

УДК 343.221.52

DOI 10.33463/1999-9917.2019.27(1-4).2.169-189

АЛЕКСЕЙ АЛЕКСАНДРОВИЧ ШЕПТАЛИН,

кандидат исторических наук, доцент,
доцент кафедры теории и истории государства и права,
Удмуртский государственный университет,
г. Ижевск, Российская Федерация,
ORCID 0000-0001-5442-6160, ResearcherID V-7624-2018,
e-mail: sheptalin@list.ru

ГЕНЕЗИС И ЭВОЛЮЦИЯ ИНСТИТУТА НАКАЗАНИЯ В ПЕРВОБЫТНОМ ОБЩЕСТВЕ

Для цитирования

Шепталин, А. А. Генезис и эволюция института наказания в первобытном обществе / А. А. Шепталин // Человек: преступление и наказание. – 2019. – Т. 27(1–4), № 2. – С. 169–189. – DOI : 10.33463/1999-9917.2019.27(1-4).2.169-189.

Аннотация. В статье на основе данных юридической антропологии предпринята попытка поэтапной реконструкции генезиса и эволюции института наказания в первобытном обществе как важной составляющей процесса формирования системы нормативного регулирования и его последующей трансформации в институт права. Актуальность данной темы связана как с ее малоизученностью, так и со сложившейся в отечественной науке практикой некорректных обобщений, осложняющих объективное изучение генезиса права и государства.

Объектом исследования выступает институт наказания, менявшийся в соответствии с усложнением социальных отношений. Предмет исследования – феномен наказания как реакция общества на определенное нарушение социальных норм и правил поведения. Цель работы заключается в попытке раскрытия в исторической динамике общих этапов и закономерностей возникновения и эволюции института наказания в догосударственный период. Методологической основой исследования выбрана антропологическая концепция мультилинейного неозволюционизма, допускающая корректное использование материалов по современным (синполитейным) первобытным обществам как для реконструкции дописьменного периода истории в целом, так и для происхождения права и государства в частности.

Несмотря на довольно обширную историографию по различным аспектам наказания в первобытности, заявленная тема отличается высокой степенью новизны, поскольку в отечественной юриспруденции еще не становилась предметом специального рассмотрения. Используются источники и специальная литература, содержащие репрезентативные примеры наказаний, зафиксированные исследователями в XVIII – начале XX века в регулятивной практике первобытных племен,

© Шепталин А. А., 2019



Статья лицензируется в соответствии с лицензией [Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)

не успевших подвергнуться влиянию цивилизации и сохранивших традиционный хозяйственно-бытовой уклад и образ жизни.

Институт наказания всегда был неотъемлемым элементом системы нормативного регулирования любого этноса и напрямую зависел от его форм и методов. Прослеживаются три крупных этапа развития нормативного регулирования и эволюции института наказания – эпоха раннеродовой (кровнородственной) общины, эпоха позднеродовой общины и эпоха позднепервобытной общины. До неолитической эволюции институт наказания развивался в рамках моонормативности, включавшей в себя нерасщепленные морально-этические, религиозные и правовые нормы. До этого времени основные деликты и преступления, как и реакция социума на них у большинства племен, прослеживали высокую степень схожести. С возникновением производящего хозяйства, прибавочного продукта и частной собственности институт наказания существенно трансформировался, получив импульс к развитию в рамках формировавшегося обычного права. Вследствие социально-экономических изменений эпохи неолита, а также имущественной и социальной дифференциации возросла конфликтность позднеродовой общины, что привело к возникновению института суда и ужесточению практики наказаний в сравнении с родовым обществом. В эпоху военной демократии и формирования протогосударств происходит замена обычая кровной мести композицией, существенно увеличивается удельный вес наказаний материального характера. Подтверждается многочисленными этнологическими примерами каждое предположение и утверждение, в том числе об учете первобытными судами наличия умысла при определении наказания, а также активном использовании первобытными потестарными структурами методов принуждения и насилия задолго до возникновения института государства.

Ключевые слова: институт наказания, социальные санкции, нормативное регулирование в первобытности, преступление в первобытном обществе, наказание в первобытном обществе, нарушение табу, кровная месть.

Изучение проблем генезиса и развития института наказания имеет давнюю историю [8, 39] и сохраняет актуальность по сей день, поскольку тесным образом связано с изучением становления институтов права и государства. Некоторая парадоксальность проявляется в том, что при наличии устойчивого исследовательского интереса мало какая другая тема выглядит запутанной, а выводы исследователей столь противоречивыми [16]. Причины этого кроются в недочетах методологического характера, а также в крайне ограниченной источниковой базе большинства исследований.

