади под путником», хотя он и совершается обычно над чужеродцем, с набегом на аул чужого рода или племени [218]. 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 одинаково почетным занятием и не слишком различая эти два способа проявления воинской доблести [219], либо как у гользатов у которых, по словам Гельмольда в *Chronica Sluvogum*, «кто не умеет грабить, слаб и бесславен» [220].

В конце XVIII — начале XIX в. грабеж так тесно связан с легальными и одобряемыми действиями, что их едва можно различить. Здесь, например, ясно видно, как переходит в грабеж барымта. Так, по сообщению Гавердовского, в том случае, когда у истца не хватает сил осуществить явно барымту, т. е. отгон скота для обеспечения своего иска, он совершает барымту тайно. Если же и это ему не удастся, то, «дождавшись в скрытых местах выезда самого обвиняемого, снимает с него оружие, «одежду и уводят лошадь». В то время как обычный, древнейший, так сказать, нормальный способ барымтования заключается в отгоне стад обвиняемого ответчика, в данном случае перед нами действия, которые позже считаются специфическими для грабежа, называемого, как мы уже видели, «отобраением 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 тут же указывает Гавердовский, именно «сей род похищения нередко основывается на личных и несправедливых претензиях» [221], 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.

В очерке «Барымта» было подробно рассмотрено отличие барымты от кражи и грабежа и приводилось разъяснение, данное в 1865 г. по этому вопросу султаном Чингисом Валихановым Гейнсу [222]. Различие это было известно, и в начале XIX в. оно подчеркнуто в записи «О киргизских законах» Путинцева: «Вор в краже изобличенной презирается, а отогнавший барымту почитается за человека расторопного» [223]. Но как шатко было это различие на практике! 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 баранты* 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 киргизцов» [224]. 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. «Бедные» грабят «богатых», и это занятие составляет «существенное пропитание многих». Но делается это «под видом баранты», во главе стоит восхищающий соплеменников молодец «батыр», а все «общество», которое в иных условиях легко заслужило бы название шайки грабителей, «иногда делается довольно знаменито». Довольно обширные по масштабам грабительские экспедиции едва отличаются от военных походов, так что различие достигается здесь только тем, что идут без знамен. «По сим значкам», говорит Гавердовский о воинских знаменах казахов, «отличается теперь только то, что воины, имеющие оное при себе, идут для кровопролития, ибо на грабеж, в барымту и в прочие случаи знамен не берут» [225]. Можно ли удивляться при такой близости грабежа к баранте 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 снисходительней, чем к простой краже внутри аула.

Перейдем теперь к рассмотрению особенностей защиты собственности в зависимости от предмета кражи. Экономическое значение

похищенного играет большую роль в определении суровости наказания за кражу в любой уголовно-правовой системе. Развитие товарного хозяйства способствует тому, что экономическое значение похищенного учитывается при наказании путем классификации краж в зависимости от *цены* похищенного. Определенная цена украденной вещи делает кражу квалифицированной. В русском праве цена вещи впервые была введена в характеристику самого преступления в петровском законодательстве, 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 указанием *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» [226]. Это, очевидно, 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 и 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, 3 гривны, 60 кун или 3, 15, 30, 35, 45, и 63 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 выработался 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 вопроса приходится встречаться с взглядом, что уголовное право казахов не придавало особого значения краже скота и даже, напротив, считало эту кражу наименее квалифицированной. Например, в «Путевых записках лекаря Зиберштейна» указано, что тайный отгон скота у казахов «почитался маловажным,

т. е. барантой или простым воровством» [227]. Здесь кража смешана с барымтой, и все это объявляется «маловажным». Но то же повторяет и Гейнс, который довольно обстоятельно изучал казахский быт. «Согласно пониманию киргиз, — читаем у Гейнса, — кража скота не есть дело бесчестное или преступление» [228]. Он объясняет это историческими традициями, тем, что отгон скота часто практиковался уважаемыми людьми — батырами, [характеризовался] безнаказанностью богачей за отгон скота. Гейнс указывает, что казахские суды и в его время (шестидесятые годы XIX в.) либерально относились к этому преступлению.

Изложенное у Зибберштейна-Гейнса и некоторых других авторов мало вероятно. Если скот является основой экономики Казахстана, что бесспорно, если хищение скота является 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 этому рода кражам.

Кража скота была наиболее распространенным основным, а ранее чуть ли не единственным видом кражи. Харузин, ссылаясь на Зеланда, сообщает, что казахи воруют специально лошадей, всякое же иное имущество можно оставлять без надзора совершенно безопасно [229]. 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... за то кража скота дело совершенно обыкновенное» [230]. Маковецкий и Баллюзек также согласно 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 [231]. По некоторым данным, скот является типичным объектом не только для кражи, но и для грабежа. У Гавердовского имеется любопытное сообщение, что казахи Среднего жуза, нападая на купеческие караваны, «отнимали тех самых верблюдов, на которых везлись тюки, не трогая нисколько товара» [232]. Нельзя не обратить внимание также на то, что уже в конце XIX в. старые опытные бии заявили, что они не помнят случаев кражи денег, в то время как случаи кражи скота были по-прежнему распространенным явлением [233].

Нетрудно также убедиться в том, что вопреки сообщениям Зибберштейна, Гейнса и др. казахское обычное право не только не относилось снисходительней к этому наиболее распространенному виду кражи, но, напротив, кражу скота карало суровой, нежели всякую иную кражу

(исключая кражу женщины и раба). По законам Тауке, в записи Левшина, кража любой вещи карается 7-кратным штрафом, если же предметом покражи является скот, то сверх указанного штрафа [234] «виновный должен придать к верблюдам одного пленного, к лошадям одного верблюда, к овцам одну лошадь» [235]. В записи тех же законов, сделанной Шукур依依依, 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 по оценке». Ответственность же за кражу скота определена в этой записи так же, как и в записи Левшина, т. е. 7-кратная с добавлением слуги, верблюда и лошади при краже верблюдов, лошадей и овец [236]. Такое же различие в наказании за кражу скота и всякого другого имущества отмечает Гавердовский. Называя всякое имущество, кроме скота, «недвижимым», он пишет: «За кражу вещей недвижимых взыскивать равную долю против похищения с придачею, смотря по количеству покражи, лошади, верблюда и проч.». Следовательно, речь идет только о возмещении стоимости украденного с придачей одной головы скота. Наказание же за кражу скота у Гавердовского определено, так же как и в выше указанных источниках, в размере 27-кратного штрафа с придачей еще одной соответствующей головы скота [237].

В тесной связи с усиленной охраной собственности на скот находятся и непомерные штрафы за кражу связанного со скотом и его охраной инвентаря. По преданию, знаменитый Тулебий установил за кражу треноги штраф как «за три мощные руки» в размере трех лошадей. Его современник Сансызбай установил штраф в пятилетнюю лошадь за такие предметы, как поводья, стремяна, подпруги [238]. Само собою разумеется, что усиленная охрана треног, пут, сбруи и т. п. есть лишь следствие общей направленности острия против расхитителей стад и табунов.

Итак, следовательно, 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 [239]. Отсюда понятно, что основные черты казахского права в области имущественных преступлений должны были сложиться на почве борьбы с кражей скота. Здесь сложился и наиболее древний порядок определения наказания в зависимости от стоимости похищенного, здесь этот порядок получил дальнейшее развитие.

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, нежели Русская и Салическая правды, ступень правового развития.

Мы видели уже, что законы Тауке в известных нам записях-редакциях устанавливают за кражу головы скота 27-кратный штраф, т. е. уплату 27 голов того же скота с придачей одной 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 при краже верблюда нужно платить 27 верблюдов с придачей раба-слуги. Чтобы не было сомнения в том, что кража двух, трех и более животных влекла за собой удвоение, утроение и т. д. этого штрафа, сошлемся на запись Шукураниева, 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» [240]. Можно указать также и на более поздний источник (1846 г.) — рапорт Биглова, где указано, 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) [241]. Но Биглов сообщает, очевидно, уже не действующий в его время обычай. И это неудивительно, так как в сообщениях биев, информацией которых и он пользовался, переплетение древнего и нового адата — почти постоянное явление. В 40-х гг. XIX столетия д'Андрэ 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'Андрэ [242]:

за кражу 1 барана платят 3 барана;

” — ” 2 баранов платят 6 баранов;

” — ” 3 баранов платят 9 баранов,

но при дальнейшем увеличении размера хищения обнаруживается переход к иному принципу возмещения и пропорциональность возмещения отменяется. Применяются твердые²⁶ ставки штрафов, хотя и связанные с размером похищенного. Так, вор, укравший более чем 3 барана, возвращает похищенное и уплачивает штраф «лошадь и халат», если украдено целое стадо баранов, то к возвращаемому вором стаду

²⁶ В оригинале слово «твердые» вписано в машинописный текст С. Л. Фуксом над зачеркнутым словом «теории» (л. 1055).

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 — возврат похищенного и «лошадь и халат».

” — ” двух верблюдов — ” — ” и 2 лошади, 2 халата;

” — ” трех верблюдов — ” — ” и 3 лошади, 3 халата.

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 3 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 или трех верблюдов, но он не является уже с самого начала кратным к стоимости верблюдов, как это имеет место при краже овец, малоценного скота. Можно, следовательно, утверждать, что в системе наказаний за кражу, записанной д'Андрэ, штрафы, пропорциональные стоимости украденного, сохранялись только для краж мелких количеств мелкого скота — овец. К более крупным кражам применялись штрафы в более или менее твердых ставках. Но эта система, облегчающая положение крупного вора и сосредоточивающая всю силу удара на мелких ворах, очевидно, как нельзя лучше соответствовала классовым интересам эксплуататоров-скотовладельцев. В рядах крупных хищников подвизались большею 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 в вверенной ему дистанции следующем явлении. Богатые казахи занимаются как промыслом организацией хищений. При этом они нарочно отделяют вора с кибиткой и 2-3 головами скота от своего аула, и, посылая его воровать, помогая ему в этом, присваивая результаты хищений, они отказываются нести ответственность за вора как за отделенного [243]. 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 [244]. Провокацией и организацией воровства, по сообщению

Добросмыслова, не брезгали и ханы, и султаны [245]. У Гродекова также отмечен факт, что «белая кость» Чимкентского уезда считает для себя постыдным заниматься земледелием и посылает сородичей воровать, сделав из этого для себя источник обогащения [246]. Если так обстояло дело в то время, когда воровство и грабеж уже отчетливо отделились от удачных 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, для закрепления богатства в руках отдельных представителей господствующего класса, 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 любое 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 малой кражи, отвечая задачам охраны стад, этого некогда единственного богатства казаха-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., по сообщению ряда авторов, предметом кражи был все еще главным образом скот. С точки зрения обычно-правовых представлений рядового казаха это была, если позволительно 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 молодчества, чем была она 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. На кражу какого-либо иного имущества, кроме скота, решался только доведенный до голодного отчаяния бедняк. Это обстоятельство подметил Красовский, говоря, что кража какого-либо имущества, кроме скота, «почти не имеет места» и что на это решается только голодный бедняк, который в наказании (так как пени он уплатить не может) отдается в «услужение», т. е. фактически в кабальное рабство обокраденному [247]. 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 делать привилегированной крупную, отпадают. Поэтому казахскому обычному праву, как и большинству правовых систем, известно деление кражи на большую и малую кражу 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'Андрэ. 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, — гласит запись д'Андрэ, — вещь украдена из сундука ниже той цены, то наказывается телесно по усмотрению». Шариатское происхождение этой нормы²⁷ сомнения не вызывает, и это обстоятельство отмечает и сам д'Андрэ. В записи отмечен специально общий характер изложенного принципа деления краж: «Применяясь к статье этой, ордынцы подвергают таковому наказанию, если кража учинена не из сундука, а где бы ни было, но... ценою в 10 теньки» (азиатская монета в 7 золотников) [248]. Отмечается здесь же и категория «маловажных» краж, за которые не полагается и телесного наказания, а применяются наказания 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 [249]. Различие большой и малой кражи отмечено также в сборнике комитета 1824 г., где указано, что за «небольшую»

²⁷ Сура 5. Трапеза — 42 (38) (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожидинов. С. 88; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 77; Коран / Пер. смыслов и комментарии Иман Валерии Прохоровой. С. 139; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 205).

кражу взыскивается 9-кратный штраф, а за «большую» — 27-кратный [250]. Это же деление имеет в виду, очевидно, и Костенко, сообщая, что «мелкое воровство дозволительно, но крупное наказывается двойным и тройным штрафом» [251].

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 Бруннер высказал предположение, что интересующее нас деление является превращенной формой известного древнейшему праву различия краж, влекущих за собою смертную казнь, и прочих краж [252]. 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 во всяком случае, не является древнейшим установлением.

Наряду с отмеченными выше особенностями казахского права в способах преследования кражи, в праве этом мы находим многочисленные постановления, хорошо известные большинству других правовых систем. Таковы, например, некоторые моменты, квалифицирующие кражу. «Значение кражи усиливается, — читаем у 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 [253]. Усиливается наказание при краже со взломом: «Кража вещей из сундука с разломанием замков увеличивает преступление, а посему менее бывает пощады при наказании», — сообщает д'Андрэ. По Загряжскому, в то время как обычная кража влечет за собою трехкратный штраф, кража из кибитки или из сундука наказывается четырехкратным штрафом [254]. 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'Андрэ, в которых отмечается, что к взлому замка приравнивается развязывание веревки, связывающей юрту по решетке или прикрепляющей дверь к кибитке [255].

Что норма, придающая взлому значение обстоятельства, квалифицирующего кражу, рецептирована казахским обычным правом уже на последнем этапе его развития, это видно отчасти из того, что она никогда не укоренилась в казахском праве прочно. По материалам 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» [256]. По материалам же Маковецкого, не трудность совершения кражи, а, наоборот, легкость ее совершения рассматривается как момент, влекущий повышенное наказание. По данным Маковецкого, кража считается тем позорнее и наказывается тем строже, чем легче ее совершить, 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, наряду с легкостью совершения хищения и неохраняемостью объекта, в одних случаях, моментом, квалифицирующим кражу, в других случаях считалась и большая трудность похищения лучше охраняемого объекта. Если, как указано, повышение наказания за кражу со взломом было продуктом рецепции чужого права, то и древнейшее казахское право знает случаи, когда ответственность вора повышается тем более, чем лучше охраняем был объект кражи. Может быть, в конце XIX в., когда Гродеков собирал свои материалы по обычному праву казахов, древняя традиция уже была забыта, и это было причиной того, что он записал: «Кража стреноженного скота наказывается одинаково с кражей свободно пасущегося скота» [257]. Казахское право и в XVIII, и XIX в., 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 путях, и наказывать только за кражу лошади стреноженной или привязанной к кольшку арканом [258]. Тем самым установлено было, что суровое наказание должно следовать за кражу хорошо охраняемой лошади. Не трудно 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* лошади, т. е. кража хорошо охраняемой лошади, в отличие от кражи лошади вообще, уже здесь рассматривалась как квалифицированная кража [259]. Правило это продолжало действовать и в середине XIX в., когда оно было записано д'Андрэ, по материалам которого кража лошади стреноженной, привязанной или находящейся под присмотром пастуха, влечет за собой отсечение руки («наравне как из сундука», — добавляет д'Андрэ), в то время как кража лошади, пасущейся на воле, наказывается ударами плети или пенею [260]. Следовательно, и по коренным началам казахского обычного права, выработанным в той области, где острее всего ставились вопросы борьбы с воровством, похищение лучше охраняемых объектов считалось квалифицирующим моментом, что вполне соответствовало необходимости энергичнее преследовать более опытных и опасных воров.

Уже из сказанного выше о развитии пеней за кражу видно, что несмотря на многие ограничения защиты собственности в обычном праве казахов, утверждения, что казахское право не осуществляло достаточной защиты собственности, совершенно неосновательно. Допуская существование пережитков коллективной собственности в виде «дозволенных краж», поощряя молодчество ловких охотников за табунами чужеродцев или в соседних аулах, организуя ограбление хивинских, бухарских или русских караванов, возглавляя грабительские налеты на соседей или тайное похищение у них скота, эксплуататорская верхушка аула, родоначальники, бии и батыри, султаны и ханы вырабатывали жесточайшие нормы уголовно-правовой защиты неприкосновенности собственности для тех случаев, в которых серьезно затрагивались интересы эксплуататорской собственности и классового господства. Нормы эти были противоречивы, как и самые отношения собственности, феодальной по содержанию и патриархально-родовой форме. Но противоречивость норм сообщала им исключительную гибкость и делала их в руках бия, опытного изошренного защитника интересов имущих, безопасными для богатых и орудием жесточайших наказаний для бедняков.

В литературе и источниках распространено мнение, что единственным видом наказания за имущественные преступления в казахском праве является пеня-композиция. Так, В. Радлов указывал, что по древнему обычному праву можно было требовать смерти преступника только за убийство, прелюбодеяние и изнасилование [261]. Чулошников также утверждал, что в законах Тауке смертная казнь за кражу «совершенно теперь отсутствовала» [262]. Столь же категорически высказывается и М. Н. Вяткин: «Имущественные права охранялись путем наложения штрафа», «в законах Тауке смертная казнь за воровство исключена» [263].

С. В. Юшков полагает, что смертная казнь по законам Тауке угрожала грабителю, воровство же наказывалось только тогузами [264]. Некоторые источники, казалось бы, подкрепляют этот взгляд. Так, например, Георги в качестве наказания за кражу указывает только тогуз [265], т. е. девятикратный штраф. Николай Рычков в своем «дневнике путешествия по различным провинциям Российской империи (1769–1771)» говорит о трех тогузах, т. е. 27-кратном штрафе, также не упоминая о возможности смертной казни или телесного наказания [266]. Материалы, опубликованные Броневским, относящиеся к первой четверти XIX в., также ничего не говорят о возможности смертной казни для вора [267]. Само собою разумеется, что смертной казни за воровство нет и в материалах, освещающих состояние обычного казахского права второй половины XIX в. (Гейнс, Маковецкий, Баллюзек, Сейдалин, Гродеков и др.) [268]. 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 телесное наказание.

Непонятно, почему М. Н. Вяткин считает, что «в законах Тауке смертная казнь за воровство исключена». Законы Тауке, в записи Левшина, начинаются требованием смертной казни за воровство и грабеж: «За воровство, грабеж, насилие, прелюбоддеяние казнить смертью» [269]. 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, т. е. 27-кратный штраф, известный в качестве наказания за кражу большинству источников. Действительно, такие декларативные введения свойственны многим памятникам древнего права различных народов [270]. Против такого понимания записи Левшина говорит, однако, принадлежащая Шангину запись законов Тауке. Запись эта сделана независимо от записи Левшина и, что еще важнее, сформулирована не в императивной форме закона, 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, действуя «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. Кубеком Шукураниевым. 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» [271]. 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 постановления законов Тауке. В рукописи Я. Гавердовского (1806 г.) сообщается, что вор платит 27-кратный штраф, но «после девяти обличений виновный наказывается смертью» [272]. В записи казахского обычного права Путинцева (1809 г.) также имеется указание, что воры наказывались смертью. Это особенно интересно еще и потому, что сам Путинцев придерживался уже тогда распространенного мнения, что «по киргискому обыкновению за вину вместо наказания полагается штраф». Но, начав этим свою запись «о киргиских законах», он в разделе «за воровство» указывает, что при неуплате определенного в тогузах штрафа за воровство похититель подвергался смертной казни [273]. 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, так у Путинцева, а к третьей краже [274]. По своду д'Андрэ, 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 [275]. 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 [276]. Мероприятия Арынгазы по наведению «порядка» в жузе также сопровождалось казнями воров, которых он обезглавливал [277]. Его карательная деятельность, правда, выходила за рамки обычного права, но эксцесс заключался 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 [278].

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 Левшина и Шукуралиева, Гавердовского, сборник Путинцева, Самоквасова, Броневского). Имеются, впрочем, отдельные сообщения о применении к ворам телесных наказаний и в первой половине XVIII в. Так, например, из журнала Тевкелева видно, что хан Абульхайыр, поймав казахов, укравших у Тевкелева лошадей, «бил и мучил их больно и скованных держал» (1731 г.) [279]. Но в обстоятельных записях обычного права д'Андрэ (1846 г.) мы находим уже длинный перечень телесных и увечащих наказаний за кражу. Так, за кражу свыше 10 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 [280]. В сведениях, представленных при рапорте письмоводителям управителя западной части Младшего жуза Ячменева, указывается, что «несостоятельный вор наказывается телесно, а иногда режут ему нос и уши...». Аналогичные сведения сообщаются в рапорте попечителя Белозерова [281]. Для второй половины XIX в. наличие телесных наказаний за кражу бесспорно засвидетельствовано 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 редкими 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, как было показано в очерке о судоустройстве и процессе, решающую роль в поддержании классового порядка. По этой «домашней юстиции» от телесных наказаний, в случае поимки на краже, никто не был изъят, даже представители «белой кости» [282].

Все же наиболее распространенным видом наказания за кражу, как в XVIII, так и в XIX в., следует признать пенью. 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. девяти или двадцати семи-кратного штрафа, к которому, как правило, добавляется еще — в зависимости от того, состоит ли тогуз из верблюдов, лошадей или овец, — раб, верблюд или лошадь (законы Тауке в записи Левшина, Шукуралиева, Гавердовского, сборник комитета 1824 г.). В XIX в. и особенно во второй [его]

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. Такой размер штрафа указан у Маковецкого, Баллюзека-Сейдалина, Загряжского, Гродекова [283].

Пеня, налагаемая за кражу, была наказанием достаточно тяжким и устрашающим. Она, в большинстве случаев, была достаточной для того, чтобы вконец разорить вора, даже если он был более или менее состоятельным, 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 скотоводства, что, очевидно, был установлен, исходя их 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 эти при несостоятельности вора легко переходили в телесное наказание и даже смертную казнь. Как уже отмечалось, Путинцев говорит о смертной казни при неуплате воров 27-кратной пени. Альтернативное наказание, пенью или смертную казнь, мы находим в материалах комитета 1824 г., у Биглова, Гродекова и др. В сообщениях д'Андрэ, Ячменева, Гродекова и др. несостоятельность вора влекла за собой телесное или увечашее наказание. Таким образом, в казахском обычном праве последовательно проводилась такая 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, платит²⁸ за кражу своей головой, подвергается телесному или увечашему наказанию или попадает в кабалу к кредитору, отработывая свой «долг». Такая система наказаний является феодальной по существу, ибо бедняк платит здесь телом или головой в тех случаях, когда богач отделяется уплатой скотом. От феодальной системы рассматриваемая нами отличается только по форме, а именно тем, что система казахского права не приурочивает определенные виды наказаний к сословной принадлежности преступника, что вполне понятно в связи с крайне слабым развитием сословного строя в казахском обществе. Что же касается родовой помощи в уплате пени, которая должна была спасти несостоятельного преступника от наказания, то вор вряд ли мог на нее рассчитывать. Хотя д'Андрэ и утверждает, что «все преступления могут быть выкуплены», кроме преступлений против веры, и что «ордынец не допустит себе телесного наказания, всегда

²⁸ Слово «платит» в оригинале написано автором сверху слов «за кражу» и обозначено место вставки.

