

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-феодальные 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-феодалного 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 грабёж, 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 Фуks 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 Фуksа может быть несколько уточнена и подправлена в сторону признания более глубокой природы суда и его институтов, его инфраструктуры. При этом следует признать, что Фуks 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 Фуksа 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 Фуks критиковал Ковалевского.

Тем не менее вычленение Фуksом 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*. [Кусинов 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 многообразности 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.