Цель статьи заключается в попытке раскрытия на основе данных юридической антропологии процесса возникновения и эволюции института наказания в динамике трансформации первобытной общины. Методологической основой исследования выбрана антропологическая концепция мультилинейного неозволюционизма, допускающая корректное использование материалов по современным первобытным этносам как для реконструкции дописьменного периода истории цивилизованных народов в целом, так и для происхождения права и государства в частности [23].

Под наказанием в данном случае понимается тот или иной вид негативной социальной санкции, применяемый обществом в качестве меры воздействия в отношении своего виновного члена (или нескольких членов) при нарушении общепринятых норм и правил

поведения. Наказание может варьировать в широком диапазоне от морально-психологического воздействия и ограничения возможностей виновных лиц до понижения их социального статуса, изгнания из социума и даже смертной казни.

Генезис института наказания напрямую обусловлен формированием институтов насилия и принуждения. В разных концепциях мировой юридической мысли давно закрепился тезис, что именно появление возможности нормативного применения насилия социально уполномоченными лицами стало фундаментальным условием возникновения права. Перефразируя образное выражение известного теоретика и философа права Р. Йеринга, право без принуждения – «это огонь, который не горит, свет, который не светит» [31, с. 321]. В этом контексте хотелось бы обратить внимание на недостоверность распространенного постулата о гарантированности принуждения и нормативного регулирования исключительно государством, что наглядно подтверждают многочисленные материалы юридической антропологии. Практически у всех первобытных догосударственных обществ исследователи отмечают наличие основанных на авторитете потестарных структур, как индивидуальных, так и коллективных (вожди, главари, старосты, жрецы, шаманы, колдуны, советы старейшин, советы групп, советы племен, межплеменные советы и т. п.), которые в большинстве случаев достаточно эффективно выполняли функцию контроля поведения членов социума, в том числе приговаривая к различным наказаниям за нарушения.

Наиболее распространенной ошибкой, встречающейся в работах правоведов и порождающей противоречия, является стремление к чрезмерным обобщениям при характеристике нормативного регулирования в первобытном обществе как едином периоде, предшествовавшем появлению цивилизации, государства и права [1, 5, 21]. На примерах современных первобытных этносов, находящихся на разных уровнях социально-экономического развития, можно видеть, как институт наказания существенно меняется по мере усложнения социальных отношений в раннеродовой (кровнородственной) общине охотников и собирателей, позднеродовой общине высших охотников и рыболовов, ранних земледельцев и скотоводов, позднепервобытной (соседско-большесемейной) общине периода имущественной и социальной дифференциации, а затем и классообразования. Тесную связь между уровнем развития материальной культуры в первобытности и нормативной эволюцией давно признавали не только этнологи и антропологи, но и авторитетные юристы [26, с. 173–174].

Природа и характер регуляторов первобытного общества до сих пор вызывают дискуссии. Если в зарубежной историографии для их обозначения еще с XIX в. получил распространение не вполне корректный термин «примитивное право» (primitive law), то в отечественной науке долгое время доминировали категоричные утверждения об отсутствии права в первобытном обществе, поскольку право якобы возникает лишь с государством. В постсоветский период все большее признание получает теория мононорматики А. И. Першица [17], согласно которой нерасщепленные нормы первобытного общества включали в себя одновременно морально-этический, правовой и религиозный аспекты, вследствие чего их нельзя однобоко характеризовать как моральные, правовые или религиозные. Теория мононорматики позволила объяснить наличие в нормативном регулировании первобытности таких суровых наказаний, как смертная казнь, членовредительство и изгнание, поскольку последствия нарушения чисто моральных норм, как известно, несопоставимо более мягкие и ограничиваются осуждением и порицанием.

Раннеродовая (кровнородственная) община является наиболее ранней стадией собственно человеческого общества, о которой мы можем судить по имеющимся поле-

вым материалам. Кровные родственники составляли костяк небольшого коллектива, что, очевидно, способствовало его сплочению, минимизации девиантных проявлений и конфликтных ситуаций. Вопреки распространенным представлениям о дикости, безудержности и войне всех против всех, этнографический материал по пигмеям, бушменам, хадза, андаманцам, огнеземельцам и иным мезолитическим этносам, живущим в условиях раннеродовой общины, свидетельствует об отсутствии серьезных конфликтов внутри самой общины, в отличие от межклановых, межобщинных и межплеменных отношений. На общем фоне выделяются лишь австралийские аборигены, для племен которых были характерны культ агрессивной силы, развитый институт кровной мести и укоренившаяся практика гомицида.