выкупится скотиной, а если нечем, то родные...» помогут ему [284], но применительно к вору обычное право казахов содержит ряд постановлений, освобождающих 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, по сообщению того же Лукина, однородцы или одноаульцы принимают участие в платеже пени за воровство только в том случае, если они знали о краже или пользовались украденным [285]. Это подтверждается и сообщением Гродекова, что «за третье воровство изгоняют с объявлением, что отказываются платить и получать хун и другие взыскания за вора» [286].

Учет повторности кражи, рецидива, играет очень большую роль в борьбе с воровством. Хотя авторы, писавшие во второй половине XIX в., часто говорят об усилении наказания при рецидиве вообще, но имеющиеся конкретные данные позволяют говорить только о рецидиве при краже. Учет рецидива при краже у казахов имел особенно большое значение потому, что при обилии, так сказать, воров-дилетантов, воров случайных, краж, совершаемых из удалства и молодчества и, в частности, ворами из среды господствующего класса, при снисходительном, как уже было подчеркнуто, отношении к тому воровству, нужно было выделить воров-профессионалов, чтобы вести против них борьбу иными, гораздо более суровыми средствами. Резко усиленное наказание рецидива служило этой цели.

Наиболее характерный, с этой точки зрения, способ определения рецидива отмечен в записях д'Андрэ. По его материалам ни вторая, ни третья кража не создавала еще момента, квалифицирующего кражу как подлежащую особо суровому наказанию. И вторая, и третья кража наказываются, как первая, соответствующим взысканием — тогузом. Но четвертая кража карается уже смертной казнью: вора привязывают к хвосту коня, которого гонят по степи, пока казнь не свершится [287].²⁹ Это напоминает постановления Литовского статута. Шляхтич-дворянин, уличаемый при помощи основательных доказательств свидетелями простого знания 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

²⁹ Сноска № 287 в оригинале ошибочно обозначена как сноска № 281. За ней следует сноска № 288.

феодал может заниматься грабежом и воровством как своеобразным рыцарским подвигом, но если он занимается этим как профессией, то он лишается своего привилегированного положения и к нему относятся как к профессиональному вору. Такую же, как у д'Андрэ, конструкцию рецидива мы находим у Баллюэка: «Если кто и после *многих краж*, сопряженных с аипами в несколько тогузов не исправится, продолжая заниматься преступным своим ремеслом, тот подвергается лишению всего своего имущества» [288]. Хорошо сформулировано это положение у Словохотова: «Рецидив не возвышает ответственности, но к ворам по ремеслу, грозящим разорением всему роду, применяется изгнание [289]. 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 смерть или изгнание. Об этом говорят материалы Самоквасова и Гродекова [290]. Но вряд ли можно сомневаться в том, что эта вторая конструкция есть продукт нового времени. Древний адат считал рецидивом даже только 10-ю кражу, как сообщает об этом Гавердовский; до девятого раза вор расплачивается тогузами, «а после девяти обличений виновный наказывается смертью» [291]. И достоверность, и древность этой нормы ясно видны из того, что она каким-то образом, несомненно, связана с освобождением тарханов от ответственности за 9 преступлений, т. е. имеет корни в древнейших традициях кочевников Средней Азии [292].

Всем изложенным категорически отвергается как взгляд, что частная собственность у казахов не пользовалась достаточной уголовно-правовой защитой, так, в частности, мнение, что вору угрожала только пени. Что касается происхождения и развития описанной системы суровых кар за воровство, то не подлежит сомнению, что штраф в тогузах и смертная казнь самого древнего происхождения. Как показано выше, тогуз имеет древнейшую историю. Возникнув где-то далеко за пределами истории собственно казахского права, девятикратный штраф, взыскиваемый с вора, характерен для всех периодов развития казахского права и только во второй половине XIX в., как отмечено выше, вырождается в трехкратный штраф: «привязку к шее и хвосту». При этом уменьшение размером пени за кражу нельзя считать результатом ослабления напряженности борьбы за неприкосновенность собственности. Размер пени, выраженных в головах скота, должен был в XIX в. снижаться, во-первых, потому, что к этому времени, как отмечают все исследователи, резко снизилось количество скота у рядового казаха-скотовода. Во-вторых, разложение патриархально-родовой коллективности и укрепление индивидуальной 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 пеня в виде тогузов. Такое наказание весьма распространено среди кочевников Средней Азии. По китайским источникам, у хуннов смерть была наказанием за значительную кражу [293]. По тем же источникам у ту-кю, где, как отмечено, кража вообще каралась взысканием тогузов, похищение *спутанной* лошади влекло за собою смертную казнь [294]. По сообщению Ибн-Батута³⁰, 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» [295]. О смертной казни у монголов за воровство и грабеж говорит Плано Карпини [296], «за огромную кражу» — Рубрук [297]. Марко Поло, как и Ибн-Батута, указывает, что монголы казнили смертью вора, который не мог заплатить причитающегося с него тогуза [298].

Что касается увечных и телесных наказаний за воровство, то упоминания³¹ о них, как видно из изложенного выше, 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, у Марко Поло указано от 7 до 307 палочных ударов [299]. 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. казахской степи, встретил группу казахов, которые были пойманы при попытке отгона скота, раздеты и избиты хозяевами скота [300]. Д'Андрэ по этому вопросу 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 аульными

³⁰ Ибн Батута (1304–1377) — автор произведения «Тухфат ан-нуззар фи гараиб аль-амсар ва аджаиб аль-афсар» («Подарок созерцающим о диковинках городов и чудесах путешествий»), где представлены картины повседневного быта в Золотой Орде и множество других сведений о тюркских народах (см.: История Казахстана. Т. 2. С. 25).

³¹ Исправлена опечатка оригинала (единственное число).

специально вызванными из своих кибитков» [301]. Обычай этот вряд ли возник только в XIX в., и его происхождение можно легко связать с наказанием палками за неважную кражу по монгольскому праву. Наши источники до XIX в. не упоминают об этом наказании, может быть, 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 потому 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 [302]. Но число таких бедняков вследствие разложения патриархально-родовых объединений непрерывно и 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 первом плане появляются телесные наказания. Те же обстоятельства объясняют и появление увечащих наказаний. Здесь на помощь приходит шариат. «У воров и воровок отсекаются руки в возмездие за деяния их»³², — гласит правило Корана [303]. О таком же увечащем наказании для воров сообщает, как мы видели, д'Андрэ. В данном случае, как и вообще, шариат приходит на смену адату, как средство усилить репрессии, 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 освещения частной собственности. Известно, что хан Джангер приказывал муллам следить за тем, чтобы казахи не занимались воровством [304].

³² Сура 5. Трапеза — 42 (38): «Вору и воровке отсекайте их руки в воздаяние за то, что они приобрели, как устрашение от Аллаха. Поистине, Аллах — великий, мудрый!»; «И вору, и воровке отсекайте руки Как воздаяние за то, Что (души их) усвоили себе, — Как наказание от Аллаха, — Ведь он, поистине, велик и мудр!»; «Вору и воровке отсекайте руки в воздаяние за то, что сделали они, в назидание от Бога. Бог силен, мудр» (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожиддинов. С. 88; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 77; Коран / Пер. смыслов и комментариев Иман Валерии Прохоровой. С. 139; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 205).

4. Преступление против личности³³

*А. Убийство*³⁴

Консервативный характер казахского обычного права со всею силою 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. Гродекову удалось отметить лишь сообщение бия Торгая о том, что правило «кровь за кровь» было употребляемо «прежде в некоторых местах». Правда, отдельные попытки ответить на убийство кровной мезтью замечаются еще и в это время, но общество уже не допускало применения кровной мести, и Гродеков мог с полным основанием констатировать, что «вообще обычай брать кровь за кровь более не существует» [305].

Исчезновению кровной мести, несомненно, способствовало русское законодательство, которое, как в Уставе о Сибирских киргизах 1822 г., так и в ряде последующих узаконений, категорически отнесло дела об убийствах между казахами к категории дел, подлежащих рассмотрению в царских судах по российским законам. Не признавая права кровной мести, русское право карало акт кровной мести как убийство и тем самым содействовало искоренению института кровной мести. Некоторое значение в этом смысле могло бы иметь и распространение шариатских норм. Как известно, Коран отрицает кровомщение, требуя замены его пеней. При слабом внедрении вообще мусульманской религии в Казахстане трудно предполагать, чтобы влияние религиозных предписаний мусульманства, касающихся кровной мести, могло иметь серьезное влияние на судьбу 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 самая идеология кровомщения была еще во второй половине XIX в. чрезвычайно живучей. Сохранялось, в частности, устойчивое представление, что предпочтительнее мстить, нежели брать выкуп — «кун». Казахская пословица по этому поводу гласила: «Кун у человека 100 лошадей, а совесть 1000 лошадей» [306]. 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 Гродекова также 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.

³³ В диссертации начинается на с. 1080.

³⁴ В диссертации начинается на той же странице.

Участие в мщении в этом случае принимают все сородичи потерпевшего, и оно осуществляется до тех пор, пока виновному не воздастся по принципу талиона [307]. Осуществление мести все еще представлялось священным долгом, долгом совести и чести, жажда мести распалая воображение и толкала на дикие эксцессы. Маковецкий сообщает, например, о казаке Тумарбае Бийтыкове, который приобрел славу героя тем, что, не будучи в состоянии отомстить своему обидчику, который пользовался покровительством султана, созвал друзей на пир и, завещав им месть, распорол себе ножом живот [308]. В качестве символического суррогата кровной мести во второй половине XIX в. все еще сохранялся следующий описанный Маковецким обряд, сопровождающий получение выкупа крови, куна за убийство. 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. Исполнив над бараном символическую казнь, приезжие входят в юрту и при входе ударяют шашками в верхнюю перекладину двери». Лишь после этого начинаются переговоры о платеже куна [309].

Если во второй половине XIX в. сохранились только пережитки кровной мести, то в XVIII в. и еще в начале XIX в. кровная месть была, несомненно, 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 Левшина провозглашает право мести как основу всего правосудия: «За кровь мстить кровью, за увечье таким же увечьем» [310]. Об отмщении «кровью за кровь» говорит и запись Шукураниева. Несомненно, в записях 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, полагаящий что по законам Тауке «месть может быть заменяема (*по требованию виновного*) выкупом, называемым кун» [311]. У 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 указали при анализе этого источника, придавать тексту записи Левшина решающее значение. Но из данного текста, на который опирается Леонтович, во всяком случае следует, что потерпевшие,

родственники убитого могли не соглашаться на получение куна и добиваться осуществления кровной мести. Одного согласия платить кун было еще недостаточно, чтобы лишить потерпевших права осуществить кровную месть. Если же стороны соглашались обратиться к судьям, то замена мести выкупом могла последовать по приговору суда. Иногда имела также место выдача убийцы родственникам убитого, которые умерщвляли убийцу, как об этом сообщает Бронеvский [312].

Такая интерпретация законов Тауке в том, что касается кровной мести, безусловно, подтверждается следующим интересным сообщением Георги: «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 убиенного сто лошадей, одного невольника и двух верблюдов... Но во всех случаях мирят тяжущихся друзья и приятели» [313]. Таким образом, по данным Георги, через столетие почти после Тауке в конце XVIII в. право реального осуществления кровной мести представляется потерпевшим в течение двух лет со дня совершения убийства, и только по миновании этого срока виновная сторона может настаивать при посредничестве «друзей и приятелей» на прекращении состояния кровной вражды и принятии выкупа крови, куна. Следовательно, во времена Тауке право пролить кровь убийцы должно было тем более признаваться за потерпевшим и, очевидно, с еще меньшими ограничениями. Упоминание о кровной мести в различных источниках XVIII в. и начала XIX в. нельзя считать мертвой буквой закона. Убедительно говорит об этом также изложение законов Тауке о кровной мести, данное Гавердовским. Оно гласит: «за кровь мстить кровью. За насилие и обличенное прелюбодеяние предавать смерти, исключая разве и отец согласен будет, чтобы весь род виновного заплатил ему, судя по знатности и богатству убитого или обещенного (обесчещенного?),³⁵ от 200 до 1000 лошадей и пристойное количество прочего имущества, сие удовлетворение названо было кун, т. е. мзда крови» [314]. И здесь подчеркнуто, что для возможности выкупа убийства нужно согласие на это сородичей убитого и, в частности, его отца, который может и предпочесть месть получению выкупа, если подобно слепому Торстейну северной саги «не хочет носить своих детей в кошельке» [315]. 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 [316]. Это, конечно, способ ограничить

³⁵ Слова «или обещенного (обесчещенного?)» — в оригинале.

применение кровной мести, но установление такого правила еще раз подтверждает, что осуществление кровной мести было серьезным и реальным злом, к устранению которого нужно было принимать серьезные меры. Можно привести, наконец, совершенно конкретный факт, в котором бесспорно засвидетельствовано право выбирать между осуществлением мести и принятием куна. Он относится к 1732 г., и о нем сообщается в «Журнале» Тевкелева. Враждебная российскому подданству партия казахов во время пребывания дипломатической миссии Тевкелева в Младшем жузе требовала у Тевкелева кун за убитого его людьми брата вожака этой партии Бабибея. Бабибей требовал в кун 100 лошадей, один панцырь, одного пленника-раба, одного кречета, одно доброе ружье и одного верблюда. Но при этом Бабибей подчеркивал, что он соглашается на такой способ ликвидации претензии за убийство брата только из хорошего отношения к Тевкелеву и мог бы убить Тевкелева. «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» [317].

Применение кровной мести в XVIII и начале XIX в. тем более не может вызывать сомнения, что в истории Казахстана этого периода кровные счета ханов и султанов постоянно играют огромную роль в политической жизни, и если их нельзя считать, конечно, действительной пружиной происходящей здесь острой политической борьбы, то они являются все же совершенно реальным моментом этой борьбы. Достаточно вспомнить, например, кровную вражду семьи Абульхайыра с его убийцей Баракком. Мы имеем также многочисленные примеры 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 Баллюзeka находим, например, следующее: «Убить врага и выпить его кровь было для киргиза высшим наслаждением и составляло такую доблесть, которая возвращала ему право на звание мужчины» [318]. Левшин следующим образом описывает месть байулинцев алимулинцам: баулинцы, 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. Также бывает, когда убийцу выдадут родственникам убитого. Они сперва перерезывают ему главнейшие жилы, потом разрубают все суставы тела; иногда же распарывают живот и кладут во внутренность оного отсеченные руки, ноги и голову» [319]. Что касается обычая пить кровь

пораженного противника, то он, конечно, не был распространенным. О нем упоминается редко. Алекторов³⁶, приводя подобное сообщение Ивановского, считает его просто продуктом фантазии указанного автора [320]. 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»³⁷, где о враге говорят: «Съем его мясо и выпью кровь его» [321]. О нем упоминает Плано Карпини: «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» [322]. 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» [323]. Против этих традиций борется Коран: «Кто из вас хотел бы вкушать мяса 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», как, например, материалы Путинцева, Броневского, комитета 1824 г., молчат о праве кровной мести. Возможно, что в оренбургской степи право кровной мести сохранялось дальше, хотя объяснить это было бы трудно. Вероятнее, что записи обычного права Путинцева, Броневского и опубликованные впоследствии Самоквасовым 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.

³⁶ Алекторов (Рын-Песковский) Александр Ефимович (1861–1919(?)) — известный библиограф и этнограф. Изучал историю, экономику, этнографию, фольклор казахов, казахский язык; автор ряда статей о состоянии просвещения в Букеевской орде, Оренбургском крае, Тургайской области. Наиболее известной является его библиография о «киргизах», куда вошли также почти все его работы (см.: Библиографический словарь отечественных тюркологов. С. 18–19).

³⁷ Алтан Тобчи — Лубсан Данзан. Алтан тобчи («Золотое сказание») / Пер. с монг., введ., коммент. и прилож. Н. П. Шастиной. М., 1973.

Обычное право казахов, как и всех народов, вынужденное мириться с существованием кровной мести, стремилось все же ограничить ее применение, к чему наилучшим средством 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 двухлетнего срока, после которого уже можно было только требовать кун (Георги). Ограничением мести было требование, чтобы отказывающийся принять кун вступил в поединок с убийцей. Кроме упомянутого уже сообщения об этом 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» [324]. К способам ограничения мести относится и любопытный обычай «погони за убийцей», смысл которого заключался 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 [325]. Обычай этот имеет некоторую аналогию в так называемом «Gassenlaufen»³⁸ древнего германского права, во время которого преступник либо убивался, либо отделялся изгнанием [326]. Обычай «погони за убийцей» был во всяком случае хорош потому, что при любом исходе погони кровная вражда прекращалась, а в этом именно, а не в защите убийцы от мести заключается всегда действительная забота общественной власти. Сородичи всегда, как правило, стремятся локализовать и ограничить мщение рамками необходимого по обычаю, чтобы избежать встречной мести и возникновения длительной междуродовой 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 [327]. С этой же целью у некоторых народов кровник часто даже ограждается обществом от грозящей ему по праву мести. Так, например, по законам кайтагского уцмия Рустема «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

³⁸ Проходить сквозь строй (нем.).

убежища. Большой штраф платит тот, кто даст знать ищущему кровь, где находится его «канлы», и такой доносчик может даже быть убит родственниками «канлы» совершенно безнаказанно [328]. Наибольшее же значение для ликвидации пагубных последствий разгорающейся на почве убийства кровной вражды всюду имеет, конечно, примирение на основе получения композиции — куна.

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 [329]. 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, несомненно, веками сложившийся общеправовой 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. Далее описывается 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 бесхвостовая лошадь»), оружие («окровавленное оружие»), черный одногорбый верблюд, ковер, черный халат (траур родственниц убитого) и желтый платок (траур вдовы убитого). Если потерпевшие со своей стороны согласны отказаться от мести и получить кун, то стороны сходятся для примирения. В процедуре примирения есть два момента. Во-первых, религиозный обряд, который, как отмечает Красовский, должен «примирить виновных с тенью покойника». Не описывая его, Красовский, сообщает только, что обряд этот «во многом сходствует с поминальным обрядом» [330]. Второй, не менее важный момент, — это достижение соглашения о размерах куна, который хотя и определился обычным правом, но допускал всякого рода скидки и вообще частные соглашения. Нам известно только одно более или менее детальное описание процедуры примирения кровников у казахов. Оно нигде не опубликовано вовсе и не использовано в литературе, а между тем оно дает такую яркую, правдивую картину кровнических отношений, так хорошо иллюстрирует характер этих отношений на конкретном примере, что вполне заслуживает быть приведенным здесь полностью. Описание это дано в рукописи «Обозрения Киргиз-Кайсацкой

степи» Я. Гавердовского:³⁹ «Чумекейского отделения наездник с партией, прокравшись к чиктынцам,⁴⁰ 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, т. е. мзду крови, и, между тем, во время сих переговоров он умер от ран в сем же деле от другого киргизца получивших (полученных. — С. Ф.), 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 тению убитого (с тенью убитого. — С. Ф.; см. выше у Красовского); 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 к примирению взяли с собою один — брата убитого, а другие — трех сынов 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 и в числе присутствующих детей ему ненавистных, то с поспешностью встал (со) своего места и мгновенно вонзил старшему из них в грудь кинжал. Вражда умолкла. Би, принесся снова благодарение богу и заключив друг друга в объятия и миролюбиво разъехались и свои селища» [331].⁴¹

Перед нами процесс примирения, совершенно тождественный описанному М. Ковалевским у горцев Кавказа в пору, когда кровная месть горела там неугасаемым пламенем. Обиженный поднимает весь свой род на род обидчика и отказывается принять выкуп. Назревает междуродовая война. Старейшины с оружием в руках пытаются наладить мирные переговоры и предотвратить столкновения. Выбираются посредники для переговоров. Они вступают в переговоры посреди поля между построившимися в боевом порядке противниками. Каждую минуту неудачные переговоры могут закончиться всеобщей свалкой. Но в описываемом Гавердовским случае мир неожиданно приходит откуда, откуда его не ожидали. И неожиданный этот финал «примирения», пожалуй, самое интересное во всем описании. Он подчеркивает, что единственная цель примирения — стремление избежать междоусобицы

³⁹ Далее в оригинале следует новый абзац (возможно по ошибке).

⁴⁰ В оригинале слово начинается с заглавной буквы.

⁴¹ В данном случае исправляется опечатка оригинала (сноска 331 ошибочно обозначена как 321).

и что к судьбе самих спорящих сородичи и бии-старшины в сущности довольно равнодушны. Только что на их глазах произошло вероломное убийство пришедшего с мирными намерениями и ни в чем не повинного сына убийцы. Но вместо возмущения воцаряется мир и всеобщая радость по поводу того, что счет, так сказать, закрыт. Бии заключают друг друга в объятия, благодарят бога, что конфликт улажен, и миролюбиво разъезжаются по домам. Хотя Гавердовский и отмечает, что в его время такие случаи были уже редки и что большею частью дело кончается принятием куна, однако 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 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, безусловно заслуживает внимания, а именно состоял ли кун всегда только в определенном количестве того или иного скота или состав его был более сложный. Смысл этой постановки вопроса заключается в том, что таким путем может быть выяснен вопрос о генезисе куна, вопрос, какими путями общество пришло к идее компенсации жизни своего сородича имущественным возмещением.

Общепринятым можно считать взгляд, 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 истории⁴² права [332]. Между тем утверждение это вызывает серьезные сомнения. Оно основано на наиболее популярном в литературе тексте записи законов Тауке, приведенной Левшиным, где, действительно, сказано, что кун составляет «за каждого убитого мужчину 1000, а за женщину 500 баранов» [333]. Но в записи тех же законов Шукуралиева, где кун определен в 200 лошадей, что приблизительно соответствует записи Левшина, по вопросу об уплате куна за убитого на барымте сказано уже, что кун уплачивается «людьми, панцырями, лошадьми и рогатым скотом» [334].⁴³ Вместе с тем известные нам случаи требования и уплаты куна в XVIII веке

⁴² Слово «истории» вставлено С. Л. Фуксом сверху.

⁴³ Исправлена опечатка оригинала: сноска № 334 обозначена в оригинале по ошибке как сноска № 324.

и начале XIX в[ека] также говорят о другом, нежели указанный Левшиным, состав куна, который довольно согласно воспроизводится источниками. Кун этот состоит из скота как основной, очевидно, ценности, к которой неизменно добавляются рабы-пленники, панцыри и верблюды. Так определена уже упомянутая нами претензия Бабибея к Тевкелеву в 1732 г.: 100 лошадей, один панцырь, один пленник, один кречет, ружье и верблюд. По донесению Неплюева 24 сентября 1748 г. Джанибек-тархан советовал Бараку после убийства им Абульхайыр хана помириться с семьей хана «заплатою по их обычаю, в семеро против рядового⁴⁴ киргизца из лошадей, ясырей (пленников), панцырей и прочих вещей, по их обычаю» [335]. Обычай, следовательно, заключался в уплате не одним только скотом, а совокупность перечисленных предметов. Это подтверждается и многими другими источниками. По сообщению Николая Рычкова (1771 г.), убийца платил в куне 100 лошадей,⁴⁵ одного пленника, двух верблюдов, лучший суконный кафтан, черную лису, ястреба или беркута, панцырь и другое вооружение [336]. По данным Георги, как уже попутно отмечалось, кун за мужчину состоял из ста лошадей, одного невольника и двух верблюдов [337]. По записям Путинцева и Броневского — из ста лошадей, двух рабов-калмыков, двух панцырей и двух верблюдов [338]. По Гавердовскому, от 200 до 1000 лошадей и «пристойное количество прочего имущества» [339]. Следует заметить при этом, что Гавердовский прямо указывает, что в своей записи он излагает законы Тауке. Так обстоит дело с источниками XVIII и начала XIX в. Но и для середины XIX в. мы имели аналогичные указания. В черновиках д'Андре указывается, что вследствие трудности платить кун в его прежнем размере кун изменен; разумеется, в сторону уменьшения. Однако «при уплате куна, вообще, строго соблюдается обычай дабы платеж этот начат был верблюдом, покрытым ковром...» [340]. 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 девку» [341].

С этими сведениями о составе древнего куна вполне согласуется и приводимое Гродековым сообщение Султана Даулета, что древний кун высшего разряда состоял из 1) 1000 овец, соответствующих стоимости двух девиц, 2) из 6 «лучших вещей», а именно 2 рабов, 2 одногорбых

⁴⁴ В оригинале — «редового».

⁴⁵ В оригинале после слов «100 лошадей» зачеркнуты слова: «одного верблюда».

верблюдов и 2 хороших лошадей, которые могли быть заменены зверьми: лисицей, волком и т. д., 3) ковра, 4) лошади убийцы и 5) желтого платка — траура для вдовы [342]. Низший разряд куна состоял из тех же вещей, только в несколько меньшем количестве и худшего качества.

Можно ли в свете всех приведенных здесь материалов продолжать утверждать, что по законам Тауке, действовавшим в XVIII в., что по обычному праву казахов XVIII и начала XIX в. кун состоял из 1000 баранов или из 200 либо 300 лошадей? Думается, такое утверждение было бы совершенно необоснованно. 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, далеко за пределами доступного исследованию периода и, очевидно, еще до сложения казахской государственности и права. На этом начальном этапе возникновения системы композиций 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 увечье⁴⁶ — это 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 [343]. 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 [344]. И эти живые люди, возмещающие потерпевшему роду потерю, причиненную убийством, *были первоначально основным элементом композиции*. Недаром поэтому во всех комбинациях состава куна, о которых сообщают нам казахские источники, неизменно фигурирует «ясырь» пленник-персиянин, пленный 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.

⁴⁶ Последние два слова в оригинале вставлены в машинопись рукой С. Л. Фукса.

Что касается прочих предметов, входящих в состав куна, кроме рабов и женщин, то это либо предметы, символизирующие выдачу преступника на милость потерпевших, либо предметы, связанные с обязанностью рода убийцы принимать участие в похоронах жертвы. К числу первых относятся лошадь убийцы («кровавая, черная и бесхвостовая лошадь») и панцырь или вообще оружие. Обряд примирения, сопровождаемый выдачей орудий 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 и у казахов. Вторая группа предметов: черный одногорбый верблюд, покрытый ковром, т. е. «траурный» верблюд, 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 Красовского, обряд уплаты куна во многом подобен поминальному обряду. Возможно, потому, 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 может, конечно, смутить при этом 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, Гинс видел поминки, на которых присутствовало 12 000 человек.

Развитие куна у казахов представляется, следовательно, таким образом, что 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 этому 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 Баллюзек. Следует, поэтому также заключить, что некритически принятая большинством исследователей запись 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 просто сообщали 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 и западно-европейских 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 даже при поверхностном с ним знакомстве 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 простого казаха, в других просто как в несколько раз больший, чем простой кун. Например, в записи законов Тауке Левшина [346]⁴⁷ указан семикратный кун за убийство султана или ходжи, то же у Броневского [347], в своде комитета 1824 г. [348] и в ряде других источников. Но у Путинцева этот кун указан уже как шестикратный [349]; Георги, Гавердовский и Шангин вовсе молчат

⁴⁷ Сноска [345] в оригинале рукописи на с. 1098–1102 пропущена.

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 Абульхайыра⁴⁸ «в семеро против рядового киргизца»⁴⁹. По данным же середины и второй половины XIX в. султанский кун хотя и был повышенным по сравнению с простым куном, но размер его 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 2000 до 1500 баранов⁵⁰, «смотря по тому, в какой степени уважался между киргизами убитый султан» [350]. Двойной кун платят за султана и по материалам Баллюэка, полуторный — по данным Словохотова [351]. 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. Гродеков в [18]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 Гродеков приводит и случаи взыскания за убитого 3–5 кунов, причем, очевидно, не только за лиц «белой кости». Интересно, что на полуторный кун претендуют и «потомственные бии» [352]. В последнем факте проступает довольно явно 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 характера куна нужно особенно иметь в виду, что, как видно из предшествующего изложения, 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

⁴⁸ В оригинале — «за кровь Абульхайыта».

⁴⁹ В оригинале — «редового».

⁵⁰ Слова «султанский кун составляет от 2000 до 1500 баранов», видимо, были пропущены машинисткой при перепечатке и вставлены рукой С. Л. Фукса сверху между строк.

от него сородичи, чем крепче стояли за него бии. В песне на смерть хана Джангера говорилось: «Кун храбрых сто лошадей, а кун Джангера дороже миллиона голов скота» [353].⁵¹ Если в конце XIX в. Гродеков мог зарегистрировать случаи взыскания за родоначальника трех и пяти кунов, то что могло помешать подобной практике еще в XVIII в., когда, по известному 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 оценка⁵² жизни раба. Цена его жизни даже не именовалась кунум; господин, конечно, мог убить его безнаказанно. «Над рабами владельцы имеют неограниченное право жизни и смерти», — говорят законы Тауке в записи Левшина. Но если раб был убит посторонним лицом, то, естественно, 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 законов Тауке (запись Левшина): «За убитую охотничью собаку или беркута хозяин 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 получению. 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 законов Тауке, сделанная Шукураниевым, 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. Интересно, что это положение прямо 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» [354]. Конкретный исторический пример такого платежа содержится в донесении Матвея Арапова от 24 сентября 1749 г. Когда Барак, совершив убийство Абульхайыра, 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 обыновению их, той (Абульхайыровой) ханской фамилии учинят заплату скотом и пожитками *от себя*; а буде де он Барак по тому зву (зову) их

⁵¹ В диссертации сноски № 353 ошибочно обозначена «253». Опечатка исправляется.

⁵² В оригинале — «особая оценки» (опечатка).

к ним не поедет, то де в таком случае хотят они в заплату той ханской фамилии скота и пожитков доправить с *самого ево Барака насильно*» [355]. Предложение это было, 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 Младшего⁵³ 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, очевидно, 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 [356]. 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 [357]. В этом порядке, само собою разумеется, 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 злоупотреблений — влиятельных лиц» [358]. 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, причитавшаяся хану, биям, есаулам, превращалась в основную часть куна. Уже отмечалось выше, что размеры куна определялись мировым соглашением сторон и в связи с деградацией скотоводства и общим объединением населения соглашения

⁵³ Исправлены опечатки в окончании двух последних слов в оригинале.

эти сводились к резкому уменьшению обычно-правового размера куна. На практику соглашений об уменьшении куна указывает и Биглов в отмеченном рапорте, но он же подчеркивает, что «часть производителя дела и ханская часть должна быть взыскана». Доля же бия и хана определялась примирительно к огромным «законным» нормам куна. Кроме этого «ханлыка» и «бийлыка» из куна нужно было еще «эсаул-хака» — «со всякого десятка какого бы то ни было скота по одному» [359]. Неудивительно, 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, жалкие 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 за убийство, а в средство наживы казахской знати» [360]. Но если он указывает при этом, что из 1000 баранов куна 50–150 баранов доставались семье убитого, а остальные шли 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, без кавычек, на долю в куне семья убитого вряд ли и ранее могла рассчитывать на получение большей доли куна. Основное изменение в порядке распределения куна заключалось, как указано, в том, что теперь вместо распределения его 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 «эсаул-хака». Трудно думать, что это нормы, возникшие 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 в принципах человечности алчность эксплуататорских групп могла породить и сделать распространенной, например, практику добывания раненых сородичей с целью получения за них куна либо бросание под копыта лошадей противника с той же целью малолетних детей [361]. А между тем подобная практика бесспорно существовала. Исполняющий должность правителя средней части орды полковник султан Баймухаммедов⁵⁴ в 60-х гг. писал в своем рапорте: «Существует с давних

⁵⁴ Баймухамед (Баймухаммед) Айчуваков — султан-правитель Западной части оренбургских казахов, полковник (см.: Национально-освободительная борьба ка-

еще лет в орде нравом, 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 делом. Решением суда был взыскан скот в пользу Чигириных с Кармановых. Когда истцы в сопровождении султана, бия и других начальствующих лиц 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 лет 4–5, — заявляя, что они убиты истцами Чигириными при производстве силою взыскания присужденного в их пользу скота. Чигириные же объяснили, что Кармановы сами убили детей, дабы обвинить их в убийстве, взыскать с них кун 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 Чигириных [362]. Баймухаммедов, как мы видели, охарактеризовал эти нравы как существующие «с давних еще лет».

Чтобы закончить характеристику убийства как преступления по обычному праву казахов, следует указать еще на наличие в этом праве 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 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-мужеубийца «неприменно предается смертной казни, от которой не может спасти заплата куна, если родственники не простят ее» [363]. Такое неравноправие супругов имеет свои корни в положении жен-пленниц,

захского народа под предводительством Кенесары Касымова. С. 267, 299; МИКССР (1785–1828 гг.) Т. IV. С. 446, 449).

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 неслучайно казнью, сохраняются и делают мужеубийство квалифицированным убийством.

Можно отметить в заключение еще один вид квалифицированного убийства, в котором квалификация его связана только с обстоятельствами, его сопровождающими. Таким считалось убийство, при котором тело убитого не будет найдено либо будет брошено убийцей в степи, вследствие чего повреждено будет зверьми и птицами. Как по данным Красовского, так и по данным Броневского, в этом случае убийца должен платить полуторный кун [364]. Повышение в этом случае куна, бесспорно, связано с особыми трудностями «примирения с покойником», тело которого подвергалось надругательству, но, быть может, здесь могли позже играть известную роль и соображения карательной политики, преследовавшей более сурово убийцу, пытающегося скрыть труп и самый факт убийства. В древне-германском праве, например, сокрытие трупа безусловно превращало простое убийство в квалифицированное [365].

Б. Телесные повреждения⁵⁵

В казахском обычном праве различные виды телесных повреждений не представляют собой однородное преступление. В то время как тяжкое изувечение является как бы сколком убийства, этого единственного первоначально известного обществу преступления против личности, нормы, регулирующие преследование прочих телесных повреждений, 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, например, убийство увечного, если за увечье от виновника своевременно было получено возмещение, влечет за собою по обычному праву казахов только доплату до полного куна в размере разницы между куном и уже уплаченной ценой увечья [366]. Другой пример: лишение человека двух рук, двух ног, обоих глаз влечет за собою уплату полного куна, т. е. приравнивается к убийству и в условиях общества скотоводов-кочевников, но без некоторого разумного основания. Записав это положение, д'Андрэ, однако, тут же добавляет: «Буде ордынец, кого лишили одного из двух членов, не имел уже до того времени или не действовал один, то платит

⁵⁵ В диссертации начинается на с. 1113.

не полный кун а, все-таки, половину» [367]. 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, но механический взгляд на вещи упорно торжествует, и всякий отвечает только за те части тела, которые он непосредственно повредил. По Баллюэку за убийство лиц, от рождения неспособных к половой жизни, сумасшедших, слепых и калек от рождения платится только половинный кун [368]. Из такого взгляда вытекает и установленный казахским обычным правом 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 последствием лишения какого-либо важного органа, этот способ исчисления возмещения, однако, не распространяется, и здесь взыскивается плата в твердо определенном размере (зависящем от того, например, какой палец отрублен), но не доля (половина, четверть) куна. Например, по 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. [369]. В записи Тауке Левшина воспроизводится эта же таксировка пальцев, но об оплате более тяжелых увечий говорится только, что они оплачиваются «определенным числом скота» [370]. В записи «О киргиских законах» Путинцева «за вышебание глаза, излом руки или ноги» устанавливается штраф «пол куна», с добавлением: «Буде же изломает обе руки или ноги или лишит совсем зрения, то причитается убийце» [371]. Но за «излом у руки перстов», за синяки и выбитый зуб взыскиваются уже не доли куна, а «тогузы», т. е. твердые дифференцированные штрафы. Можно привести конкретный исторический пример взыскания половинного куна за тяжелое изувечение. Так, по сообщению Николая Рычкова, хан Нуралы «по требованию народа» должен был уплатить половинный кун казаху, которого ханские слуги избili до потери способности деторождения, хотя казах этот в погоне за своей рабыней-калмычкой ворвался в юрту жены Нуралы и там учинил скандал» [372]. По Броневскому, также за отсечение руки «или иной важной вред» платится половинный кун, а за незначительное повреждение — «атгун» [373]. Такое же различие принципа оплаты за тяжкие увечья, с одной стороны, 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 «цена крови» и композиция за убийство.) За пробитие же черепа

устанавливается « $\frac{1}{4}$ куна полного», а за лишение одновременно обоих глаз, ушей, ног, рук и всех зубов, «если человек останется в этом положении жив», предусмотрен даже 5-кратный кун [374]. Последняя норма носит, впрочем, явно надуманный характер, и интерес ее только в том, что она подтверждает запись Путинцева, приведенную выше. В черновиках д'Андрэ вопрос несколько запутан. Д'Андрэ, 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 [375]. Но и у д'Андрэ характерно и очень резко подчеркнуто различие принципа оплаты тяжких увечий и легких. А именно, он указывает, что за лишение руки, ноги и т. д. платится «пол куна или 500 баранов, 1 верблюд, 1 ковер». При уплате же 100, 200, 300 баранов за лишение пальцев верблюд и ковер не придаются к штрафу [376]. Верблюд и ковер есть характерная принадлежность куна. 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, Баллюэка 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 принципов исчисления возмещения 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 Ярослава⁵⁶ тяжкое увечье, влекущее за собой потерю руки, 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 твердыми штрафами от 3 до 12 гривен. Позже в Пространной Правде отсечение руки, ноги, 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,

⁵⁶ Здесь имеется в виду сборник законодательных актов «Русская правда», составленная при Ярославе Мудром (ок. 978–1054), киевском князе, сыне князя Владимира I.

вторые при ранах, не носящих характера увечья [377]. Средневековое грузинское право исчисляет в долях «платы за кровь» композицию за отсечение руки, ноги, выколотые глаза (законы Георга V. Ст. 32–36), а в таксировке пени за раны исходит из своеобразной единицы, какой является уплата одной коровы за рану (нанесенную крестьянину)⁵⁷ 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 V, и они сосуществовали 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 самых первоначальных стадий уголовно-правового развития. Такой порядок определения возмездия явно уводит нас к тем древнейшим временам, когда среди преступлений против личности как самостоятельное преступление 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? Вопрос этот очень существенен и для характеристики данного вида преступлений, и для характеристики казахского уголовного права в целом. Говоря о применении талиона, 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. Левшин в своей записи законодательства Тауке по этому поводу писал: «Первое место занимает закон возмездия: за кровь мстить кровью, за увечье таким же увечьем (*droit de taillon*⁵⁸)» и дальше: «отрубивший руку, ногу, ухо и проч. должен быть лишен той же части тела» [378]. Он указывает

⁵⁷ Данные круглые скобки вставлены в машинописном оригинале чернилами.

⁵⁸ В истории принцип талиона применялся в отношении людей одинакового социального положения. Выделяются два вида талиона: материальный (когда у ответчика повреждался тот же орган тела) и символический (когда повреждалось, так сказать, орудие преступления, — например, за разглашение государственной тайны — отрезали язык) (см.: История государства и права: Словарь-справочник. М.: Юрид. лит., 1997. С. 254).

вместе с тем на возможность для преступника «по приговорам судей или согласию истцов» отделаться от угрожающей ему кары уплатой скотом. В записи Шукуралиева талион распространяется не только на увечья, но даже на побои: «За увечье мужского пола, например: плетью, палками или ранами, осмотра человека и его увечья платили скотом, или за плети также ударами плетью, за палку палками, за рану ранами» [379]. 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» [380]. По Броневскому, талион применяется только за «важный вред» [381]. По Путинцеву, напротив, и в некотором согласии с записью Шукуралиева за побои плетью или тому подобные [382]. В источниках, относящихся к периоду более позднему, нежели начало XIX в., упоминания о праве талиона вовсе исчезают.

Несмотря на наличие приведенных довольно многочисленных указаний о существовании в казахском праве норм талиона, очень трудно допустить реальное его существование в правовой практике. Против этого говорит, во-первых, постоянно сопутствующее нормам талиона допущение выплаты композиции за телесные повреждения. Против этого убедительно говорит то обстоятельство, что при наличии многочисленных свидетельств о практическом осуществлении кровной мести за убийство, при отмеченной уже распространенности и живучести идеологии 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, кажется, 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 приравнивается к убийству, и Правда Ярослава, например, устанавливает за лишение руки полную виру, которая только гораздо позже заменяется полувирем. Следовательно, талион может найти почву только там, где более или менее сильная, относительно централизованная государственность, ведущая борьбу с остатками родового быта, способна не только потребовать ограничения мести, но и практически ввести возмездие в устанавливаемые ею рамки. Мы встречаем поэтому постановления о талионе главным образом в относительно централизованных рабовладельческих государствах, в судебнике

Хаммурапи⁵⁹, в законах Моисея⁶⁰, в законах XII таблиц и, наконец, в Коране, авторы которого сами указывают на заимствование ими норм талиона из Моисеева законодательства⁶¹. С другой стороны, ранние феодальные общества, не прошедшие через рабовладельческую формацию, с решающей ролью общины в судебной-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 Чингисхана, ни позже, например, в ойратском уложении 1640 г.; исследователи решительно отрицают наличие талиона когда-либо в древнем германском праве [383]. 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 по весьма убедительным основаниям [384]. Бесспорное осуществление возмездия при телесных повреждениях по принципу талиона в сколько-нибудь широких масштабах отмечают 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

⁵⁹ Судебник Хаммурапи — Законы Хаммурапи — крупнейший и важнейший памятник права древней Месопотамии. Законы Хаммурапи представляют собой плод огромной работы по сбору, обобщению и систематизации правовых норм, состоят из «Пролога», «Эпилога», собственно Законов из 282 статей (см.: Черниловский З. М. Всеобщая история государства и права. С. 43–51; История Востока. Восток в древности. Т. 1. М.: Вост. Лит-ра РАН, 1997. С. 92–99).

⁶⁰ Моисей — древнееврейский пророк и законодатель. Законы Моисея содержатся в Ветхом Завете, оказавшем влияние на развитие правовой культуры. Моисей и народ Израиля заключают союз, договор с Богом. Одна сторона обязуется следовать воле и закону Бога, а другая сторона — вести, защищать и спасти народ, выполняющий договор. По преданию, свод юридических норм также был передан Моисею (как и десять заповедей) Богом после открытия ему десяти заповедей как основы права и нравственности. Моисей получил от Яхве различные юридические наставления относительно оседлой будущей жизни в Палестине (см.: Ударцев С. Ф. 1) Ветхий завет: политико-правовые идеи и легенды // Синергетика образования. Вып. 1. С. 260, 247, 253, 261 и др.; 2) История политических и правовых учений (Древний Восток): Академический курс. СПб., 2007. С. 183–221; История Востока. Восток в древности. Т. 1. С. 140–141).

⁶¹ Сура 5. Трапеза — 47 (43), 48 (44), 49 (45) (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожидинов. С. 89; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 77–78; Коран / Пер. смыслов и комментарии Иман Валерии Пороховой. С. 140; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 207, 209).

с увечьем, вызвавшим применение талиона [385]. Осуществление талиона руками палача в качестве наказания по суду и при наличии достаточно сильной государственной власти есть, действительно, единственно возможная форма реального существования 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 Михайловича⁶². («А будет кто... отсечет руку, или ногу, или нос, или ухо, или губы обрежет, или глаз выколлет — и за такое его надругательство самому ему тоже учинить»). XXII. 10.) 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, едва способная влиять на развитие обычного права, отсутствуют специальные органы исполнения судебных решений. Приговоры осуществляются преимущественно сородичами самого обвиняемого; они могли заставить его платить, чтобы избежать междуродовой вражды, помогали ему платить, сами за него платили, но их совершенно невозможно представить себе рубящими ему руку или режущими уши в воздаяние за такой же вред, причиненный им истцу.

Не подлежит сомнению поэтому, что неоднократное упоминание в записях казахского права о талионе при членовредительстве и вообще телесных повреждениях есть результат механического и совершенно бесплодного практически реципирования 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 с среднеазиатскими соседями. Коран говорил: «В законе возмездия вся жизнь ваша, о люди, одаренные разумением»⁶³. Он предписывал: «душу за душу, око за око,

⁶² Уложение Алексея Михайловича — Соборное уложение 1649 г., закрепившее феодальное крепостное право на Руси. До введения в действие Свода законов Российской империи 1832 г. (1 янв. 1835 г.) Соборное уложение являлось основным законодательным актом империи.

⁶³ Сура 5. Трапеза — 49 (45): «И предписали Мы им в ней, что душа — за душу, и око — за око, и нос — за нос, и ухо — за ухо, и зуб — за зуб, и раны — отмщение. А кто пожертвует этой милостью, то это — искупление за него. А кто судит не потому, что низвел Аллах, те — несправедливы»; «И в ней для них Мы предписали: Душа — за душу, глаз — за глаз, нос — за нос, Ухо — за ухо, зуб — за зуб, За (нанесенье) ран — отмщение (по равной мере). А кто простит (за свои раны) И (возмещение

нос за нос, ухо за ухо, зуб за зуб» [386]. Как могли ханы и бии, считавшие себя правоверными мусульманами, 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 [387]. В казахском же обычном праве, как и во многих других правовых системах, принцип реального талиона появляется только в результате механического заимствования, органически не связан с обычным правом казахов и не мог оказать никакого влияния на правовую практику. Остается, следовательно, констатировать, что полный⁶⁴ 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 большинству правовых систем и легко объясняемая тем, что обуздать месть легче там, где речь идет о менее тяжких посяательствах [388].