Отклонения от норм, проступки и преступления случались даже в сплоченной раннеродовой общине. Наиболее частыми были нарушения многочисленных табу. В гораздо меньшей степени встречались вербальное оскорбление, физическое насилие, членовредительство, похищение женщин, прелюбодеяние. Наиболее редкими были инцест, колдовство и убийство. В силу слабого развития материальной культуры охотников-кочевников, отсутствия частной собственности, а также мощного духа коллективизма кража и порча чужого имущества в раннеродовой общине практически не имели места. В условиях крайне ограниченного вещного мира воспользоваться украденной вещью и остаться неизобличенным мог разве что чужак из отдаленной общины. По утверждению А. С. Даймонда, кража в первобытном обществе встречалась даже реже, чем убийство, и часто рассматривалась как «эксцентричный и забавный грешок, характерный для детей или слабоумных, а санкции за него, если таковые имелись, являлись наиболее неустоявшимися» [26, с. 192].

Основная масса зафиксированных исследователями у первобытных этносов нарушений носит (с точки зрения современного права) уголовный характер. На явное доминирование криминального права в актах древнего письменного законодательства обращал внимание еще Г. Мэйн [33, с. 326]. Возможно, именно этот факт и побуждал в последующем некоторых авторов к необоснованному выделению категории «уголовное право» уже применительно к ранней первобытности, например, к нормативному регулированию у австралийских аборигенов [20], к которому по объективным причинам еще неприменимы понятия ни уголовного права, ни даже обычного права, так как морально-религиозного содержания там гораздо больше, чем правового.

Из мезолитических этносов, живших в условиях раннеродовой общины, наиболее полно и обстоятельно были изучены племена австралийских аборигенов и индейцев архипелага Огненная Земля, в том числе в плане института наказания. Как показывает их практика, в системе раннего соционормативного регулирования лишь условно можно выделить «уголовные» и «гражданские» нарушения, а «любая попытка точно определить различие между ними сопряжена с большими трудностями» [26, с. 277]. Эта система довольно четко подразделяется на две группы – частное регулирование, затрагивающее интересы семьи или клана, и публичное регулирование, затрагивающее интересы общины или племени. Лучше других авторов эту мысль выразил, пожалуй, А. Р. Редклифф-Браун: «Путаницы, которая возникала при попытке применить к дописьменным обществам современное различие между уголовным и гражданским правом, можно избежать, предложив взамен различие между правом публичных нарушений и правом частных нарушений» [36, с. 212]. Именно этим объясняется тот факт, что девианты, казалось бы, за однотипные нарушения подвергались различным наказаниям в зависимости от обстоятельств. Например, убийство родственника являлось целиком

и полностью внутренним делом рода (клана). Вследствие этого убийца в зависимости от своего социального положения и репутации мог или понести какое-либо серьезное наказание, или вообще избежать ответственности. Такое же убийство члена другого рода (клана) являлось делом двух родов и могло закончиться как ответным убийством в результате кровной мести, так и композицией – выплатой материальной компенсации пострадавшей стороне. Если был убит иноплеменник, то это затрагивало интересы двух племен, поскольку приводило к военному набегу или даже к затяжной межплеменной войне, поэтому наказание в каждом из этих случаев определялось в индивидуальном порядке.

В условиях раннеродовой общины еще не существовало какой-либо определенной шкалы тяжести и четкой системы наказаний, которые, например, у аборигенов Австралии варьировались по всему континенту настолько, что их, по мнению Р. М. и К. Х. Берндтов, даже невозможно сгруппировать по степени важности [2, с. 260].