В то время как тяжкие увечья по характеру установленного за них наказания вплотную примыкают к убийству и возмещаются долями куна, убийство плода в чреве матери отнюдь не рассматривается как убийство и приравнивается к самому легкому телесному повреждению. По законам Тауке, в записи Левшина, если сбитая с ног всадником беременная женщина родит вследствие ушиба мертвого ребенка, то с всадника взыскивается плата по следующему расчету: за младенца до 5 месяцев по одной лошади за каждый месяц, а за младенца от 5 до 9 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 в чреве матери к числу незначительных преступлений, а судя по тому, что здесь не ставится вовсе вопрос об уплате куна или хотя бы какой-либо доли его, можно сказать, что это преступление,

за них) на милостыню обратит, Тому послужит это искуплением (грехов). А те, кто суд вершит не по тому, Что им низвел Аллах, Те преступают (законы, установленные Им)»; «В нем Мы предписали им: душу за душу, око за око, нос за нос, ухо за ухо, зуб за зуб: раны должны быть мезью, но кто простит ее как милостыню, тому послужит это очищением грехов его. Те, которые не судят по тому, что ниспослал Бог, те — законопреступники» (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожидинов. С. 89; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 78; Коран / Пер. смыслов и комментарии Иман Валерии Пороховой. С. 140; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 209).

⁶⁴ Слово «полный» в оригинале напечатано на машинке сверху строки (вставка).

первоначально во всяком случае, совершенно не ассоциируется с представлением об убийстве. Так же трактуется данное преступление в записях Броневского, комитета 1824 г. д'Андрэ и у Радлова [389]. Броневский, правда, дополняет приведенную запись Левшина сообщением, что за плод в 10 месяцев (!) платят уже полный *кун* за мальчика и половинный *кун* за девочку и в примечании указывает: «Киргисцы считают в утробе младенца и всякого животного до произведения на свет 12 месяцев». Но и это дополнение, как и разъясняющее его примечание, приходится отнести за счет явно неудачной 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 предположить такую наивность у казахов XVIII–XIX [в]в., 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'Андрэ 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 взыскать за это *кун* или его⁶⁵ доли казахское обычное право приходит, очевидно, только во второй половине XIX в. По Баллюэку, в случае гибели плода до 5 месяцев платили «тогузы», а свыше 5 месяцев уже половинный *кун* [390]. Об уплате в рассматриваемом случае куна или долей куна упоминается неоднократно и в материалах Гродекова [391]. В этом усилении охраны матери и будущего ребенка, в проникновении в право 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. В судебнике Хаммурапи, например, ударивший дочь «мужа» и причинивший выкидыш ее плода платит 10 сиклей серебра, т. е. одну шестую часть той суммы, которую должен уплатить сын мужа за пощечину, нанесенную сыну мужа одинакового с ним положения [392]. Моисеево законодательство устанавливало, правда, в этом случае возмездие по талиону [393], но единственный смысл этого постановления заключался, как уже указано, в ограничении права ранее неограниченной мести.

⁶⁵ Слово «его» напечатано в оригинале как вставка сверху.

В. Оскорбление и клевета⁶⁶

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 легких 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 тяжелых телесных повреждений, связываемых с убийством и караемых поэтому «мздой 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» (девять голов скота), а другие «ат» «тунами» (лошадь и халат). Эти последние и рассматривались уже не как телесные повреждения, а как оскорбления или обиды и приравнялись к словесным оскорблениям, для которых в ряде источников ат-тун есть обычная санкция.

Поясним это одним примером. По записи «О киргиских законах» Путинцева за «излом у руки перстов» нужно было платить тогузами. Содержание скота в этих «девятках» — тогузах было различное (крупный или мелкий, 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 Маковецкому, например, за средний палец полагается наименьшее вознаграждение, а, по Баллюзеку, даже вовсе никакого вознаграждения [394]. Вот поэтому у Путинцева каждый из четырех пальцев оценивается тогузами а за пятый — средний, предусмотрен только ат-тун, которым, как сказано уже, по другим источникам, оплачиваются и словесные оскорбления. Что такой же смысл имеет этот ат-тун у Путинцева, видно из того, что, по его данным, ат-туном же карается сделанное на лице плетью или чем-либо иным пятно, т. е. простые побои. И, наконец, он как бы объединяет эти легкие телесные повреждения в одну категорию преступлений — оскорбление действием — в статье о выбитом зубе: «Буде кто выломит зуб взыскать штрафа так, как за сделанное на лицо пятно или средний палец» [395].

⁶⁶ В диссертации начинается на с. 1127.

В нормах, определяющих ответственность за оскорбление, отчетливее, чем во многих других, связывается феодальный характер казахского обычного права. В постановлениях, относящихся к оскорблению действием, принцип феодального неравенства сформулирован достаточно выпукло. Так, законы Тауке в записи Левшина, не касаясь вовсе оскорблений действием между лицами равного состояния, карают, однако, нанесение побоев султану, и карают, строго взыскивая за это целых три тогуза [396]. Это постановление имеется и у Броневского [397]. У д'Андрэ имеется общая норма об ответственности за побои между равными. За побои копьем или чаканом, «но без лишения способностей действовать членом» установлен уже известный, специфический для всяких оскорблений — штраф ат-тун. Если побои были сильные, но «без нанесения явных ран», т. е. не переходящие в телесные повреждения, то виновный обязан был еще вылечить побитого, но этим его ответственность исчерпывалась. В то же время, как гласит запись д'Андрэ, «ордынец, ударивший рукою, палкою или чем-либо другим султана или бия или вообще человека, пользующегося в орде уважением, но не с намерением лишить жизни, либо нанести рану, подлежит отсечению правой руки по кисть» [398]. По поводу отсечения руки, наказания чисто шариатского, сам д'Андрэ отмечает, что оно «в точности не соблюдается между киргизами», а взамен этого подобный обидчик султана или бия наказывается «по усмотрению» самого султана правителя, что, конечно, гарантировало самое суровое наказание. По Баллюзеку, оскорбление простолюдином действием султана⁶⁷ карается вместо обычного ат-туна от двух ат-тунов до одного тогуза, «смотря по значению самих султанов». (Эта «резиновая» норма уже результат упадка экономического и политического значения султанов, некоторые из которых превратились в рядовых скотоводов.) Но если оскорбитель сам был султаном, то он платил только один ат-тун, 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 бая и «почетного богача». Старшим же по отношению к простолюдинам, отмечают материалы Баллюзека, никакие побои вообще не ставятся в вину за исключением только сильных увечий и убийств [399]. У Гродекова по этому поводу записано: «Когда высший бьет низшего, то не взыскивается до трех ударов включительно; и если низший во время одного из трех первых ударов ответит ударом, то он платит штраф» [400].

Что касается словесных оскорблений, то, по некоторым источникам, между людьми равного состояния эти оскорбления вовсе не караются,

⁶⁷ Исправляется опечатка оригинала в слове «султана».

они караются только в отношении стоящих выше по социальной лестнице. Законы Тауке, в записи Левшина, знают словесное оскорбление, как и оскорбление действием, только в отношении султанов, ходжей, родителей и женщины [401]. Гавердовский, Шангин, Путинцев и многие другие вовсе не упоминают о наказуемости словесных оскорблений. По Бронеvскому, обида между простолюдинами влечет за собой только обязанность просить прощения [402]. По Маковецкому, «оскорбления на словах вообще у киргизов не преследуются, если они нанесены не почетному лицу» [403]. Это, однако, не согласуется со свидетельством других источников и, в частности, со сведениями, собранными д'Андрэ. По его сведениям, если казах заявит бия претензию на равного себе, что последний «обругал его невинно», обидел его «даже словом», то бий «обязан... в то же время помирить обе стороны взысканием с обиженного одного халата или барана или, смотря по обиде, усмотрением самого бия» [404].

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 то высокое уважение к достоинству личности, которое характеризует первобытно-общинный строй. В очерке о судоустройстве и судопроизводстве приведено было сообщение Тана-Богораза о чукче, который считал, что даже на справедливые упреки можно ответить ударом ножа, если они превышают меру заслуженного и оскорбляют самолюбие. Мы видели 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 Grágás позволял мстить смертью за три оскорбительных слова и за оскорбительное стихотворение [405]. Законы XII таблиц установили смертную казнь тому, кто сложит или будет петь песню, содержащую в себе клевету или оскорбление кого-либо [406]. Ислам запрещает насмешки и насмешливые прозвища⁶⁸, он возбраняет стихотворные и прочие соревнования,

⁶⁸ В Коране в Суре 49. Комнаты (Внутренние комнаты) — 11 (11), 12 (12) записано: «...Пусть одни люди не издеваются над другими: может быть они — лучше их!...», «...Не позорьте самих себя и не перекидывайтесь прозвищами...», «...и не выслеживайте, и пусть одни из вас не поносят за глаза других...», «...Одним мужчинам непристойно Высмеивать других мужчин...», «...И женщинам высмеивать других — грешно...», «... (В глазах других) друг друга не порочьте, Обидных прозвищ не давайте, — Ведь, истинно, порочить (своих братьев) После того, как веру обрели вы, злонавно и грешно пред Богом. И тот, кто этого не прекратит, действительно злонавен»,

поношения, которые были так употребительны между враждующими племенами арабов, потому что эти стихотворные перебранки способствовали разжиганию междуплеменной вражды [407]. 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 уступают ему места [408]. И даже в начале XIX в. сохранялось еще в качестве остатка, пережитка этого представления о несовместимости оскорблений с достоинством свободного общинника одно любопытное постановление, записанное в сборнике комитета 1824 г. Оно гласит, что 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 ат-гун [409].

Нужно полагать поэтому, что сведения о ненаказуемости словесных обид между рядовыми казахами (к тому же противоречивые) отражают упадок значения личного достоинства рядового, эксплуатируемого казаха, который был неизбежным следствием 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 утратили 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 Левшина оскорбление словами султана и ходжи карается тогузом [410]. Это постановление почти буквально повторяет Броневский [411]. В начале XIX в. привилегия защиты личного достоинства от оскорблений принадлежит только узкому кругу лиц, принадлежащих к «белой кости». Это подтверждает интересное постановление в сборнике комитета 1824 г.: «Би 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

«...И не подсматривайте друг за другом, И за спиной друг друга не злословьте». «...Не бесславьте самих себя: не давайте друг другу унижительных прозвищ...», «...не пересуждайте заочно одни других...» (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тождинов. С. 405; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 361; Коран / Пер. смыслов и комментарии Иман Валерии Пороховой. С. 541–542; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 977).

правительству» [412]. 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 Баллюзеку, вполне соблюдается феодальная иерархия. Султан, оскорбивший словесно бия и «почетного богача», обязан принести извинения, простолюдин же, оскорбив бия, платит ат-тун, а оскорбив султана, платит целых три ат-туна [413]. По материалам д'Андрэ, наказания за словесное оскорбление простолудином 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 всюду почти, 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» [414].

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 же «просьбы о прощении» заключается в том, что она освобождает от обязанности возмещать причиненный нематериальный вред. Что такая обязанность вообще существует, видно хотя бы из сообщения Маковецкого, что за оскорбителя может извиниться один из почетных родственников, который в этом случае получает приготовленную для уплаты потерпевшему лошадь [415]. 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 раскаяния, 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 это, действительно, было так в те времена,

когда словесное оскорбление не отделилось еще от клеветы, ложного обвинения или ложного доноса. Вспомним, например, что немецким *Jehelte* в древнем германском праве охватывалось не только оскорбление, но и ложное обвинение [416]. Возможно, что *Jehelte* первоначально именно и означало ложное обвинение. Лангобардское право различало при оскорблении женской части 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 [417]. Такой же смысл могла иметь казахская так называемая «просьба о прощении». Она означала, что оскорбитель не настаивает на справедливости тех порочащих обстоятельств или фактов, которые обычно составляют содержание брани, что он отрицает содержащиеся 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 [418]. Это неожиданно строго после того, как несколько раньше Броневский указывает, что оскорбление между равными ликвидируется вышеупомянутой «просьбой о прощении». Слишком строго, даже если 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 лишился, конечно, наследства и т. д. Неудивительно поэтому, что своевременный отказ от подобного оскорбления совершенно менял дело, избавлял оскорбляемого от возможных 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'Андрэ, трудясь над составлением «Описания киргизских обычаев, имеющих в орде силу закона», 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 утверждений, в том числе и по вопросу о клевете. Он пишет под заголовком «О клевете»: «Бий не обслуживал эти дела», «бий не входит даже в разбирательство подобных претензий» и тут же: «Кто-либо, кого ложно оговорит («в прелюбодеянии». — *Зачеркнуто д'Андрэ*), тот подлежит наказанию 80 ударов нагайкой», «клевета считается преступлением более смертоубийства. За клевету до прелюбодеяния преступник наказывается по усмотрению обсуживающего лица» [419]. Из факта наказуемости клеветы о прелюбодеянии д'Андрэ 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 клеветнические утверждения вроде обвинения в происхождении⁶⁹ не от законных родителей, которое в зависимости от конкретных обстоятельств дела стояло на грани между оскорблением и клеветой. Так же возможно стоял первоначально и вопрос об оскорблении. В пользу этого предположения говорит, во-первых, отмеченная выше противоречивость сообщений о наказуемости или ненаказуемости 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 [420].

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'Андрэ и др. [421]. Во второй половине XIX в. он уже, очевидно, стал выводиться, потому что, по Баллюзеку, такие дети обязывались «к публичному покаянию» и наказанию по усмотрению родителей [422]. Нет, впрочем, уверенности, что под «публичным покаянием» у Баллюзека не имеется в виду тот же дикий обычай. Д'Андрэ добавляет сюда важную процессуальную деталь: «Свидетелей в подтверждение показаний родителей не требуется. Одни слова родителей

⁶⁹ Слова «вроде обвинения в происхождении» вписаны С. Л. Фуксом сверху строки (вставка).

имеют полную силу доказательств» [423].⁷⁰ Родители, разумеется, никакой ответственности за «превышение власти своей над детьми» не несут и подлежат только «увещеваниям» бия [424]. 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. «Получивший словесную обиду или удар ордынец, не достигший 15-летнего возраста, жаловаться не имеет права...» (д'Андрэ) [425].

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 потому, 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, питаясь объедками трапезы мужчин. И вот на фоне этого жуткого бесправия мы обнаруживаем постановления, которые, казалось бы, ставят 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 сюда некоторые подробности. Плата за словесное оскорбление женщине определяется в один ат-тун, «если она или отец или муж не прощает». Если же обидчик не платит бесчестия, то «водят его вокруг юрты три раза с навешенным ему на шею худым войлоком», т. е. подвергают позорящему наказанию. Следующее относящееся к оскорблению действием постановление изложено у Броневского с точки зрения юридической весьма путаны, но оно тем не менее чрезвычайно интересно. Вот оно: «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 ударит кто женщину в расстоянии 40 сажен от юрты, то должен

⁷⁰ В оригинале у С. Л. Фукса сноска № 423 ошибочно обозначена как № 428 (опечатка исправляется).

только просить прощения...» [426]. Более высокая ответственность за обиду, нанесенную женщине, констатируется и в сборнике комитета 1824 г. [427]. Данные же середины и второй половины XIX в. носят уже другой характер. По д'Андрэ, «за обиду причиненную женщине иск уменьшается... но таковой увеличивается, если обиженная не простого а султанского происхождения» [428]. По Баллюзеку, за обиду женщин платится столько же, сколько и за обиду мужчин [429]. Гродеков, правда, говорит еще о повышенном штрафе за обиду, нанесенную женщине, но в очень неуверенной форме: «Взыскивается не меньше, а скорее больше чем за обиду мужчины» [430].

Отсюда видно, что преимущественная защита женщины от оскорблений имела место только до начала 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. Из нее видно, что прощать обидчика может не только она, но и отец ее, и муж. Следовательно, отец и муж ее, ее хозяева и собственники уже узурпировали права, вытекающие из повышенной защиты женского достоинства, узурпировали, значит, и выгоды, отсюда проистекающие. 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 в ее красочной конкретности свидетельствует о том, что перед нами именно такой пережиток глубочайшей древности. Она защищает в первую очередь, она угрожает наиболее тяжелым штрафом тому, кто оскорбит женщину в юрте или в радиусе 40 сажен вокруг юрты, т. е. женщину 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. Паллас 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» [431].

*Г. Изнасилование, прелюбодеяние, похищение женщины*⁷¹

В обычном праве казахов рассматриваемого периода внебрачная половая близость, прелюбодеяние, изнасилование и похищение женщины являются одинаково преступлениями, 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 сожитие, 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 неприкосновенность его прав собственника. Ибо, как уже было показано при рассмотрении проблемы собственности в казахском праве, жена представляет собою, как правило, в первую очередь имущественную ценность, объект собственности [432].

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 видело в добрачной половой жизни девушки обстоятельство, ее позорящее и, следовательно, умаляющее ее цену, казахское обычное право считало это преступлением. По мере того как этому обстоятельству стали придавать меньше значения, смягчалось и наказание. По материалам Баллюзека, в древности за прелюбодеяние

⁷¹ В диссертации начинается на с. 1143.

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» [433]. По Маковецкому, «в прошлом сожителство 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» [434]. Вызывают некоторое недоумение в этом сообщении членовредительные наказания, но они, бесспорно, заимствованы в мусульманском праве. Точно так же и д'Андрэ, сообщая, что «блуд» между неженатым карался 100 ударами, тут же подчеркивает, что эти правила о «блуде» основаны на Коране, имели силу в прежние времена, а в его время за «блуд» либо вовсе не судят, либо присуждают с виновного штраф «ат-гун» (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. п., а слово непорочность в орде мало имеет смысла» [435].

У нас нет более ранних и достоверных данных о наказании за внебрачное сожителство с девицей до середины XIX в., к каковому относятся приведенные выше сообщения. Думается, однако, что сообщенное Баллюзеком, Маковецким, д'Андрэ и друг[ими] правильно отражает этапы развития этого «преступления» и наказания за него. Чем прочнее были в прошлом основы патриархально-родового быта, тем больше ее значение придавалось «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 Visigothorum*) девушка, уличенная во внебрачном сожителстве, 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 отделялся уплатой суммы, на которую вследствие его «преступления» уменьшалась цена девушки [436]. 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 девственниц [437]. Можно полагать, следовательно, что приведенные

выше сообщения о суровом в прошлом наказании у казахов за доброе сожителство 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 [438]. Самая ранняя и наиболее обстоятельная запись постановлений по этому вопросу содержится в записке «О киргиских законах» Путинцева (1809 г.) Запись эта гласит: «Буде просватанная девка целомудрие отдаст другому, то отец оной отдать должен жениху, яко претендателю, ту и еще сверх оной другую, равно и родственники блудодея отдать должны жениху девуку же; виновных отдается на произвол жениха убить или оставить живыми; 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 виновной не лишается, как за убитого куна» [439]. 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 девуку» [440]. 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'Андрэ, жених имеет право убить соблазнителя невесты, если застигнет его на месте преступления. Отец невесты обязан компенсировать жениха подарком [441]. По Баллюэку, за увоз просватанной девицы виновный, возвращающий невесту, выплачивает 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, — одну девицу или один калым, если не очистятся, — две девицы и два калыма [442]. По Маковецкому, взыскание уже гораздо меньше: возвращающий невесту платит штраф от одного до трех тогузов, не возвращающий невесту выплачивает жениху калым [443]. 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» [444]. Короче, все элементы правонарушения, сущность которого сводится к повреждению или похищению чужой собственности, здесь налицо.

В таком же духе рассматривается в обычном праве казахов прелюбодеяние жены. «Преступление» это, хорошо известное законодательству всех народов, почти всюду на определенном этапе развития законодательства карается смертью. В судебнике Хаммурапи и в моисеевом законодательстве, в древней Греции, в Риме и у германцев всюду кровавая расправа ожидала если не жену и любовника, то последнего во всяком случае. Не отступает от этого правила и раннее обычное право казахов, которое в источниках XVIII в. еще требует смерти обоих. Оно размещает на тогузы и ат-туны 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 Лисий⁷² 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 более, 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 в речи Лисия, «то вы дадите такую безнаказанность прелюбодеям, что и ворам внушите смелость называть себя прелюбодеями: они будут уверены, что, если взведут на себя такую вину и будут утверждать, что они с этой целью входят в чужие дома, то никто их не тронет» [445]. В основе борьбы за честь мужа, за святость брачных уз лежит, в конечном счете, тревога собственника за целостность домашнего имущества, боязнь посягательств на наследство. Конечно, казахское общество и в ту пору знало проявления индивидуальной

⁷² Лисий (ок. 440–380 до н. э.) — афинский оратор, сторонник демократической группировки. Античное предание приписывает ему более 230 речей (дошло ок. 40) и включает его в число 10 лучших ораторов древности.

половой любви, но с брачными отношениями она не имела ничего общего. Индивидуальная половая любовь⁷³, как указывает Энгельс, при своем возникновении «прямо стремится к нарушению супружеской верности», древний мир в своих зачатках половой любви остановился на прелюбодеянии, в нем «прелюбодеяние», запрещенное, строго наказуемое, но неискоренимое⁷⁴ сделалось «неустрашимым общественным явлением» [446]. И борьба с прелюбодеянием в основном ведется не с позиции любящего и ревнивого супруга, а с позиции угрожаемой 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 работницы-рабыни. Гаввердовскому, как мы уже отмечали, бросились 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 [447].

В прелюбодеянии жены, рассматриваемом с точки зрения собственника, есть только угроза целостности семейно-имущественного комплекса, как это красноречиво объясняет Лисий, есть нарушение прав собственника, но нет еще непосредственного имущественного ущерба. Обычное право XVIII в., предусматривая, как было показано, за возвращение девицы, наряду с угрозой жесточайшим наказанием, еще 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 прелюбодеяям «только» смертью. По законам Тауке в записи Левшина муж может убить жену и любовника на месте преступления либо требовать у судей присуждения их к смертной казни. Запись Путинцева, не касаясь вопроса об убийстве *enflagraut*, интересна в рассматриваемом отношении тем, что она отрицает 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» [448]. Может быть, суд, о котором говорит запись Левшина, и является тем семейным судом сородичей жены, о котором идет речь у Путинцева. Вариант Путинцева очень правдоподобен. По некоторым постановлениям средневекового германского права сородичи жены также отвечают за ее поведение, очищают ее присягой или поединком либо наказывают ее за

⁷³ Исправляется опечатка в слове в тексте оригинала.

⁷⁴ Начало цитаты в оригинале не обозначено.

прелюбодеяние и даже в том случае, когда она поощрялась к прелюбодеянию мужем [449]. Гавердовский, излагая содержание законов Тауке, говорит, что прелюбодеяние каралось смертью [450]. 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, смертная казнь за прелюбодеяние заменяется телесным наказанием⁷⁵. В раннем исламе виновная в прелюбодеянии женщина побивалась камнями. Коран ограничивает наказание прелюбодейки бессрочным заключением в доме мужа либо ста ударами кнута прелюбодею и прелюбодейке⁷⁶ [452]⁷⁷. Д'Андрэ перечисляет эти наказания (побитие камнями, 100 ударов плети) прелюбодеям в своей записи обычного права казахов, но тут же оговаривается, что наказания эти, основанные на Алкореане, уже не применяются и дело заканчивается уплатой штрафа ат-тун [453]. По Гродекову, раньше прелюбодеяние наказывалось 80–90 ударами плети, 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 ат-туна до тогуза [454]. Маковецкому известен такой же штраф с прелюбодея, кроме того, муж может развестись с прелюбодейкой и лишиться ее всякого права на детей и имущество. Однако часто «ограничиваются», по словам Маковецкого, тем, что обоих «преступников», раздетых почти донага, густо намазав им сажей лица и надев на шеи по куску закопченной кошмы, водят вокруг аула [455]. Дикий этот способ расправы совершенно тождествен тому, который описал Тацит у германцев: («с обрезанными волосами, раздетую донага изгоняет ее муж из дома в присутствии сородичей и ударами гонит через всю деревню»), либо тому, который описал Максим Горький⁷⁸, видевший его еще в захолустной деревне царской России [457].⁷⁹

⁷⁵ В Коране прелюбодеяние рассматривается как мерзость и плохая дорога, срам и путь к дурному, гнусное дело, злой поступок (см.: Сура 17. Перенос ночью, Сыны Израилевы — 34 (32). Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожиддинов. С. 217; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 192; Коран / Пер. смыслов и комментарии Валерии Пороховой. С. 310; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 521).

⁷⁶ Сура 24 — 1 (1), 2 (2) (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожиддинов. С. 270–271; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 239; Коран / Пер. смыслов и комментарии Валерии Пороховой. С. 375; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 645).

⁷⁷ Сноска [451] в оригинале рукописи на с. 1151–1152 пропущена.

⁷⁸ Максим Горький (Пешков Алексей Максимович) (1868–1936) — всемирно известный русский советский писатель, литературный критик и публицист, общественный деятель, организатор и первый председатель правления Союза писателей СССР. До 1917 г. значительная часть его зарубежных гонимых шла на поддержку партии большевиков.

⁷⁹ В оригинале после сноски № 455 идет № 457. Сноска № 456 пропущена (не обозначена в тексте). В данном случае сохранена нумерация оригинала.

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 ат-туна до тогуза. Такая эволюция закономерно вытекает из быстрого разложения патриархально-родового быта в XIX в., из разложения веками сложившихся устоев патриархальной семьи. Д'Андрэ, впрочем, вряд ли был прав, сетуя на упадок морали, позволяющий казаху «выменивать честь жен и дочерей своих за несколько голов баранов и т. п.». Как уже было показано, 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 главе ее не приходило в голову отказываться от своих признанных законом претензий, чтобы скрыть неверность жен или легкомыслие дочерей. Во времена д'Андрэ дело, по его собственному признанию, обстояло уже иначе. «Нет почти примеров, — говорит он, — чтобы ордынец судился за прелюбодеяние. Семейная расправа, сделка или уговор прекращают в то же время дальнейшие иски по преступлениям, кои по Алкорану⁸⁰ заслуживают примерного и строгого наказания» [458]. «Первое условие каждого семьянина... (не разборчиво)... преступление и не доводить до сведения ради стыда», — говорит д'Андрэ о «блуде» в другом месте [459]. 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, как правило, 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» [460]. 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

⁸⁰ В оригинале: «алкоран».

роздами и к уплате штрафа «за кражу» [461]. Трудно, однако, осудить 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, по авторитетному свидетельству Дженкса, эта правовая норма и сегодня еще не является бездействующей.

В свете всего сказанного выше об отношении к половой свободе женщины как к 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, — жених, если замужняя женщина, вознаграждение получает муж. Законодательный мотив приводимой в записи Левшина («изнасилование равняется убийству») звучит фальшиво, так как «женитьба на изнасилованной девице и уплата за нее калыма избавляет 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 неперемное условие — уплата калыма — делают дальнейшие претензии отца беспредметными. Что касается нарушенной 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 [462]. В цитированной выше речи Лисий прекрасно 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. В то время как 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 Гавердовского, например, записано: «За насилие и обличенное прелюбодеяние предавать смерти» [463], Маковецкий говорит об изнасиловании чужой жены или обольщении ее, свидетельствуя, что наказание было одинаковое [464], Радлов указывает, что смерти преступника по старому обычному праву можно было требовать только при убийстве, прелюбодеянии и изнасиловании [465]. Броневский называет соответствующий раздел своей записи казахского обычного права «О насилии и прелюбодеянии», хотя речь в нем идет об изнасиловании [466]. Д'Андрэ, 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» [467]. По материалам Гродекова, прелюбодеяние, замеченное во время совершения, по мнению всех опрошенных при собирании этих материалов биев, наказывалось *строже*, чем изнасилование [468]. 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 ранее феодальным правовым системам. По древне-германскому праву, например, изнасилование замужней женщины, по мнению Бруннера, «подпадало под понятие прелюбодеяния» [469].

Нет необходимости подробно останавливаться на том, что похищение, увоз девушки, невесты 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 [470], 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 смертью и взысканием куна. 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.

5. Преступления против порядка управления⁸¹

Специфические черты казахской государственности, подробно рассмотренные в главе «Казахское государство в XVIII и начале XIX в.», т. е. крайняя слабость государственной власти, резко децентрализованный ее характер, зародышевое состояние государственного аппарата, осуществление функций классового государственного принуждения органами патриархальной «родовой» власти — все это исключало возможность развития⁸² 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, султанов, 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 обычном праве.

Донос бию, старшинам или вообще влиятельным лицам был, как указано при рассмотрении вопросов процессуального права, одним из поводов возбуждения судебного преследования. Основательный донос поощрялся похвалой, одобрением бия [471]. 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 в пословице: «У вора одна щека черная, у доносчика обе щеки черны» [472], но бии относятся к нему снисходительно. Источники до середины XIX в. вообще ничего не говорят о наказании за ложный донос. По д'Андрэ, «доноситель подлежит увещеванию, чтобы в другой раз не доносил», и так до трех раз включительно [473]. Бий называет его «кляузником» или «человеком, лишенным умственных способностей» и отправляет его домой. По Маковецкому, доносчик, уличенный во лжи, также может отделаться тем, что получает кличку «ябедника», «лгуна», «сплетника», «бунтовщика» или «расстройщика» [474].⁸³

⁸¹ В диссертации начинается на с. 1159.

⁸² Слова «все это исключало возможность развития» в оригинале — рукописная вставка сверху строки машинописи.

⁸³ Исправляется опечатка в оригинале (№ 414 исправлен на № 474).

Но такая снисходительность уже не имеет места, если ложный донос делается, так сказать, профессией или если он причинил оговоренному материальный ущерб. По д'Андрэ, 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». 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 т. д. 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, которому рисковал подвергнуться оговоренный, и если последнему угрожало не телесное наказание, а штраф, то штраф этот шел в пользу оговоренного [475]. О таком принципе наказания за ложный донос упоминает только один Загряжский. Он характерен для развитого права. Его знало греческое и римское право, он был известен русскому праву 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 Пrawdах он появляется лишь в результате влияния позднего римского права [476]. Нужно думать поэтому, что, как и очень многие нормы, приведенные в сборнике Загряжского, данная норма шариатского происхождения.

К ложному доносу вплотную 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 вытеснение присяги по древним казахским обычаям присягой по мусульманскому обряду, которая не внушала казаху ни страха, ни уважения [477]. В имеющихся у нас источниках нет данных о суровых наказаниях за лжеприсягу. Только у 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) [478]. 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 нашими источниками, можно считать его изложением достоверной традиции. В пользу этого говорит огромное значение присяги у казахов. О том же говорит аналогичное развитие ответственности за ложную присягу народов, близких к казахам по уровню общественного развития, например, у туркмен. О них Ломакин⁸⁴ сообщает, что в его время, конец XIX в., адат не устанавливал за ложную присягу никакого наказания, но «во время своей независимости», т. е. в прошлом, туркмены «для лиц, принявших ложную присягу, установили наказание — изгнание навсегда из своего общества» [479].

От суровости древних⁸⁵ 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» [480]. О том же говорит и д'Андрэ: «За ложно принятую присягу особого наказания не определяется. Позор, дурная молва и недопущение ни к каким общественным делам служат в орде наказанием преступнику» [481]. Нетрудно видеть в этом «непринятии в обществе» 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 плетью без счету на месте разбирательства». Вряд ли здесь идет речь 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'Андрэ, кроме уже указанного «недопущения к общественным делам», тоже указывает еще один способ определения наказания за ложную присягу: «по усмотрению бия» [482]. Характерно, что он связывает в этом случае ложную присягу с преступлениями против веры. Как плети, так

⁸⁴ Ломакин Александр Александрович — русский офицер, чиновник МИД, владел восточными языками. Автор работ по обычному праву туркмен, один из составителей руководства по изучению восточных языков, мусульманского и обычного права, в том числе «Уголовного обычного права туркмен» (Асхабад, 1897) (см. о нем: Биобиблиографический словарь отечественных тюркологов. С. 146).

⁸⁵ Исправлена опечатка в слове, имеющаяся в оригинале.

и произвол бия в определении наказания в связи с несомненным внедрением в XIX в. в адат шариатского права свидетельствуют о том, что оба эти наказания шариатского происхождения⁸⁶ и их появление связано с расширением сферы применения мусульманской присяги.

Тягчайшим преступлением в области правосудия является лихоимство. Казахским⁸⁷ биям этот порок был присущ так же, как и феодальным судьям всех народов. Особое развитие он получил в конце XVIII и особенно в XIX и начале XX 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 Герберштейна, 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 серьезней, чем божий суд во втором пришествии. Д^н Андрэ записал, 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 ат-тун в пользу потерпевшего [483]. Загрязский 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 (!)» [484].

Касаясь названных уже 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. [485]. Наказание здесь установлено очень жестокое. Виновный «наказывается от родственников жестоко плетью или морожением в воде». Такая суровость будет совершенно понятна, если вспомнить беспокойное

⁸⁶ О лжесвидетельстве в Коране Сура 9. Покаяние — 67, 68, 69 (68), 102 (101); Сура 24. Свет — 11 (11), 13 (13); Сура 63. Лицемеры — 1 (1) (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожиддинов. С. 150, 153, 271, 440; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 132, 135, 240, 394; Коран / Пер. смыслов и комментарии Валерии Пороховой. С. 222, 228, 376, 580; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 361, 369–371, 647, 1057).

⁸⁷ Исправлена опечатка в слове в оригинале.

существование казахских кочевых общин, 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 соседские «барымты». При распространении слуха о появлении такой угрозы казахи часто вынуждены были уходить на сотни километров, спасая свою жизнь и теряя при бегстве выгодные пастбища, а иногда и часть скота. Вот чем объясняется отмечаемая всеми наблюдателями жадность казахов ко всякого рода слухам и новостям, их потребность скакать за много десятков километров, чтобы скорее сообщить важную новость соседям. «Устная степная газета», молниеносно разносимая по степи бешено 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 собою величайшую 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 понятней.

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 [486]. Карается же, как за оскорбление общества, учиняющий публичное бесчинство в виде налета на аул, с избиением нагайкой встречных, пугающий женщин, разбрасывающий юрты [487]. Караются, хотя и мягко, шум и нарушение ночного покоя, напрасная тревога с криком «Садитесь на коней!», быстрая езда по аулу и тому подобные нарушения общественного порядка и спокойствия [488].

6. Преступления против религии⁸⁸

Обычному праву раннефеодального общества, например, русско-му, 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 немалое значение для понимания всей системы казахского обычного права.

Законы Тауке в записи Левшина знают два преступления против религии: богохульство и принятие христианства. Богохульник, изблеченный семью свидетелями, подлежит смертной казни, его должно побивать камнями). У принявшего христианскую веру родственники его отнимают все его имущество [489]. 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 «извергнут» из данного общества и не был терпим ни в каком другом обществе. Обнаружившему намерение принять христианство угрожает, кроме потери всего имущества и права на наследство, еще и смерть [490]. В сборнике комитета 1824 г. повторяются те же постановления, если не считать весьма вероятной угрозы повышением тому, кто был свидетелем богохульства и скрыл это преступление [491].

Не может быть, конечно, никакого сомнения в том, что перед нами нормы чисто шариатского происхождения. По мусульманскому праву вероотступники ислама⁸⁹ подлежат смерти, объявляются вне закона и все их имущество распределяется между наследниками [492]. 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 своде⁹⁰ комитета 1824 г. они только заострены против

⁸⁸ В диссертации начинается на с. 1167.

⁸⁹ О вероотступниках говорится в Суре 2. Ковра — 214 (217), Суре 9. Покаяние — 85 (84) (см.: Коран / Пер. И. Ю. Крачковского; Сост. Т. Н. Тожидинов. С. 32, 152; Коран / Пер. И. Ю. Крачковского. С. 25, 134; Коран / Пер. смыслов и комментариев Валерии Пороховой. С. 59, 225; Коран / Пер. Г. С. Саблукова. С. 63, 365).

⁹⁰ Слова «в своде» — рукописная вставка в тексте оригинала.

казахов, очевидно, главным образом, рабов-кулов, убегающих в Россию и принимающих христианство, потому что принявших христианство царское правительство не выдавало. Запись Броневского говорит, например, что 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 нормами⁹¹ 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.⁹², судебная практика должна была резко изменить свое отношение к этим преступлениям. Царское правительство, взяв в свои руки суд биев, конечно, не потерпело бы преследования лиц, принимающих православие, ровно как, будучи заинтересованным в ослаблении влияния мусульманства, не склонно было особенно поощрять строгость наказаний для хулителей пророка⁹³. 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 для решения интересующего нас вопроса материалами, собранными в 40-х гг. XIX в. д'Андрэ, потому что, по авторитетному мнению Чокана Валиханова, даже в 60-х гг. старые бии, носители старых обычно-правовых традиций, все еще не уступили места биям — чиновникам⁹⁴ царского правительства [493], и, следовательно, в тех областях уголовного права, которые не были отнесены к компетенции общих судов империи, еще сохранялся старый адат⁹⁵.

⁹¹ Слова «действующими нормами» — рукописная вставка в тексте оригинала.

⁹² Утвержденное положение Сибирского комитета о распространении на казахов Сибирского ведомства общих законов Российской империи от 19 мая 1854 г. (см.: *Материалы по истории политического строя Казахстана*. Т. 1. С. 183–186).

⁹³ Об этом же пишет и Т. М. Культегеев (см.: *Культегеев Т. М.* Уголовное обычное право казахов. Алматы, 2004. С. 298).

⁹⁴ В оригинале через черточку.

⁹⁵ «...разрешение суждение преступника по народным обычаям» зафиксировано и в «Заключении Совета областного правления сибирскими казахами об изменении закона относительно подсудности некоторых преступлений, совершенных казахами» от 13 сентября 1864 г. (см.: *Материалы по истории политического строя Казахстана*. Т. 1. С. 196).

Судя по материалам д'Андрэ, нормы, карающие преступления против религии, никогда не ассимилировались в казахском обычном праве и всегда представляли собою в нем некое чужеродное тело. К этим преступлениям не применяются общие принципы уголовного права казахов. Так, например, «все преступления, — сообщает д'Андрэ, — могут быть выкуплены, хотя и в Алкоране сказано противное — кроме по одному преступлению против веры, где откупиться нельзя» [494]. 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, — записывает д'Андрэ в другом месте, — 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 совершенно не изъявит свое раскаяние и не обещает исправиться» [495]. 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 невероятном варианте (казах, равнодушное отношение которого к вопросам религии общепризнано, позволит запороть себя насмерть, чтобы не отречься от богохульства) — этот исход подсказан, должно быть, биями, у которых д'Андрэ собирал сведения, только для того, чтобы увязать практику с требованиями шариата. Сам д'Андрэ попытался при кодификации собранного им 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 передается смертной казни». По другому варианту, если увещевание не помогало, то применялось известное 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 водят вымазанного сажей по аулу с веревкой на шее. Если при всем том он отказывается исправиться, его казнят. Каждый раз, доходя в своей записи до казни, д'Андрэ делает ремарку: «Алкоран» [496]. 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 достоверно, что ничего подобного не было и в помине, так что единственный вывод, к которому можно прийти на основании материалов д'Андрэ, заключается в том, что преступления против веры, в частности богохульство, карались «увещаниями», позорящими наказаниями и, наконец, поркой до покаяния «преступника».

Можно ли думать, что способ наказывания богохульников, описанный д'Андрэ, 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 сборника 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 бы сильнее, чем в XIX в. В главе об источниках казахского права, при рассмотрении вопроса о влиянии шариата на казахскую государственность и право, было уже показано, однако, что 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'Андрэ 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 законооведами 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 жизни⁹⁶ XVIII и начала XIX в., описывающие правовой быт казахов, например, Тевкелев, Гавердовский, Путинцев, обычно вовсе 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.

7. Выводы⁹⁷

1. В уголовно-правовых постановлениях обычного права казахов содержатся, под покровом архаической патриархально-родовой формы, нормы феодального по своей классовой сущности права. Такие

⁹⁶ Исправлена опечатка в тексте оригинала.

⁹⁷ В диссертации начинается на с. 1174.

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 (убийство); б) круг ответственных сородичей суживается; 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 за него кун. Такой отказ равносителен поставлению 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 верхушкой и биями, так что убийство сородича становится средством обогащения знати; е) наконец, коллективная ответственность сородичей легализует не ограниченную никакими нормами права расправу аульной верхушки с провинившимся перед чужой общиной бедняком, за которого аул уплатил композицию.

3. Успешно служит целям классовой репрессии древнейшая система выкупов-композиций. Это достигается: а) установлением в нормах обычного права 7-кратного 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 9-кратного штрафа тогуза, «тогузов» различной ценности, т. е. состоящих из разного количества крупного или мелкого скота, «больших» и «малых» тогузов, которые применялись по произволу бия; г) такой же дифференциацией ат-туна.

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 совершения преступления, место и время совершения 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 («в 15 лет — хозяин кибитки») 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 грубо ошибочным распространенный в литературе взгляд, что наказание, в его господствующей форме пени (кун, тогуз, ат-тун), было лишь способом возмещения вреда, причиненного потерпевшему. Подобный взгляд, помимо его полной теоретической несостоятельности, опровергается тем, вовсе не отмеченным в литературе фактом, что до середины XIX в. истцу-потерпевшему возбранялось пользование имущественными выгодами взыскания. Он во всяком случае был сильно ограничен в этом отношении, будучи обязан вздаты полученную пеню биям и сторонним 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 формами.

7. Первоначальный смысл композиций, поскольку они существовали в доклассовом обществе, заключается во всех случаях только в возмещении реального ущерба в натуре. Совершенно неправильно приписывать доклассовому обществу *выкуп преступлений* путем уплаты имущественного эквивалента (см., напр.: Уголовное право. Т. I. М., 1943. С. 10), т. е. предполагать⁹⁸ наличие в доклассовом обществе эквивалентов не только имущественных, но и неимущественных ценностей

⁹⁸ Слово «предполагать» в оригинале — рукописная вставка сверху машинописной строки.

(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 и возмещении расходов по погребению и поминкам. Точно так же анализ развития штрафов за кражу (тогуза) доказывает, что самая идея имущественного штрафа за кражу возникла из обязанности вернуть присвоенный себе каким-либо образом чужой скот с приплодом⁹⁹. 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.

Телесные наказания к неимущим применялись так же широко, как имущественные взыскания в отношении неимущих. Они стали применяться не ранее XVIII в. Утверждение 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 самостоятельно 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 ее, так что, в конце концов, посягательство

⁹⁹ В оригинале явная опечатка: «чужой скот и приплодом».

на собственность чужеродцев и тем более иноплеменников не только не преследуется, но даже одобряется 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, как, например, институт «дозволенной кражи» между близкими родственниками. Ослаблению борьбы с кражей способствует и то обстоятельство, что кража еще не вполне отдифференцировалась от всякого незаконного владения.

Непонимание этих особенностей патриархально-феодальных частно-собственнических отношений и шовинизм чиновных русских авторов породили в дореволюционной литературе ложное мнение о мнимой «склонности казахов к воровству», о снисходительном к нему отношении и о незащищенности частной собственности.

10. Грабеж и разбой не влекут за собою повышенных, в сравнении с кражей, санкций. Объясняется это тем, что грабеж и разбой не отличаются четко 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. Этот способ определения наказания древнее известного Русской Правде и западно-европейским Правдам. Он вырабатывался в борьбе с кражами скота как некогда основным и единственным видом кражи. Дальнейшее развитие кратного штрафа заключается в том, что он сохраняется лишь для мелких хищений скота и не применяется при крупных хищениях. Смысл такой системы наказаний за кражу нужно видеть в потворстве крупным хищникам, в рядах которых преобладали представители казахской феодальной знати. 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 как однородное преступление. В то время как при определении наказания за тяжкие телесные повреждения исходят из того, что они являются «частичным убийством», и взыскивают поэтому доли куна, наказания за легкие телесные повреждения представляют собою твердо 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 установить, что наказуемость словесного оскорбления вообще вытекает из наказуемости клеветы.

14. Внебрачная половая близость, прелюбодеяние, изнасилование и похищение женщины трактуется в казахском обычном праве как *однородные преступления* и притом наиболее близкие к преступлениям против собственности, а не к преступлениям против личности, ибо во всех этих случаях защищаются 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 соответствуют отсутствие в казахском обычном праве постановлений о государственных преступлениях и незначительное место преступлений против порядка управления.

8. Примечания к главе VII¹⁰⁰

1. Гродеков. С. 141; Маковецкий. С. 59; Словохотов. С. 105 и сл.
2. Богораз-Тан В. Г. Чукчи. Ч. 1. Л., 1934. С. 179.
3. Brunner. I. S. 211.
4. Владимирский-Буданов. Обзор истории русского права. 7-е изд. С. 336.
5. Маковецкий. С. 59.
6. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 57.
7. Гродеков. С. 141; Словохотов. С. 105.
8. См. гл. V разд. I.
9. Материалы. IV. С. 215.
10. Mayer S. Указ. соч. S. 152, 163, 165. — См. также многочисленные примеры привлечения к уголовной ответственности животных и неодушевленных предметов в учебнике «Уголовное право» (Под ред. И. Т. Голякова. М., 1943. Т. I. С. 126–127).
11. Уголовное право. Т. I. С. 126–127.
12. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 278.
13. Самоквасов. Ст. 185–187.
14. Баллюзек. С. 145–146.
15. Гродеков. С. 156–157.
16. Отечественные записки. Самоквасов, Баллюзек. Там же.
17. По Маковецкому (С. 60), казахское право отличает деяния умышленные — «по наваждению шайтана и по внушению страстей», от неосторожных — «ошибки» и от случайных — «по божьей воле». Но эта

¹⁰⁰ В диссертации начинается на с. 1182.