Необходимо отметить особую природу негативных санкций раннеродового общества, которые некоторые авторы ошибочно подразделяют на моральные, религиозные и правовые. На самом деле нормативное регулирование в раннеродовой общине являет собой классический пример мононорм, сочетающих в себе моральный, религиозный и правовой аспекты. В силу того что на этом этапе развития человеческого общества мораль была неразрывно взаимосвязана с религией и зачатками права, соответственно любые санкции надо воспринимать как комплексные. Именно в этом ключе следует рассматривать простейшую базовую санкцию раннеродового общества – осмеяние, включая легкое оскорбление. Данный вид наказания чаще применялся к малоопытной молодежи и был достаточно эффективным, поскольку сильно бил по самолюбию девианта, заставляя его корректировать свое поведение. Как писал исследователь огнеземельцев М. Гусинде: «Каждый мог легко узнать от своего окружения оценку своего поведения. В частых одергиваниях сквозь зубы безжалостно выявлялись ошибки и своеобразие каждого... Каждый очень болезненно воспринимал презрение и пренебрежение общества» [28, с. 462–463]. Подобным образом в некоторых австралийских племенах братья контролировали действия своих сестер, если те сквернословили, пренебрежительно относились к своим домашним, семейным, церемониальным обязанностям, дрались и т. п. [2, с. 260].

Если первый малозначительный проступок прощался относительно легко, то за повторное нарушение следовало ужесточение наказания. Например, это могло быть публичное унижение посредством оскорбления со стороны пострадавшего субъекта или его родственников.

У огнеземельцев неисправимый рецидивист, что встречалось крайне редко, подвергался более серьезному наказанию. Как отметил М. Гусинде: «Семейная группа не прибегала к прямому наказанию виновного; она разрушала его добрую репутацию и избегала контактов с ним. Приговор общественного мнения наиболее существенно влиял на виновного, и его изменение стоило весьма больших усилий. Никуда не скрыться от пронзительных взглядов соседей, которые часто страдали от неправомерных действий конкретного человека. Никто ничего не скажет человеку, что общественность чувствует или думает и говорит о нем, однако из недружелюбного отношения окружающих каждый сделает однозначный вывод о своем положении» [28, с. 462]. Общественным порицанием также пресекали антисоциальное поведение андаманцы, не практиковавшие насилие к соплеменникам [7, с. 89].

Следующий вид наказания, который следует выделить в регулировании раннеродовой общины, – физическое воздействие, от избиения до ранения боевым оружием.

У аборигенов Австралии избиению подвергались женщины за убийство собственного ребенка, за супружескую измену и бегство от мужа с другим мужчиной. Абориген из Квинсленда мог без какого-либо вмешательства со стороны родственников даже ранить жену копьем или высыпать ей на живот горящие угли [32, с. 407]. Мужчины за похищение чужих жен, а также за словесное оскорбление практически всегда расплачивались кровью – ранением в бедро или ягодицу боевым копьем. К тяжелым последствиям могло привести причинение вреда чужой собаке, которая расценивалась аборигенами не как собственность, а скорее как член семьи [2, с. 263]. На полуострове Арнемленд ранение копьем мог в наказание получить абориген, доставивший известие о смерти близкого родственника, хотя чаще его вина снималась посредством обряда имитации боевого столкновения с родней покойного. У огнеземельцев физическое воздействие могли применить родственники невинно побитой жены в отношении ее мужа, а также обманутый супруг в отношении уличенной в неверности жены [28, с. 462].

Убийство как вид наказания практиковалось в раннеродовой общине нечасто и, как правило, вследствие кровной мести или расплаты за неисправимую склонность к прелюбодеянию, сексуальные перверсии, инцест, колдовство и святотатство, что особенно строго блюлось. Даже женщины и дети, случайно или намеренно нарушив правила посещения сакральных мест, увидев табуированные для них священные предметы или обряды, подлежали закалыванию копьем подобно злостным нарушителям и убийцам [2, с. 263]. Столь жестокая мера за нарушение наиболее строгих табу объяснялась необходимостью искупления вины перед сверхъестественными силами, которые в качестве наказания могли наслать на общество диких и свирепых животных, чрезмерные дожди или засуху, землетрясение или эпидемию [29, с. 145]. У гордых огнеземельцев убийство было обычной расплатой за грубое публичное оскорбление [28, с. 476].

У аборигенов Австралии наиболее отъявленным убийцам-рецидивистам, как правило, наиболее сильным и смелым воинам, чьи грехи могли накапливаться длительное время, грозило самое серьезное наказание, с глубокой древности зафиксированное у самых разных племен и народов. После их убийства уполномоченным на то лицом или группой лиц труп преступника оставляли без погребения на месте убийства, «чтобы его съели собаки и вороны», родственникам же убитого под страхом смерти запрещалось приближаться к трупу [2, с. 261–262]. Посмертное лишение погребального обряда – страшное наказание у многих племен. Например, по представлениям даяков о Борнео, душа умершего без специально проведенного обряда не сможет найти покоя и общаться с иными обитателями духовного мира [29, с. 151]. Подобным образом «наказывали» лишь тех покойников, чьи преступления вызвали в обществе особый ужас.