- классификация никем более не упоминаемая, не нашедшая никакого отражения в источниках, очевидно, не имеет почвы в казахском адате, связана с шариатом относится к концу XIX в.
18. *Самоквасов*. С. 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.
 19. Этнографическое обозрение. 1897. № 4. С. 17.
 20. *Mayer S.* Указ. соч. С. 38–39; *Brunner*. I. С. 216.
 21. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Л. 9 об.
 22. *Баллюзек*. С. 136.
 23. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 65.
 24. *Гродеков*. С. 163, 156; *Маковецкий*. С. 60, 65; *Загряжский*. С. 162. § 3.
 25. *Котляревский А.* Древности юридического быта балтийских славян. Прага, 1874. С. 69.
 26. *Маковецкий*. С. 63, 64–65; Отечественные записки. 1830. Ч. 48. С. 263–264.
 27. *Brunner*. II. S. 813–816. — По постановлению кайтагского уцмия Рустема за сокрытие трупа убийца платил семикратный против обычного штрафа (Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. I. 1868. С. 80–88).
 28. *Владимирский-Буданов*. Обзор. 7-е изд. С. 319.
 29. *Маковецкий*. С. 64–65; *Гродеков*. С. 143–144.
 30. *Баллюзек*. С. 116.
 31. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 57 об.; *Гродеков*. С. 143. «Правда Альфреда». Памятник англосаксонского права возлагал на отца ответственность за преступление немых или глухих от рождения, так как они «не в состоянии ни отвергать, ни признавать».
 32. *Маковецкий*. С. 65.
 33. Истарх. КазССР. Там же. Л. 54.
 34. *Гродеков*. С. 43.
 35. Из показаний Айдары Сафарова. 12 ноября 1764 г. // ЦГАДА. Ф. 122. К. 45. № 14. 1762–1765. Л. 158–159.
 36. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170 и сл.: «Над рабами владельцы имеют неограниченное право жизни и смерти. Жалоба раба на господина нигде не приемлется». Само собою разумеется, что раб, совершивший преступление, не оставался безнаказанным и мог быть убит потерпевшим, который в этом случае рисковал лишь уплатить его стоимость, равную стоимости охотничьей собаки или беркута. «За убитую охотничью собаку или беркута хозяин может требовать невольника или невольницу» (Там же).
 37. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 66–66 об.
 38. *Гродеков*. С. 143.
 39. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 57 об.; *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170 и сл.: Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 269; *Красовский*. Материалы. Ч. III. С. 91.

40. *Владимирцов*. Общественный строй монголов. С. 51–52.
41. Материалы. Т. II. С. 347.
42. *Гродеков*. С. 143–144.
43. *Гродеков*. С. 234; *Словохотов*. С. 131.
44. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50.
45. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129 и сл.
46. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1845–46. Л. 57 об, 59, 70, 127 об., 191 об.
47. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170 и сл.
48. *Ковалевский М.* Родовой быт. Вып. I. С. 72.
49. *Гродеков*. С. 230.
50. *Красовский*. Материалы. Ч. III. С. 95.
51. *Гродеков*. С. 235.
52. *Баллюзек*. С. 118. — См. совершенно тождественный институт «отречения от родства» в постановлениях кайтагского уцмия Рустема (Сборник сведений о кавказских горцах). Вып. I. 1868. С. 80–88. — Ср. также с близким институтом «Салической Правды». С. 58 и 60).
53. *Гродеков*. С. 244.
54. Материалы. Т. II. С. 302.
55. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1845–1846. Л. 57 об., 135 и 140 об.
56. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 266; *Самоквасов*. С. 7.
57. *Radloff W.* Aus Sibirien. B. I. S. 524.
58. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 268; *Самоквасов*. § 9.
59. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. Л. 21.
60. *Казанцев И.* Описание киргиз-кайсака. СПб., 1867. С. 39.
61. *Гродеков*. С. 236.
62. *Самоквасов*. С. 91.
63. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 58 и III об.
64. *Маковецкий*. С. 66.
65. *Гродеков*. С. 152–153.
66. Русская Правда. Ак. ст. 8. Кар. ст. 20.
67. *Владимирский-Буданов*. Обзор. С. 317.
68. *Маковецкий*. С. 61–62, 66.
69. *Brunner*. I. S. 213. II. S. 732 и сл.; *Mayer S.* Указ. соч. S. 157. — 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 совершенно не приходится.
70. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 267; *Самоквасов*. С. 84.
71. Оно гласит: § 1. Если кто, находясь в собрании 5 человек будет кем-нибудь 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 скопцем, и если на нем окажется 3 или более ран, то 3-е из этого скопца, против которых окажутся улики, по одиночке должны отвечать за убийство; следующие 3-е платят... 30 солидов а последние 3-е из этого скопца... 15 солидов».
72. *Маковецкий*. С. 64.
73. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 58 и 70 об.
74. *Баллюзек*. С. 114; *Маковецкий*. С. 66; *Загряжский*. С. 166. § 29 и 37; *Гродеков*. С. 144–145 и 226.
75. *Brunner*. II. S. 742. и сл.
76. *Mayer S.* Указ. соч. S. 169; *Brunner*. II. S. 741.
77. Уголовное право. Общая часть. 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.
78. Красный Архив. 1938. № 2(87). С. 154.
79. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. I. С. 357.
80. ЦГИАЛ. Ф. 1. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. № 28. 1821. Л. 19.
81. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 57 об., 58, 58 об.
82. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 284.
83. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–1846. Л. 33, 58–58 об., 77.
84. *Гродеков*. С. 143.
85. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Л. II об. 33, 57 об., 58 об., 59, 76 и 77.
86. *Вяткин М. П.* Очерки по истории Казахской ССР. С. 300–301.
87. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 63.
88. *Красовский*. Материалы для географии и статистики России. Область Сибирских киргизов. СПб., 1868. Ч. III. С. 82.
89. *Гродеков*. С. 196.
90. Там же.
91. 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».
92. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 140 об.
93. *Баллюзек*. С. 60 и 142.
94. *Гродеков*. С. 226.
95. *Иакинф*. Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии. Т. I. Ч. II. С. 269.
96. Сборник материалов, относящихся к истории Золотой Орды / В. Тизенгаузен. Т. 1884. С. 282–283.
97. *Марко Поло*. Путешествие. Л., 1940. С. 65. — Распространенность 9-кратного штрафа за кражу у монгольских и тюркских племен Средней Азии, быть может, объясняет и то широкое применение 9-кратного штрафа в европейских варварских Пrawdах, которое отмечает *Brunner*

- (Т. I. С. 832–833). Эта санкция могла быть занесена приникшими в Европу в большом количестве тюркскими племенами.
98. *Леонтович*. Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий. Одесса, 1879. С. 71, 93. — См. также: *Голстунский*. Монголо-ойратские законы 1640 г. СПб., 1880.
99. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170. и сл. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129.
100. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51.
101. Истарх. КазССР. Ф. 374. Оп. 3. Св. 6-а. Д. 28. 1843–44. Л. 216 об.
102. ЦГИАЛ. Ф. 1. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. № 28. 1821. Л. 19: «за каждую вещь с виновного взыскать тридесят (тридевять. — *С. Ф.*) разным скотом то есть 27, в числе коего взыска один верблюд, или одна кольчуга».
103. Там же. Л. 19 об.
104. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 58 об. и 142.
105. *Баллюзек*. С. 62 и 117; *Маковецкий*. С. 80; *Гродеков*. С. 227.
106. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 277.
107. *Гейнс А.* Собрание литературных трудов. СПб., 1897. Т. I. С. 242 и сл.
108. Уголовное право: Общая часть. М., 1943. С. 10.
109. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 180.
110. ЦГАДА. Ф. 122. В. 60 № 1. 1774. Л. II об.
111. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 12 и 19 об.
112. *Самоквасов*. С. 70.
113. *Зиббер*. Очерки первобытной экономической культуры. М., 1883. С. 438–439.
114. Отечественные записки. Ч. 42. С. 79.
115. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. I. Св. 227. Д. № 2622. Л. 970.
116. Истарх. КазССР. Ф. 373. Оп. 3. Св. 6-а. Д. 28. 1843–1844. Л. 553.
117. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 54.
118. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170; *Гавердовский* (рукопись). Л. 50 об.–51; ЦГИАЛ. Ф. 1. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. 28. 1821. Л. 19–20.
119. *Deguignes M.* Histoire generale des Huns, du Turcs... Paris, 1756. Т. I. Ч. II. С. 14.
120. *Иакинф*. Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии. Т. I. Ч. II. С. 269; *Грум-Гржимайло*. Западная Монголия и Урянхайский край. Т. II. С. 213.
121. *Плано Карпини*. История Монголов. СПб., 1911. С. 15, 27; *Вильгельм де Рубрук*. Путешествие в восточные страны. С. 79.
122. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129 и сл.
123. *Radloff W.* Aus Sibirien. Т. I. S. 523.
124. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 284.
125. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 87–88; *Самоквасов*. С. 67.
126. *Vrinner*. I. S. 228; *Тацит*. Германия. Гл. 21.
127. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 263.
128. *Radloff W.* Aus Sibirien. Т. I. S. 524.
129. *Маковецкий*. С. 70.

130. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 183.
131. *Словохотов*. С. 125.
132. Там же.
133. *Маковецкий*. С. 70; *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 88.
134. *Красовский*. Материалы для географии и статистики России. Область Сибирских киргизов. Ч. III. СПб., 1868. С. 82.
135. *Козин С.* Сокровенное сказание. М.; Л., 1941. § 201.
136. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 183.
137. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 12.
138. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 284.
139. ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 61.
140. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 183.
141. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. Л. 58–58 об.
142. Там же. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 70.
143. *Маковецкий*. С. 70.
144. *Гродеков*. С. 246.
145. Что членовредительные наказание не применялись и в порядке талиона, показывается ниже при рассмотрении телесных повреждений.
146. ЛОИИ. Ф. 267. № 4–7. Подл. ООА. Ф. Оренб. губ. правл. Св. 21. № 101. 1777. Л. 285.
147. Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. I. Св. 242. Д. 2755. Л. 221–221 об.
148. Там же. Д. 2757. 1845. Л. 163 об. (подчеркнуто мною. — *С. Ф.*).
149. Записки ИРГО по отд. этногр. Ч. I. 1867; *Галкин М.* Этнографические материалы по Средней Азии и Оренбургскому краю. С. 29.
150. *Гурлянд Я.* Степное законодательство с древнейших времен по XVII столетие // Изв. Об-ва археологии, истории и этнографии при Казанском университете. Т. XX. Вып. 4 и 5. 1904. С. 55.
151. Сборник «В. В. Бартольд — туркестанские друзья и почитатели». Ташкент, 1927; *Диваев А. А.* Казахские пословицы. С. 333.
152. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438. Л. 12.
153. Показания Узбека Бурсукова в Астраханской Губернской канцелярии 17.1.1774 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 60. Св. 503. 1774. № 8. Л. 32 и донесение Нуралы Екатерине II от 15.V.1774 // ЦГАДА. Ф. 122. К. 60 № 1. 1774. Л. II об.
154. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 271.
155. *Самоквасов*. С. 46, 113 и 168.
156. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 59 об. 135 об.
157. Там же. Л. 59 об., 142 об.
158. *Маковецкий*. С. 71.
159. *Баллюзек*. С. 167.
160. *Чокан Валиханов*. Соч. С. 164.
161. *Загряжский*. С. 163. § 9. Примечание.
162. *Крафт И. И.* Из киргизской старины. Оренбург, 1900. С. 92.
163. *Гродеков*. С. 246; *Словохотов*. С. 138.
164. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 130 и 59 об, 112.

165. Там же. Л. 130.
166. *Маковецкий*. С. 71; *Гродеков*. С. 167.
167. *Козин С. И.* Сокровенное сказание. М.; Л., 1941. § 81.
168. Журнал Тевкелева 20 октября 1731 г. // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 27 об.; Истарх. КазССР. Ф. 4. Оп. I. Св. 242. Д. 2757. 1845. Л. 221–221 об.
169. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 59, 130 об.
170. *Крафт И. И.* Судебная часть в Туркестанском крае и степных областях. Оренбург, 1898. С. 20; *Маковецкий*. С. 72; Известия о-ва археологии истории и этнографии при Казанском Университете. Т. XIX. С. 577.
171. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 279. 1846. Л. 69 об.
172. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170 и сл.; *Гродеков*. С. 247.
173. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 274.
174. *Красовский*. Материалы для географии и статистики России. Область Сибирских киргизов. Ч. III. СПб., 1868. С. 81.
175. *Radloff W.* Aus Sibirien. 1884. В. I. S. 407.
176. *Рычков П. И.* Топография Оренбургской губернии. Оренбург, 1887. С. 100.
177. *Георги*. II. С. 129.
178. Истарх. КазССР. Ф. 4. Д. 2794. 1846. Л. 128 об.
179. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. СПб., 1897. Т. I. С. 70.
180. Вопросы управления хозяйства, суда и народного образования в Тургайской области. Оренбург, 1894. С. 68.
181. *Гродеков Н. И.* Киргизы и кара-киргизы Сыр-Дарьинской области. Ташкент, 1889. С. 162.
182. *Абай Кунанбаев*. Избранные. М., 1945. С. 272–273.
183. *Витевский В. Н.* И. И. Неплюев и Оренбургский край в прежнем его составе до 1758 г. Казань, 1889. С. 751–752.
184. *Radloff W.* Aus Sibirien. S. 408, 509.
185. *Deguignes M.* Histoire generale des Huns, des Turcs et des Mogols et des autres Tartares Occidentaus. P. 1756, 15.
186. *Плано Карпини*. История Монголов. СПб., 1911. С. 12–13.
187. *Маковецкий*. С. 80; *Баллюзек*. С. 115.
188. Труды ВОРАО. Ч. IV. Вып. I. С. 237.
189. Журнал Тевкелева // ЦГАДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 8–137 об.
190. *Богораз-Тан В. Г.* Чукчи. Т. I. Л., 1934. С. 116.
191. *Маковецкий*. С. 81 и 64–65.
192. *Гродеков*. С. 144.
193. *Максимов Н.* Народный суд у киргизов // Журнал Юридического общества при СПб университете. 1897. Кн. 7. С. 74.
194. *Баллюзек*. С. 123.
195. *Гродеков*. С. 160–161; *Маковецкий*. С. 79.
196. *Покровский И.* История римского права. С. 234.
197. *Vgиптер*. I. S. 212. Прим. 8. II. S. 825.
198. *Терентьев М. А.* История завоевания Средней Азии. СПб., 1906. Т. III. С. 2. — А. Ломакин (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 ремесленника, вытекающий из гораздо более конкретных данных Терентьева.
199. Ломакин А. Обычное право туркмен. С. 95.
 200. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 128 об.
 201. Гродеков. С. 168.
 202. Миллер А. Из поездки по Абхазии в 1907 г. (Материалы по этнографии России. Т. I. СПб, 1910. С. 70–71).
 203. Баллюзек. С. 114.
 204. Там же. С. 112; Гродеков. С. 162–163.
 205. Маковецкий. С. 63.
 206. Гродеков. С. 159.
 207. Левшин. Ч. III. С. 170 и сл.
 208. Броневский. С. 275 ст. 47.
 209. Самоквасов. С. 132.
 210. Броневский. С. 275 ст. 46.
 211. Броневский. С. 269 ст. 35.
 212. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 129.
 213. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–1846. Л. 22 об. — Это сообщение, впрочем, не вполне правдоподобно, потому что Биглов рядом с грабежом упоминает и о наказании тем же легким штрафом за изнасилование. Между тем изнасилование в XIX в. карается гораздо строже — тогузами.
 214. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 70.
 215. Маковецкий. С. 79. — Маковецкий, вопреки утверждению Гродекова, приведенному выше, сообщает, что у казахов грабитель — «берущий силой» («зорлук») отличается от вора («уру»).
 216. Brunner. II. S. 838–839.
 217. Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. I; Комаров А. Адагы и судопроизводство по ним. С. 59.
 218. Баллюзек-Сейдалин. С. 123.
 219. Tauchnitz. Германия. XIV. — Интересно, что Grimm (Deutsche Rechtsalterthümer. 2 1899. S. 192–193) первоначальное происхождение слова Raub — грабеж производит от слова «одежда» (французское robe). Сравн. с этим определение у казахов грабежа как «отобрание платья и лошади под путником».
 220. Quivero praedarinesciat, hebes et inglorius est. (цит. у Гримма. Указ. соч. выше, там же).
 221. Гавердовский (рукопись). Л. 72 об.
 222. См. стр....¹⁰¹

¹⁰¹ Номер страницы в оригинале не указан.

223. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Ком-т. Оп. 54. Д. № 28. 1824. Л. 22 об.
224. *Гавердовский* (рукопись). Л. 73 (выделено мною. — С. Ф.).
225. Там же. Л. 75. — В тексте «не берегут», очевидно, ошибочно вместо «не берут».
226. *Владимирский-Буданов*. Обзор истории русского права. 1915. С. 353 и 359.
227. Исторический архив. Т. I. 1936. С. 232–233.
228. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Т. II. С. 643 и сл.
229. *Харузин А.* Киргизы Букеевской орды. С. 210.
230. *Красовский*. Ч. II. С. 92.
231. *Маковецкий*. С. 80; *Баллюзек-Сейдалин*. С. 115.
232. *Гавердовский* (рукопись). Л. 27.
233. *Гродеков*. С. 232.
234. Текст записи 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).
235. *Левшин*. Ч. III. С. 170. и сл.
236. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129 и сл.
237. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51.
238. *Баллюзек*. С. 120, 122.
239. С подобным выделением кражи скота в категорию особо опасных и потому особо сурово наказуемых краж мы встречаемся во многих обществах, у которых скот был основой богатства господствующего класса. Так, по указанию Гримма, в древнейшее время кража скота и кража хлеба у германцев считались самыми важными и самыми позорными (Grimm Deutsche Rechtsalterthümer. Т. II. 1899. S. 195). Это вполне соответствует тому, что древние германцы были народом не только скотоводов, но и земледельцев. У баваров кража золота, серебра и скота относилась к числу краж, влекущих за собой смертную казнь. У некоторых северных германских племен хотя и определена была граница «большой кражи» стоимостью похищенного не менее чем полмарки, но кража скота и хлеба относилась к большой краже, независимо от стоимости украденного (Brunner. Т. II. S. 829–830).
240. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129 и сл.
241. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–1846. Л. 22.
242. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 70.
243. Истарх. КазССР. Ф. 25. Оп I. Св. 187. Д. № 1822. 1868–1869. Л. 2.
244. *Маковецкий*. С. 67–68.
245. *Добросмыслов А.* Суд у киргизов Тургайской области в XVIII и XIX вв. Казань, 1904. С. 10–11.
246. *Гродеков*. С. 162.
247. *Красовский*. Ч. III. С. 92.
248. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 70.

249. Там же. Л. 69 об.
 250. *Самоквасов*. Ст. 135.
 251. *Костенко Л.* Средняя Азия и водворение в ней русской гражданственности. СПб., 1871. С. 41.
 252. *Vrunner*. П. S. 828.
 253. *Баллюзек*. С. 116, 119.
 254. *Загряжский*. С. 180. § 101 и 102.
 255. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Л. 2794. 1846. Л. 70 и 149.
 256. *Гродеков*. С. 169.
 257. Там же.
 258. *Баллюзек*. С. 121.
 259. *Иакинф*. Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии. Т. I. Ч. II. С. 269.
 260. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 70 об. — На более суровое наказание за кражу *стреноженной* лошади указывает и Загряжский. С. 181. § 112.
 261. *Radloff W.* Aus Sibirien. S. 523.
 262. *Чулошников А.* Очерки. С. 205.
 263. *Вяткин М.* Очерки. С. 117, 118.
 264. *Юшков С. В.* История государства и права СССР. М., 1940. С. 412.
 265. *Георги*. Ч. II. С. 126.
 266. Herrn Nicolaus Rytschkow. Kaiserlichen russischen Kapitains Tagebuch über seine Reise nach verschiedene Provinzen des russischen Reichs in den Jahren. 1769, 1770 und 1771 Riga 1774. S. 346 (перевод с русского; пользоваться русским изданием я, к сожалению, не имел возможности. — *С. Ф.*).
 267. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 275 и сл.
 268. Сведения о смертной казни за воровство, сообщаемые Гродековым и приведенные ниже, относятся к предшествующему периоду.
 269. *Левшин*. Ч. III. С. 170.
 270. Например, судебник Мхитаря Гоша начинается утверждением, что все вообще воры заслуживают смертную казнь, но в дальнейшем устанавливает 4- и 5-кратный штраф за кражу скота, если это не кража хозяйского скота пастухом.
 271. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129 и сл.
 272. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51.
 273. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Ком-т. Оп. 54. Д. 28. 1821. Л. 19. — Принадлежность этой записи Путинцеву и датирование ее 1809 г. определяются на основании материалов «Сведений о народах, смежных с Сибирской линией» (Там же. Ф. 1264. Оп. 54. Д. № 30 Л. I). Это, очевидно, тот же Путинцев, который принимал участие в работе комитета по киргизским законам в 1824 г. (см.: *Самоквасов*. С. 245).
 274. *Самоквасов*. Ст. 136.
 275. Истарх. КазССР. Ф. 4. Д. № 2794. Св. 247. 1846. Л. 70 об. и 149 об.; Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Л. 22, 22 об.

276. *Мейер Л.* Материалы для географии и статистики России. Киргизская степь Оренбургского ведомства. СПб., 1865. С. 65.
277. Материалы. IV. С. 362.
278. *Гродеков.* 248. — Почти равносильным 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 Гродековым обычай передавать дом вора-рецидивиста «поток и разграблению» (С. 247).
279. Журнал Тевкелева. Запись 20 октября 1731 г. // ЦГДА. Ф. 122. № 1. 1733. Л. 27 об.
280. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. № 2794. 1846. Л. 70.
281. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. № 798. 1845–46. Л. 58–58 об., 77.
282. *Гродеков.* С. 245.
283. *Маковецкий.* С. 80; *Баллюзек-Сейдалин.* С. 62 и 117; *Загряжский.* С. 180; *Гродеков.* С. 225 и сл.
284. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 58 и 58 об.
285. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Л. 26 об.
286. *Гродеков.* С. 170.
287. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 70, 112, 135 об.
288. *Баллюзек.* С. 118.
289. *Словохотов.* С. 111 и 134.
290. *Самоквасов.* ст. 136; *Гродеков.* С. 162, 170.
291. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51.
292. Труды ВОРАО. Т. VIII. С. 435; *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. V. С. 220.
293. *Deguignes.* Т. I. Ч. II. С. 14.
294. *Иакинф.* Там же. Т. I. Ч. II. С. 269.
295. Сборник материалов, относящихся к истории Золотой Орды (*Тизенгаузен В. Т. I.* 1884. С. 282–283; *Леонтович Ф.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий. Одесса, 1879. С. 194).
296. *Плано Карпини.* История монголов. 1911. С. 15.
297. *Вильгельм де Рубрук.* Путешествие в восточные страны. СПб., 1911. С. 79.
298. *Марко Поло.* Путешествие. 1940. С. 65.
299. *Рубрук.* С. 79; *Марко Поло.* С. 65.
300. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 83.
301. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 149.
302. Материалы. IV. С. 215.
303. *Коран.* V. 4.
304. *Харузин А.* Киргизы Букеевской орды. С. 97.
305. *Гродеков.* С. 234.
306. *Харузин А.* Киргизы Букеевской орды. С. 210.
307. *Гродеков.* С. 142.
308. *Маковецкий.* С. 76.

309. *Маковецкий*. С. 72.
310. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129.
311. *Леонтович Ф. И.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий (Цааджин-Бичик). Одесса, 1879. С. 245.
312. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 284.
313. *Георги*. Ч. II. СПб., 1799. С. 125.
314. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50 об.
315. *Штлевский С.* Союз родственной защиты у древних германцев и славян. Казань, 1866. С. 73.
316. *Баллюзек*. С. 131.
317. Журнал Тевкелева. 1732–1733. Л. 73. ЦГАДА. Ф. 122. № 1–1733. Л. 73.
318. *Баллюзек*. С. 128.
319. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 88.
320. Известия О-ва археологии, истории и этнографии при Казанском Университете. Т. XX. Прилож. С. 801.
321. Труды ВОРАО. Т. VI. 1858. С. 168 и 179.
322. *Галсан Гомбоев*. О древних монгольских обычаях // Труды ВОРАО. Ч. IV. Вып. I. С. 237.
323. Труды по востоковедению Лазаревского института. Вып. XII. 1903. Дози-Крымский. История мусульманства. С. 61.
324. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. Л. 10.
325. *Изразцов*. Обычное право киргиз Семиреченской области // Этнографическое обозрение. 1897. № 4. С. 17.
326. *Виттнер*. В. I. S. 249.
327. *Гродеков*. С. 142.
328. Сборник сведений о кавказских горах. Вып. I. 1868. С. 80–88.
329. *Баллюзек*. С. 128 и сл.
330. *Красовский*. Ч. III. С. 95.
331. *Гавердовский* (рукопись). Л. 73, 73 об.
332. См., напр.: *Вяткин М. П.* Очерки. С. 118; История Казахской ССР с древнейших времен. 1943. С. 116; *Юшков С. В.* История государства и права СССР. С. 411.
333. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170.
334. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129.
335. Материалы. Т. II. С. 245.
336. Herrn Nicolaus Rytchskow... Tagebuch 1774. S. 344.
337. *Георги*. II. С. 135.
338. ЦГИАЛ. Ф. I. Сибирский Ком-т. Оп. 54. Д. № 28. 1821. Л. 19.; Записки Броневского и киргиз-кайсаках Средней Орды // Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 263.
339. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50 об.
340. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 62 об.
341. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–1846. Л. 20 и 27.

342. *Гродеков*. 238. — У Гродекова указаны «лошадь убитого», но это очевидная ошибка, ибо лошадь убитого не может быть в составе куна, уплачиваемого убийцей. У Баллюэка указана лошадь *убийцы*, и это, очевидно, правильно.
343. *Кисляков Н.* Следы первобытного коммунизма у горных таджиков; *Вахио-Боло*. С. 38; *Иакинф*. Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии. Т. I. Ч. II. С. 269.
344. *Ковалевский М.* Родовой быт. Вып. I. С. 171.
345. *Гинс Г.* В киргизских аулах // Исторический Вестник. Т. 134. 1913. С. 311. — В XIX в. размеры куна быстро уменьшаются также вследствие преследования убийства по уголовным законам царской России. Хотя царское законодательство, преследуя убийство 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. 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 даже только к ссылке (см. рапорт поручика Аитова от 26.II.1846 // Истарх. КазССР. Ф. 4. Д. 2798. л.). Они считали поэтому, 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. 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 17 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.
346. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170.
347. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 263.
348. *Самоквасов*. Ст. ст. 67 и 68.
349. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Комит. Оп. 54. Д. № 28. 1821. Л. 19.
350. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–1846. Л. 9.
351. *Баллюэк*. С. 133; *Словохотов*. С. 127.

352. *Гродеков*. С. 235 и 237.
353. *Словохотов*. С. 128.
354. *Самоквасов*. Ст. 70.
355. Из сказки Матвея Арапова 24 сентября 1749 г. // ЛОИИ. Ф. 267. № 2.¹⁰²
356. Этнографическое обозрение. 1897. № 4. С. 11.
357. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–1846. Л. 20 об.
358. *Гродеков*. С. 233–234.
359. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Л. 21.
360. *Вяткин М. П.* Очерки. С. 300–301.
361. Там же.
362. Истарх. КазССР. Ф. 5. Оп. I. Св. 84. Д. 1265. 1866–70. Л. 8 об. и 36.
363. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 172.
364. *Красовский*. Ч. III. С. 90; Отечественные записки. 1830. Ч. 41. С. 263.
365. *Brunner*. В. I. S. 215.
366. *Словохотов*. С. 130.
367. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 62 об.
368. *Баллюзек*. С. 136.
369. *Георги*. Ч. II. 1799. С. 125.
370. *Левшин*. Ч. III. С. 170.
371. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. 28. 1821. Л. 19.
372. *Nicolaus Rytschkow*... Tagebuch. 1774. S. 345.
373. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 269.
374. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 248. Д. 2798. 1845–46. Лл. 10 и 10 об.
375. Кроме приведенных уже см. также: *Маковецкий*. С. 76; *Баллюзек*. С. 135 и др.
376. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 62 об.
377. *Brunner*. II. S. 300 и 822–823.
378. *Левшин*. Ч. III. С. 170.
379. Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129.
380. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51.
381. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 269.
382. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. 28. 1821. Л. 19 об.
383. *Günther L.* Die Idee der Wirdervergeltung. 1889. S. 186–187; *Grimm J.* Deutsche Rechtsalterthümer. В. II. 1889. S. 210–211; *Brunner*. II. S. 768.
384. *Grimm J.* Deutsche Rechtsalterthümer. В. II. 1889. S. 54–44.
385. *Grimm J.* Deutsche Rechtsalterthümer. В. II. 1889. S. 76.
386. Коран. II. 175 и V. 49.
387. Хидая. Комментарии мусульманского права. Т. I. 1893. С. 65.
388. *Покровский И. А.* История римского права. С. 292.

¹⁰² В оригинале примечание № 355 — рукописная вставка вместо зачеркнутой машинописной ссылки на архив.

389. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 270; *Самоквасов*. Ст. 10. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 63 и 113; *Radloff W.* Aus Sibirien. 1884. В. I. S. 524.
390. *Баллюзек*. С. 135. — Также и по Маковецкому. С. 77.
391. *Гродеков*. С. 147, 151, 243, 244.
392. Судебник Хаммурапи. Ст. ст. 203 и 209.
393. *Günther L.* Die Idee der Wirdervergeltung. 1889. S. 57.
394. *Маковецкий*. С. 76; *Баллюзек*. С. 135.
395. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. 28. 1821. Л. 19 об.
396. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170 и сл.
397. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 264.
398. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 60 об., 129, 129 об.
399. *Баллюзек*. С. 141, 142.
400. *Гродеков*. С. 10.
401. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170 и сл.
402. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 264.
403. *Маковецкий*. С. 77.
404. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 63 об., 129 об.
405. *Штилевский С.* Союз родственной защиты у древних германцев и славян. Казань, 1866. С. 38.
406. *Струве В. В.* Хрестоматія з стародавньої історії. Т. II. С. 27.
407. Коран. Гл. 49. Ст. 11; *Гольдциер И.* Арабские племенные отношения и ислам // Труды по востоковедению Лазаревского института. Вып. XII. 1903. Ч. II. С. 112.
408. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 177; То же. *Гавердовский* (рукопись). Л. 51.
409. *Самоквасов*. ст. 70.
410. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170.
411. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 264.
412. *Самоквасов*. ст. 72.
413. *Баллюзек*. С. 141.
414. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 60 об., 63 об., 129 об.
415. *Маковецкий*. С. 77.
416. *Vrinner*. II. S. 865–866.
417. Там же. II. S. 867.
418. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 282–283.
419. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 60 об., 148–148 об.
420. *Mayer S.* Geschichte der Strafrechte. S. 497–498.
421. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 270–271; *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170 и сл.
422. *Баллюзек*. С. 142.
423. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 61.
424. Там же.
425. Там же. Л. 63 об.
426. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 265–266.

427. *Самоквасов*. Ст. 74–76.
428. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 63 об. и 148.
429. *Баллюзек*. С. 142.
430. *Гродеков*. С. 95.
431. *Леонтович Ф. И.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий (Цааджин-Бичик). Одесса, 1879. С. 204 (перевод текста Палласа и мой. — *С. Ф.*).
432. См. главу «Право собственности».
433. *Баллюзек*. С. 95, 82, 83.
434. *Маковецкий*. С. 78.
435. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 61 об. 62, 148 об.
436. *Mayer S.* Geschichte der Strafrechte. 1876. S. 446–447; *Brunner*. II. S. 620.
437. *Mayer S.* Geschichte der Strafrechte. 1876. S. 483.
438. Заявив претензию, жених может получить половину калыма обратно либо штраф с тестя (*Гродеков*. С. 55, 68).
439. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Ком-т. Оп. 54. Д. 28. 1821. Л. 19 об. — Последние слова «как за убитого куна» подчеркивают, что «блудодей» может быть убит безнаказанно, и, следовательно, в случае убийства его жениху нельзя отказать во «взыске двух девок» под предлогом зачета встречного требования куна за убитого.
440. Там же. Л. 20.
441. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 61 об.
442. *Баллюзек*. С. 82–83.
443. *Маковецкий*. С. 78.
444. *Гродеков*. С. 55, 68. 154–155.
445. *Лисий*. Речи. Academia. 1933. С. 33.
446. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. XVI. Ч. I. С. 47, 49, 59.
447. *Гавердовский* (рукопись). Л. 89 об.
448. ЦГИАЛ. Ф. I. Сиб. Ком. Оп. 54. Д. 28. 1821. Л. 20.
449. *Brunner*. I. S. 127. II. S. 855.
450. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50.
451. Влияние шариата на нормы казахского права, относящиеся к прелюбодеянию, 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 (Коран. IV. 19. XXIV. 4. и 13).
452. Коран Магомета / Пер. Казимирского. С. 104 и 328.
453. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 61 об. 62.
454. *Гродеков*. С. 154–155 и 245.
455. *Маковецкий*. С. 94–95.
456. *Тацит*. Германия. Гл. XIX.
457. ...¹⁰³

¹⁰³ Примечание в сохранившемся экземпляре оригинала отсутствует.

458. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 2794. 1846. Л. 148 об.
459. Там же. Л. 61 об.
460. Гродеков. 154.
461. *Маковецкий*. 79.
462. *Mayer S.* Geschichte der Strafrechte. 1876. S. 483–484.
463. *Гавердовский* (рукопись). Л. 50 об.
464. *Маковецкий*. С. 78.
465. *Radloff W.* Aus Sibirien. S. 523. — Уже указывалось, что Радлов ошибочно отрицает установление смертной казни за кражу.
466. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 271 и сл.
467. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 62 и 61.
468. Гродеков. С. 154–155.
469. *Brunner*. II. S. 859; *Mayer S.* Geschichte der Strafrechte. S. 486.
470. *Brunner*. II. S. 863.
471. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 141 об., и 109 об.; *Маковецкий*. С. 68.
472. *Маковецкий*. С. 68; По Гродекову. С. 190. Эта поговорка относится не только к ложному, но и ко всякому вообще доносу, свидетельствуя об отрицательном отношении общества к доносам.
473. Истарх. КазССР. Там же. Л. 59.
474. *Маковецкий*. С. 68.
475. *Загряжский*. С. 170 § 12 и 13.
476. *Mayer S.* Geschichte der Strafrechte. S. 385; *Brunner*. II. S. 871–872; *Владимирский-Буданов*. Обзор истории русского права. 7-е изд. С. 349.
477. См. главу IV.
478. *Красовский*. Ч. III. С. 88. — То же буквально изложение в книжке «О древних союзах киргиз-кайсаков», очевидно, заимствовано у Красовского.
479. *Ломакин А.* Обычное право туркмен (адат). Асхабад, 1897. С. 64 и 80.
480. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 261; *Самоквасов*. Ст. 45.
481. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. Л. 146 об.
482. Там же. Л. 112 об.
483. Там же. Л. 55 об. 58, 111 об.
484. *Загряжский*. С. 169. § 9–11.
485. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 271; *Самоквасов*. Ст. 118.
486. См. главу «Барымта».
487. *Красовский*. Ч. III. С. 94.
488. Гродеков. С. 147. и сл.
489. *Левшин*. Описание. Ч. III. С. 170 и сл.
490. Отечественные записки. 1830. Ч. 43. С. 261–262.
491. *Самоквасов*. Ст. ст. 1–8.
492. *Mayer S.* Geschichte der Strafrechte. S. 402. Прим. 25.
493. *Чокан Валиханов*. Соч. Т. I. С. 164 и сл.
494. Истарх. КазССР. Ф. 4. Св. 247. Д. 2794. 1846. Л. 58.
495. Там же. Л. 147.
496. Там же. Л. 30, 130, 130 об.

СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ В «ПРИМЕЧАНИЯХ»¹⁰⁴

Материалы II (печатается)	Б. 4
Материалы IV	Б. 5
ПСЗ	Б. 9
Brunner. I, II	Г. 22
Вяткин. Очерки	Г. 30
Гейнс. Соч.	Г. 37
Георги	Г. 38
Гродеков	Г. 46
Загряжский	Г. 62
Ибрагимов	Г. 68
Красовский	Г. 89
Левшин. Описание	Г. 95
Леонтьев	Г. 100
Маковецкий	Г. 105
Максимов	Г. 106
Мякутин	Г. 114
Баллюзек	Г. 117
Самоквасов	Г. 141
Словохотов	Г. 144
Чулошников. Очерки	Г. 156

(Буква и цифра означают соответственно раздел и порядковый № в списке источников и литературы)

¹⁰⁴ В диссертации начинается на с. 1211.

ИСТОЧНИКИ И ЛИТЕРАТУРА¹⁰⁵

А

1. Истарх. КазССР. Ф. 4, 5, 25.
2. ЛОИИ. Собр. Воронцовых. № 438, 442, 553, 554, 439.
3. ЛОИИ. № 495. Гавердовский. Обзорение Киргиз-Кайсацкой степи. Ч. II.
4. ЛОИИ. Ф. 267 (копии и переводы документов, извлеченных из разных архивов).
5. ЦГАДА. Ф. 122.
6. ЦГИАЛ. Ф. 1264, 1291.

Б

1. Дополнения к актам исторических собр. и изд. Археографической комиссии. Т. X. СПб., 1867.
2. Из истории Казахстана в XVIII в. // Красный Архив. 1938. № 2(87).
3. Из истории сношений казахов с царской Россией в XVIII в. // Красный Архив. 1936. № 5(78).
4. Материалы по истории Казахской ССР. Т. II (печатается).
5. Материалы по истории Казахской ССР. Т. IV. М.; Л., 1940.
6. Материалы по истории Башкирской АССР. Т. I. 1936.
7. Материалы по истории Узбекской, Таджикской и Туркменской ССР. Ч. I.
8. Памятники сибирской истории XVIII в. Кн. 2. 1713–1724.
9. Полное собрание законов российской империи. Собр. I, II, III.
10. Прошлое Казахстана в источниках и материалах. Алма-Ата; М., 1935.

В

1. *Маркс К.* К критике политической экономии.
2. *Маркс К.* Формы, предшествующие капиталистическому производству. 1940.
3. *Маркс К.* Капитал. Т. III.
4. *Энгельс Ф.* Происхождение семьи, частной собственности и государства.
5. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. IV, IX, XI. Ч. I, XXI.
6. *Ленин В. И.* Государство и революция.
7. *Сталин И. В.* Соч. Т. V.

¹⁰⁵ В диссертации начинается на с. 1212.

Г

1. *Аверкиева Ю. П.* К вопросу о потлаче у индийцев сев-зап. Америки // Крат. сообщ. ин-та этнографии. 1946. № 1.
2. Адагы даргинских обществ: Сб. свед. о кав. горах. Вып. VII.
3. Адагы жителей Кумыкской плоскости: Сб. свед. о кавк. горах. Вып. VI.
4. «Алтан-Тобчи» монгольская летопись // Труды ВОРАО. Ч. VI. 1858.
5. *Аристов Н.* Опыт выяснения этнического состава киргиз-казаков большой орды... // Живая старина. 1894. Вып. III–IV.
6. *Аристов Н. А.* Заметки об этническом составе тюркских племен и народностей // Живая Старина». Вып. III–IV. 1896.
7. *D'Arbois de Jubainville.* Le Jenehus môr // Nouvelle Revue historique de droit français et etrangere. 1884. Т. VIII. N 1.
8. *Бартольд В. В.* Туркестан в эпоху монгольского нашествия. Ч. II. 1910.
9. *Бартольд В. В.* История изучения Востока в Европе и России. Л., 1925.
10. *Бартольд В. В.* Церемониал при дворе узбекских¹⁰⁶ ханов в XVII в. // Зап. РГО по отд. этнографии. Т. XXXIV. СПб., 1909.
11. *Бартольд В. В.* Улугбек и его время. Пг., 1918.
12. *Бекмаханов Е.* К вопросу о массовости восстания Кенесары // Изв. КазФАН. Сер. истор. Вып. 2. 1946.
13. *Березин.* Очерк внутреннего устройства улуса Джучиева // Труды ВОРАО. Т. VIII.
14. *Бернитам А.* Социально-экономический строй орхоно-енисейских тюрок VI–VIII в. 1946.
15. *Богшиич В.* О несложной сельской семье у сербов и хорватов // ЖМНП. 1885. Ч. 237.
16. *Богораз-Тан В. Г.* Чукчи. Ч. I. Л., 1934.
17. *Богораз-Тан В. Г.* Социальный строй американских эскимосов // 50 лет работы Энгельса «Происхождение семьи»: Сб.
18. (*Большой С.*) Записки доктора Саввы Большого о приключениях его в плену у киргиз-кайсаков в 1803–1804 г. // Сын отечества. 1822. № 14.
19. *Броневский С.* Новейшие географические и исторические известия о Кавказе. Ч. II. М., 1823.
20. *Броневский.* О киргиз-кайсаках Средней Орды // Отечественные записки. 1830. Ч. 41–43.
21. *Будагов Л.* Сравнительный словарь турецко-татарских наречий. Ч. I. СПб., 1869.
22. *Bruttner H.* Deutsche Rechtsgeschichte V. I. 1906. II. 1928.
23. *Валиханов Чокан.* Соч. СПб., 1904.
24. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исследование о касимовских царях и царевичах. Т. II. Труды ВОРАО. Ч. X. 1864.

¹⁰⁶ В оригинале: «узбекских».

25. *Вельяминов-Зернов В. В.* Исторические известия о киргиз-кайсаках и сношениях России с Средней Азией со времени кончины Абул-хаир-хана (1748–1765). Т. I. Уфа, 1853.
26. *Винников.* Четвертое издание книги Энгельса «Происхождение семьи» // 50 лет книги Энгельса «Происхождение семьи»: Сб.
27. *Витевский В. Н. И. И.* Неплюев и Оренбургский край в прежнем его составе до 1758 г. Казань, 1889.
28. *Владимирицов Б. Я.* Общественный строй монголов. М.; Л., 1934.
29. Вопросы управления, хозяйства, суда и народного образования в Тургайской области. Оренбург, 1894.
30. *Вяткин М. Н.* Очерки по истории Казахской ССР. 1941.
31. *Вяткин М. Н.* «Сказки» XVIII в., как источник истории Казахстана // Проблемы источниковедения. Т. III. 1940.
32. *Вяткин М. Н.* Казахское общество в середине XVIII в. // Изв. Каз. ФАН. 1940. Вып. I. Сер. истор.
33. *Вяткин М. Н.* Тюленгуты в XVIII вв. // Там же.
34. *Вяткин М. П.* К вопросу о крестьянских войнах в Казахстане // Вопросы истории. 1945. № 3–4.
35. *Галкин М. Н.* Этнографические материалы по Средней Азии и Туркестанскому краю // Зап. РГО по отд. этногр. Т. I. 1867.
36. *Гатиев Б.* Суеверия и предрассудки у осетин: Сб. свед. о кавк. горах. Вып. IX.
37. *Гейнс А. К.* Собрание литературных трудов. Т. I–II. СПб., 1897–1898.
38. *Георги.* Описание всех обитающих в Российском государстве народов. СПб., 1799. Ч. II.
39. *Герман.* О киргизцах // Вестник Европы. 1821. № 21.
40. *Гинс Г.* В киргизских аулах // Исторический вестник. 1913. Т. 84.
41. *Гольдциер И.* Арабские племенные отношения и ислам // Труды по востоковедению Лазаревского ин-та. Вып. XII. 1903. Ч. II.
42. *Гомбоев Галсан.* О древних монгольских обычаях и суевериях, описанных у Плано Карпини // Труды ВОРАО. Ч. IV. В. I.
43. *Голстунский К. Ф.* Монголо-ойратские законы 1640 г. СПб., 1880.
44. *Готовицкий М.* Значение и обряд присяги у киргиз // Юридический Вестник. 1885. № 5.
45. *Готовицкий М.* Окончание дела полумиром по киргизскому обычному праву // Там же.
46. *Гродеков Н. И.* Киргизы и кара-киргизы Сыр-Дарьинской области // Юридический быт. I. Ташкент, 1889.
47. *Гродзинский М. М.* Улики в советском уголовном процессе // Учен. труды ВИЮН. Т. VII. 1944.
48. *Грум-Гржимайло.* Западная Монголия и Урянхайский край. Т. II.
49. *Гурлянд Я.* Степное законодательство с древнейших времен по XVII ст. // Изв. Об-ва археол. ист. и этнографии при Казанском университете. XX. Вып. 4–5. 1904.

50. *Grimm J.* Deutsche Rechtsalterthümer В. II. 1889.
51. *Günther L.* Die Idee der Wiedervergeltung. 1889. С. 186–187.
52. Демелич. Обычное право южных славян по исследованиям д-ра Богишича // Юридический Вестник. 1876. Октябрь–декабрь.
53. Джавахов И. Государственный строй древней Грузии.
54. Диваев А. А. Казахские пословицы // Сбор. «В. В. Бартольд — туркестанские друзья и почитатели». Ташкент, 1927.
55. Дингельштедт Н. Одно из отживающих учреждений // Журнал гражд. и уголов. права. 1892. Кн. I. Январь.
56. Дингельштедт Н. Судебное преобразование в Туркестане // Журнал гражд. и уголов. права. 1892. Кн. 7. Сентябрь.
57. Дмитриев Ф. М. Соч. Т. II.
58. Добросмыслов А. И. Суду киргиз Тургайской области в XVIII и XIX вв. Казань, 1904.
59. Добросмыслов А. И. Тургайская область. Исторический очерк // Изв. Оренбургского отд. ИРГО. Вып. 15–17. 1900–1902.
60. *Deguignes M.* Histoire générale des Huns, des Turcs,¹⁰⁷ des Mogols et des autres Tartares occidentaux. Paris, 1756.
61. Ефименко А. Исследования народной жизни. М., 1884. С. 54.
62. Загряжский Г. Юридический обычай киргиз // Материалы для статистики Туркестанского края. СПб., 1876. Вып. IV.
63. (Зибберштейн). Путевые записки лекаря Зибберштейна // Исторический Архив. Т. I. 1936.
64. Зибер. Очерки первобытной экономической культуры. М., 1883.
65. Зобнин Ф. К вопросу о невольниках, рабах и тюленгутах в киргизской степи. Памятная книжка Семипалатинской обл. на 1902 г. Вып. VI. Семипалатинск, 1901.
66. Иакинф (Бичурин). Собрание сведений о народах, обитавших в Средней Азии. Т. I.
67. Ибрагимов И. И. Очерки быта киргизов // Новая и древняя Россия. 1876. № 9.
68. Ибрагимов И. И. Заметки о киргизском суде // Зап. РГО по отд. этногр. Т. VIII. 1878.
69. Иванин М. Внутренняя или Букеевская киргизская орда // Эпоха. 1864. № 12.
70. Иванишев. Соч. 1876.
71. Иванов Н. Н. Казахи и Кокандское ханство // Зап. Ин-та Востоковедения АН СССР. Т. VII. 1939.
72. Иванов Н. Н. Очерк истории каракалпаков // Материалы истории каракалпаков. Т. VII. 1935.
73. Изразцов Н. Обычное право киргиз Семиреченской области // Этнографическое обозрение. 1897. № 3–4.