В силу мощного раннепервобытного коллективизма родственная группа (род, клан) несла коллективную ответственность за любые действия своих членов, что порой принимало весьма необычные формы. Так, у аборигенов дьери зафиксирован обычай подвергать наказанию, вплоть до смертной казни, не преступника, а его старшего брата [32, с. 400]. У многих австралийских племен кровная месть в случае невозможности отмщения непосредственному убийце могла быть перенесена на другого члена рода из локальной группы кровника. Формально после ответного убийства два рода были квиты, но на практике убитый в ответ человек мог обладать более высоким статусом, что влекло за собой новую вендетту – месть за месть и т. д.

Наиболее распространенной альтернативой убийству было изгнание преступника. У австралийских аборигенов остракизму также подвергались лица, нарушившие половые табу, не связанные с инцестом, например, за сексуальные связи с падчерицей

или тещей. Известны случаи, когда отдельные девианты сами перебежали в соседние племена, чтобы избежать неминуемого наказания [7, с. 74]. Впрочем, изгнание и побег были практически идентичны в условиях, как правило, враждебно настроенного иноплеменного окружения. Не случайно среди австралийских аборигенов изгнанников и беглецов-соплеменников называли «живыми покойниками» [11, с. 105].

Помимо реальных наказаний использовалось магическое воздействие на девианта – колдовство, результатом которого в первобытном обществе считались все несчастные случаи, болезни и смерть. Черная вредоносная магия сама по себе была запрещенным и наказуемым деянием. Исключение делалось лишь для колдовства, конечной целью которого было восстановление справедливости и спокойствия в социуме. Например, в случае, когда никто не мог отважиться наказать сильного и ловкого убийцу реальными методами, пострадавшие прибегали к колдовству, насылая порчу. Магическая месть могла продолжаться годами и считалась завершенной, когда девиант рано или поздно заболел и умирал [2, с. 265]. Прибегали к колдовству и по менее серьезным поводам, обычно при самозащите нарушенных прав и интересов. Нарушитель, узнав про насланные на него чары, мог попытаться загладить вину и уладить конфликт. Тем не менее без крайней необходимости с колдовством старались не связываться, поскольку человек, даже однажды замеченный в черной магии, очень рисковал быть обвиненным впоследствии в насылании на кого-либо болезни или смерти [2, с. 261].

В качестве еще одного вида негативных санкций можно выделить сверхъестественное наказание со стороны высших сил – всевозможных духов и божеств. Поскольку старейшины, отправлявшие религиозные обряды, были не в состоянии проконтролировать надлежащее соблюдение общинниками многочисленных табу и священных предписаний, они внедряли в сознание людей мысль о неотвратимости наказания со стороны всевидящих духов. Например, за любой контакт с родственником, на которого наложено табу, духи могли наказать болезнью глаз, за инцест – смертью, за употребление табуированной пищи – тяжелой болезнью и т. п. [2, с. 261]. У огнеземельцев боязнь наказания, которому может подвергнуть Высшее Существо, также была весьма велика [28, с. 463]. В этнологической и антропологической литературе еще с XIX в. приведено немало примеров, описывающих смерть или самоубийство нарушителя табу от мук совести или страха перед неминуемым сверхъестественным наказанием.

Принципиальное значение в становлении санкционной системы имеет субъект наказания. В зависимости от затронутых нарушением интересов, частных или публичных, можно соответственно выделить частные санкции, в которых субъектом чаще всего является чужая семейная группа или род, а также общественные санкции, где субъектом выступает община или племя.

Как справедливо отметил Э. А. Хебель, в первобытном обществе полномочия по восстановлению нарушенного порядка предоставлялись стороне, которой причинен прямой ущерб. Группа прямых родственников, сопереживая пострадавшей родне, больше остальных заинтересована в наказании виновных лиц, поскольку подпитывается мощным эмоциональным воздействием [30, с. 276]. Так, в матрилинейных обществах отца, вступившего в кровосмесительную связь с дочерью, наказывала родня матери девочки на том основании, что он совершил преступление против их рода, в то время как его родственники могли не принимать вообще никаких мер против него [32, с. 400].