¹⁰⁷ Порядок слов в названии данного источника в рукописи Фукса обозначен цифрами над словами.

74. *Иомудский Н. Н.* Присяга у закаспийских туркмен // Зап. РГО по отд. этногр. Т. XXXIV. СПб., 1909.
75. Ингуши. Сборн. свед. о кавк. горцах. Вып. IX.
76. История Казахской ССР с древнейших времен до наших дней. Алма-Ата, 1943.
77. *Кабо Р.* Очерки истории и экономики Тувы. 1934.
78. *Кисляков Н.* Следы первобытного коммунизма у горных таджиков Бахио-Боло.
79. *Кистяковский А. Ф.* К вопросу о влиянии инородческого права на русское // «Юридический Вестник». 1880. № 1.
80. *Ковалевский М.* Родовой быт. Вып. I.
81. *Ковалевский М.* Закон и обычай на Кавказе. Ч. I и II.
82. *Ковалевский М.* Современный обычай и древний закон. Т. II.
83. *Ковалевский М.* Очерк происхождения и развития семьи и собственности. М., 1939.
84. *Козин С. А.* Сокровенное сказание. Юань Чао Би Ши. М.; Л., 1941.
85. *Комаров А. В.* Адагы и судопроизводство по ним: Сб. сведений о кавк. горцах. Вып. 1.
86. *Коншин Н.* Очерки экономического быта киргиз Семипалатинской области. Памятн. книжка Семипалат. обл. на 1901 г. Вып. V.
87. *Костенко Л.* Средняя Азия и водворение в ней русской гражданственности. СПб., 1871.
88. *Котляревский А.* Древности юридического быта балтийских славян. Прага, 1874.
89. *Красовский М.* Область сибирских киргизов. Ч. I–III // Материалы для географии и статистики России. СПб., 1868.
90. *Крафт И. И.* Сборник узаконений о киргизах степных областей. Оренбург, 1898.
91. *Крафт И. И.* Судебная часть в Туркестанском крае и степных областях. Оренбург, 1898.
92. *Крафт И. И.* Из киргизской старины. Оренбург, 1900.
93. *Крахалев А.* Суд и следствие у киргизов Сибири // Юрич. Вестник. 1888. Т. 28. Кн. I (май).
94. *Кунов Г.* Всеобщая история хозяйства. М., 1929.
95. *Левшин А.* Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких, орд и степей. Ч. I–III. СПб., 1832.
96. *Левшин А.* Свидание с ханом меньшей киргиз-кайсацкой орды // Вестник Европы. 1820. Ч. 63. № 22.
97. *Леонтович Ф.* Адагы кавказских горцев. Ч. I.
98. *Леонтович Ф.* Древний монголо-калмыцкий или ойратский устав взысканий (Цааджин-Бичик). Одесса, 1879.
99. *Леонтович Ф.* Калмыцкое право. Ч. I. Уложение 1822 г. Одесса, 1880.
100. *Леонтьев Ф.* Обычное право киргиз // Юридический Вестник. 1890. Ч. V. Кн. 1–2.

101. *Линевич И. П.* Бывшее елисейское султанство: Сб. свед. о кавказских горах в VII.
102. *Логотов Н. А.* Очерк родового быта казахов и распределение основных казахских родов // Зап. Семипалат. отд. О-ва изучения Казахстана. 1929. Т. I.
103. *Ломакин А.* Обычное право туркмен (адат). Асхабад, 1897.
104. *Le Play.* Les ouvriers européens. Paris, 1855.
105. *Маковецкий Н. Е.* Материалы для изучения юридических обычаев киргизов. Вып. I. Материальное право. Омск, 1886.
106. *Максимов Н.* Народный суд у киргизов // Журнал Юрилич. о-ва при СПб университете. 1897. Кн. 7 и 8.
107. *Мейер Л.* Киргизская степь Оренбургского ведомства // Материалы для географии и статистики России. СПб., 1865.
108. *Мелиоранский Н.* О Кудатку-Билике Чингиз-хана // Зап. ВОРАО. Т. XIII. 1900.
109. *Меховский М.* Трактат о двух Сорматиях. 1936.
110. *Миллер А.* Из поездки по Абхазии в 1907 г. // Материалы по этнографии России. Т. I. 1910.
111. *Морозов М.* Об «Истории Казахской ССР» // Большевик. 1945. № 6.
112. *Морган Л.* Древнее общество.
113. *Муромцев С.* Гражданское право древнего Рима.
114. *Мякутин А. И.* Юридический быт киргизов // Труды Оренбургск. Ученой архивной комиссии. Вып. XXV. 1911.
115. *Mayer S.* Geschichte der Strafrechte. 1876.
116. Народная казнь женщины в Калаках // Сб. свед. о кавказских горах. Вып. I.
117. Народные обычаи, имевшие, а отчасти и ныне имеющие в Малой киргизской орде силу закона (Баллюзек Л. — Сейдалин Г. А.). Зап. Оренб. отд. ВГО по отд. этногр. Вып. 2. Казань, 1871.
- 117а. Народные суды Туркестанского края (отчет по ревизии гр. Палена). СПб., 190...¹⁰⁸
118. *Небольсин П.* Отчет о путешествии в Оренбургский и Астраханский край // Вестник РГО. 1852. Ч. 4-я. Кн. I.
119. *Небольсин П.* Очерки торговли России со Средней Азией // Зап. РГО. Кн. 10. 1855.
120. ...¹⁰⁹
121. *Остафьев В.* Колонизация степных областей в связи с вопросом о кочевом хозяйстве // Зап. зап-сиб. отд. РГО. Кн. XVIII. Вып. II.
122. Отчет по ревизии Туркестанского края. Сельское управление. 1910.

¹⁰⁸ В оригинале: 190. Одна из четырех цифр, обозначающих год, пропущена.

¹⁰⁹ В имеющемся экземпляре оригинала пропуск источника. Возможно, Фуксом было пропущено рукописное написание иностранного источника.

123. *Паломбецкий А.* О системе судебных доказательств древнего германского права. 1844.
124. *Пахман.* О судебных доказательствах по древнему русскому праву. 1851.
125. *Плано Карпини.* История монголов. СПб., 1911.
126. *Поло Марко.* Путешествие. Л., 1940.
127. *Покровский И.* История римского права.
128. *Пост.* Зачатки государственных и правовых отношений. М., 1901.
129. *Потанин Г. Н.* Казах-киргизские и алтайские предания, легенды и сказки // Живая Старина. 1916. Вып. II–III.
130. *Потанов Л. П.* К вопросу о патриархально-феодалных отношениях у кочевников // Краткие сообщения института этнографии. III. 1947.
131. *Пфаф.* Народное право осетин // Сб. свед. о Кавказе. 1871. Т. I. 1872. Т. II.
- 131а. *Радлов В. В.* Образцы народной литературы тюркских племен. Ч. III. 1870.
- 131б. *Радлов В. В.* К вопросу об уйгурах // Зап. Ак. наук. Т. 72. Кн. I. 1893.¹¹⁰
132. *Рубрук В.* Путешествие в восточные страны. 1911.
133. *Румянцев П. П.* Киргизский народ в прошлом и настоящем. СПб., 1909.
134. *Румянцев П. П.* Социальное строение киргизского народа в прошлом и настоящем // Вопросы колонизации. 1909. № 5.
135. *Рычков П. И.* Топография Оренбургской губернии. Оренбург, 1887 (1762).
136. *Рычков П. И.* История Оренбургская (1730–1750). Оренбург, 1896.
137. *Рязанов А. Ф.* Сорок лет борьбы за национальную независимость казахского народа (1797–1838). Кызыл-Орда, 1926.
138. *Рязанов А. Ф.* Батырь¹¹¹ Сырым Датов // Советская Киргизия. 1924. № 10.
139. *Рязанов А. Ф.* Восстание Исатая Тайманова // Труды об-ва изучения Казахстана. Т. VIII. Вып. 4. 1927.
140. *Radloff W.* Aus Sibirien. Leipzig, 1884. В. I.
141. *Rogger K.* Über das Gerichtswesen der Germanen. 1820.
142. *Сабатаев С.* Суд аксакалов и суд третейский // Этнографическое обозрение. 1900. № 3.
143. *Самоквасов Д. Я.* Сборник обычного права сибирских инородцев. Варшава, 1876.
144. *Самойлович А. Н.* Богатый и бедный в тюркских языках // Изв. АН СССР. 1936. № 4.
145. *Сатар-хан.* Записки // Юридическая летопись. 1892. Ч. I.

¹¹⁰ Источники № 131а и 131б — рукописная вставка Фукса в нижней части страницы (после № 143).

¹¹¹ Так в оригинале.

146. *Словохотов Л. А.* Народный суд обычного права киргиз Малой Орды // Труды Оренб. Ученой Архивной Комиссии. Вып. XV. Оренбург, 1905.
147. *Соколов Д. Н.* О башкирских тамгах // Труды Оренб. ученой архивн. комиссии. Вып. XII. 1904.
148. *Спасский.* Киргиз-кайсаки большой, средней и малой орды // Сибирский Вестник. 1820. Т. IX. С. 129–132.
149. *Сумцов Н.* Культурные переживания // Киевская старина. 1889. Т. 24. Март.
150. *Терентьев М.* История завоевания Средней Азии. Т. I–III. СПб., 1906.
151. *Токарев С. А.* Выступление в дискуссии // Изв. ГАИМК. 1934. № 103.
152. *Толстов С. П.* Генезис феодализма в скотоводческих обществах // Изв. ГАИМК. Вып. 103. 1934.
153. *Толстов С. П.* К истории древне-тюркской социальной терминологии // ВДИ. 1938. № 1.
154. *Тронов В. Д.* Обычай и обычное право киргиз // Зап. РГО по отд. этнограф. Т. XVII. Вып. II. СПб., 1891.
155. *Харузин А. Н.* Киргизы Букеевской орды. М., 1889.
156. Хидая. Комментарий мусульманского права. 1893.
157. Черногория. Законодательный быт. ЖМНП. 1846. Ч. 52.
158. *Чулошников А. П.* Очерки по истории казах-киргизского народа в связи с общими историческими судьбами других тюркских племен. Ч. I. Оренбург, 1924.
159. *Чулошников А. П.* К истории феодальных отношений в Казахстане в XVII — XVIII вв. // Изв. АН СССР. Сер. общест. наук. 1936. № 3.
160. *Чулошников А. П.* Казахский союз и Московское государство // Там же.
161. *Шаламов М.* Судебное устройство Казахстана. 1941.
162. *Шанаев Д.* Присяга по обычному праву осетин // Сб. о кавк. горцах. Вып. VII.
163. *Шахматов В.* Земельные отношения по Внутренней орде в начале XIX в. // Известия КазФАН. Сер. истор. Вып. I. 19.
164. *Шахматов В.* Есет Котибаров // Изв. Каз.ФАН. Сер. истор. Вып. 2. 1946.
165. *Шмидт Ю.* Очерк киргизской степи к югу от арало-иртышского водораздела // Зап. зап.-сиб.отд. РГО. Кн. XVII. Вып. II. 1894.
166. *Шнилевский С.* Союз родственной защиты у древних германцев и славян. Казань, 1866.
167. *Штернберг Л. Я.* Семья и род у народов Сев. Вост. Азии. Л., 1933.
168. *Юшков С. В.* История государства и права СССР. 1947.
169. *Юшков С. В.* К вопросу о дофеодальном (варварском) государстве // Вопросы истории. 1940. № 7.

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПРОФЕССОРА С. Л. ФУКСА¹

Книги, учебники, брошюры

- Колхозное право. М., 1947. 423 с. (гл. II, § 3–6).
- Земельное законодательство буржуазно-помещичьей России // Земельное право. М., 1949. С. 28–52.
- История советского земельного законодательства // Земельное право. М., 1949. С. 53–111.
- Земельное право. М., 1949. 415 с. (гл. II–III (§ 1–6)).
- Революционное творчество масс Украины в борьбе за национализацию промышленности (октябрь 1917 — март 1918 гг.) // Материалы научной конференции по работам, выполненным в 1954 г. Харьковский юридический институт им. Л. Кагановича. Харьков, 1955. С. 48–57.
- Образование советского государства и права в Великой Октябрьской социалистической революции и борьба за их укрепление (октябрь 1917 — июль 1918 гг.): Учеб. пособие. Вып. 1. Харьков, 1959. 130 с.
- Творческая роль рабочих масс в создании органов управления социалистической промышленностью на Украине // Материалы межвузовского научного совещания «40 лет советского государства и права и развитие правовой науки». Львов, 1957. С. 20–23.
- Образование СССР (1921–1924 гг.): Учеб. пособие. Харьков, 1957. 59 с.
- Советское государство и право в период иностранной военной интервенции и гражданской войны (1918–1920 гг.): Учеб. пособие. Вып. 2. Харьков, 1960. 109 с.
- К вопросу о роли нормативного регулирования общественных отношений при коммунизме; К теории общенародного государства и права в период развития строительства коммунизма // Межвузовская научная конференция «Советское государство и право в период развития строительства коммунизма» (6–9 марта 1962 г.). Харьков, 1962. С. 7–10.
- Диктатура пролетариата и общенародное государство (против мелкобуржуазных, неотроцкистских уклонов в теории социалистического государства): Конспект лекции. Харьков, 1964. 24 с.
- Некоторые вопросы методологии исследования социалистического государства; Заключительное слово // Методологические проблемы сов. юр. науки: Материалы научной конференции. Киев, 1965. С. 37–63, 137–139.

¹ Предоставлена Н. И. Забежинской, научным сотрудником отдела научной библиографии Института государства и права РАН.

- Об основании периодизации Истории советского государства и права. Доклад // Тезисы докладов и сообщений на межвузовской конференции по теоретическим и методологическим проблемам правовой науки. Кишинев, 1965. С. 104–106.
- К вопросу о «полугосударстве» и его отмирании // Научная конференция по работам, выполненным в 1964 г. Харьков, 1965. С. 41–44.
- Сов. гос. в период от начала Н. Э. П. до перехода к развитию наступления социализма по всему фронту (1921–1929 гг.): Конспект лекции. Харьков, 1965. 70 с.
- О некоторых закономерностях и этапах развития системы советского права // Основные этапы развития Украинского советского государства и права за 50 лет. Киев, 1966. С. 16–19.
- История государства и права Украинской ССР: В 2 т. Т. 1. 1917–1937 гг. Киев, 1967. 673 с.; Т. 2. 1937–1967 гг. Киев, 1967. 427 с. (в соавторстве).
- Методологические вопросы периодизации истории советского государства и права // 50 лет Советской власти и актуальные проблемы правовой науки. Саратов, 1967. С. 41–43.
- Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Ч. 2. Исторические типы государства и права / Ред. В. М. Чхиквадзе (председатель) и др.; Авт. колл.: Я. М. Бельсон, В. Е. Гулиев, В. С. Петров, Е. А. Скрипилев, Е. А. Флейшиц, С. Л. Фукс. М., 1971. 638 с.
- История государства и права СССР: Учебник для студентов юр. вузов и факультетов. Ч. 2. / Под общ. ред. С. Л. Фукса. Киев, 1972. 463 с. (в соавторстве).
- К вопросу о периодизации истории Советского государства и права // Актуальные проблемы истории государства и права. М., 1976. С. 106–111.

Статьи

- Барымта (Очерк обычного права казахов XVIII–XIX вв.) // Ученые записки. Харьковский юридический институт. 1948. № 3. С. 131–170.
- Некоторые вопросы истории Казахского государства // Известия АН Казахской ССР. № 102. Сер. юрид. 1951. № 3. С. 91–107.
- Принципы социалистической демократии и их осуществление при создании советского государства // Ученые записки Харьковского юридического института. Т. XI. Вып. 1. Харьков, 1957. С. 3–93.
- Вопросы теории социалистического государства в решениях XXI съезда КПСС // Советское право (Киев). 1959. № 4. С. 10–20.
- Ленинское учение о государстве в действии // Красное знамя (Харьков). 1960. № 65. 2 мая.
- Вопросы теории социалистического государства в Программе КПСС // Советское право (Киев). 1962. № 1. С. 49–59.
- Вопросы теории социалистического общенародного государства // Советское право (Киев). 1963. № 1. С. 7–17.

Избранная библиография профессора С. Л. Фукса

- Общее понятие государства // Советское право (Киев). 1964. № 4. С. 3–14.
- О периодизации истории советского государства и права // Проблемы правоведения. Вып. 2. Киев, 1965. С. 18–27.
- К вопросу о «полугосударстве» // Правоведение. 1965. № 3. С. 18–28.
- Некоторые закономерности развития социалистического права // Советское право (Киев). 1967. № 6. С. 3–8.
- Ленинская критика «чистой демократии» // Советское право (Киев). 1969. № 6. С. 14–21.
- Общепризнанное государство и вопросы о «полугосударстве» // Проблемы правоведения (Киев). 1970. Вып. 17. С. 3–8.
- История государства и права Украинской ССР (1917–1937 гг.) / Ред. колл. Б. М. Бабий (отв. ред.) и др. Киев, 1976. 759 с. (в соавторстве).

О нем

- 70-летие профессора С. Л. Фукса // Проблемы правоведения (Киев). 1971. Вып. 20. С. 136.

СОДЕРЖАНИЕ

<i>Ударцев С. Ф., Дулатбеков Н. О. С. Л. Фукс о кочевом обществе, государстве и праве казахов (вместо предисловия)</i>	5
С. Л. Фукс казактардын көшпелі қоғамы, мемлекеті мен құқығы туралы (кіріспе орнына)	24
<i>Летина Ш. В. С. Л. Фукс и его докторская диссертация «Очерки истории государства и права казахов в XVIII — начале XIX в.»</i>	40
Фукс С. Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в.	81
Предисловие	83
Глава I. К вопросу об источниках для истории казахского права.	92
1. Значение русских памятников истории казахского права. Литература.	92
2. Отношение казахского права к древнему монгольскому праву	113
3. «Законы Тауке»	123
4. Роль шариата в казахском праве	132
5. Записка «О киргизских законах» Путинцева и свод комитета 1824 г.	145
6. «Описание киргизских обычаев» д'Андрэ.	151
7. Выводы.	164
8. Примечания	165
Глава II. Патриархально-феодальные отношения в Казахстане	171
1. Предварительные замечания	171
2. О путях возникновения и развития классового общества у племен, образовавших казахскую народность	177
3. Значение права распоряжения кочеванием и земельной собственностью в экономике Казахстана	190
4. Основы феодализма и пережитки дофеодальных отношений	217
5. Выводы.	221
6. Примечания	222
	809

Глава III. Казахское государство в XVIII и начале XIX в.	226
1. Предварительные замечания	226
2. Казахский «род» как низшее звено государственной организации . .	231
3. Казахские «родоначальники»-старшины	252
<i>А. Старшины как решающая политическая сила.</i>	<i>252</i>
<i>Б. Советы и съезды старшин</i>	<i>262</i>
<i>В. Право старшин на государственные доходы и право выбирать хана</i>	<i>271</i>
<i>Г. Время установления господства старшин</i>	<i>287</i>
4. Власть казахских ханов	293
5. Тюленгуты	320
6. Войско	331
7. Султаны	335
8. Налоги	349
9. Ханы и городские центры	362
10. Новые моменты структуры казахского государства с конца XVIII в.	377
11. Выводы.	400
12. Примечания	404
Глава IV. Барымта	420
1. Происхождение барымты.	425
2. Барымта как процессуальный институт.	433
3. Барымта — феодальная война и грабеж.	445
4. Барымта как орудие колониальной политики царизма.	451
5. Выводы.	461
6. Примечания.	462
Глава V. Суд и процесс в XVIII и первой половине XIX в.	466
1. К вопросу о возникновении суда и процесса.	466
2. Основы судоустройства в Казахстане в XVIII и первой половине XIX в.	482
3. Основные черты судопроизводства по обычному праву казахов . . .	525
4. О доказательствах.	550
5. Выводы.	581
6. Примечания.	584
Глава VI. Право собственности	594
1. Важнейшие объекты собственности.	594
2. Семья как субъект права собственности. Семейная тамга	598
3. Имущественные отношения внутри семьи. Выдел. Имущественные права жен	607
4. Право наследования	622
5. Пережитки родовой собственности	628
6. Выводы.	638
7. Примечания.	640

Глава VII. Преступление и наказание в обычном праве казахов в первой половине XIX в.	644
1. Преступление	644
2. Наказание.	667
3. Имущественные преступления	692
4. Преступление против личности	722
<i>А. Убийство.</i>	<i>722</i>
<i>Б. Телесные повреждения</i>	<i>740</i>
<i>В. Оскорбление и клевета</i>	<i>749</i>
<i>Г. Изнасилование, прелюбодеяние, похищение женщины</i>	<i>758</i>
5. Преступления против порядка управления	767
6. Преступления против религии	772
7. Выводы.	775
8. Примечания.	780
Список сокращений в «Примечаниях»	797
Источники и литература	798
Избранная библиография профессора С. Л. Фукса	806

ФУКС
Савелий Львович

**ОЧЕРКИ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА КАЗАХОВ
В XVIII И ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЕ XIX В.**

Редактор предисловий:

канд. филол. наук *Н. С. Лосев*

Корректор: *М. А. Логинова*

Тех. редактор и компьютерная верстка: *Е. Е. Кузьмина*

Дизайн обложки: *Е. А. Соловьева*

Подписано в печать 16.06.2008. Формат 60×90 ¹/₁₆

Печать офсетная. Гарнитура «Таймс». Бумага офсетная

Уч.-изд. л. 56,9. Усл. печ. л. 51,0

Тираж 000. Заказ №

ТОО «Юридическая книга Республики Казахстан»
010000, Казахстан, Астана, ул. Тауелсиздик, д. 39, оф. 231

Тел./факс +7 (7172) 242105, (7172) 747599

www.lawpress.kz

info@lawpress.kz

ООО «Университетский издательский консорциум
«Юридическая книга»

199004, Россия, Санкт-Петербург, В. О., 6-я линия, д. 11

Тел./факс: +7 (812) 334 2193. Тел. (812) 329 2823

www.lawpress.ru

info@lawpress.ru

Типография Курсив

Алматы, м-н Боганашыл, ул. Восточная, д. 2