Широко была распространена практика обязывания родственников принять участие в начавшемся конфликте. Например, у австралийских аборигенов потерпевший мог посредством обряда и заклинаний призвать сверхъестественные силы, после чего все

инициированные мужчины его родственной группы должны были прийти ему на помощь [2, с. 262]. Помимо этого, у аборигенов п-ва Арнемленд исследователи зафиксировали возможность передачи обязанности мести другому исполнителю при наличии каких-либо обстоятельств, препятствующих ее осуществлению. Пострадавший передавал некий предмет, символизировавший месть, другому общиннику, чем-то ему обязанному, и отказаться от новой обязанности было нельзя [2, с. 264–265]. У огнеземельцев каждый общинник был защищен от крайней несправедливости общественной поддержкой, на основании которой получал определенную свободу действий и возможность восстановления справедливости «посредством своего кулака» [28, с. 482].

В сугубо внутренних конфликтах вопрос о наказании решали ближайшие родственники, например, дядя или тесть, которые могли не только вынести самый суровый приговор, но и немедленно привести его в исполнение [25, с. 114]. В случае нарушения публичных интересов у австралийских аборигенов субъектом наказания выступали постестарные структуры: «Когда нарушаются законы, наказание определяют старшие мужчины, отвечающие за поддержание статуса-кво и соблюдение традиций. Они являются вершителями правосудия...» [2, с. 263]. Решение совета общины или племени имело силу общественного приговора в отличие от частных наказаний, по сути, являвшихся проявлением мести. По форме же это была не столько казнь, сколько обычное убийство, без каких-либо процедур и церемоний. У племени аборигенов нариньери совет старейшин выполнял функцию следствия и суда, определял степень вины и выносил приговор. В случае умышленного убийства преступник приговаривался к смерти, неумышленного – к изгнанию или телесному наказанию – некоторому числу ударов палицей по голове. Приговоренный «был вынужден склонить голову, чтобы, получив удары палицей, свалиться, как вол, затем он поднимался и получал еще и еще, пока не вызывало всеобщее удивление, что его череп не был проломлен» [29, с. 172].

Приведение смертного приговора в исполнение зависело от ряда обстоятельств. Непосредственным исполнителем у австралийских аборигенов мог выступать любой доброволец, в том числе из совета старейшин. Если уже и родня уставала от девианта, то вызваться мог и кто-то из родственников. Если желающих не находилось, совет старейшин прибегал к императивному обязыванию кого-либо из общинников или даже группы из нескольких человек. Варианты могли быть самые разные. Исследователями зафиксирован случай, когда предварительно выбранному воину руководители священных обрядов под каким-то предлогом дали отведать запрещенной пищи, после чего объявили, что он нарушил табу и в качестве раскаяния должен убить приговоренного к смерти человека [2, с. 262]. Дальше оставалось только ждать удобного случая. На совместной охоте, очередной перекочевке или во время сна приговоренный к смерти рано или поздно получал смертельный удар копьём в спину. Вынесенный приговор никогда не отменялся, даже если преступник исчезал из племени на длительное время. Стоило ему вернуться в пределы территории любой из общин племени, и он был фактически обречен.

Наказание по публичному делу подразумевало его формальное одобрение и поддержку сообществом, следовательно, исключало ответную месть со стороны родственников нарушителя. В частные конфликты община или племя не вмешивались, и родственная группа нарушителя могла не признать наказание правильным и надлежащим в данной ситуации, что могло привести к затяжной вендетте между двумя группами или родами.

Наказание за нарушение в раннеродовом обществе было неотвратимым, но варьируемым. В частных конфликтах субъект, чьи интересы были нарушены, выбирал способ

наказания виновного по обстоятельствам. Так, при обнаружении браконьера на своем охотничьем участке австралийский абориген мог его отбранить, если тот оказывался из соседней общины, пронзить копьем бедро или ягодицу, если тот был из дальней общины одного племени; иноплеменный чужак подлежал убийству на месте [32, с. 407].

Кроме того, учитывались различные смягчающие обстоятельства. Наличие или отсутствие умысла в действиях нарушителя на этом этапе еще крайне редко принималось во внимание в отличие от деликтоспособности и раскаяния. Например, известен случай, когда приговоренный за инцест абориген племени дьери избежал убийства, после того как авторитетный соплеменник обратил внимание старейшин на его слабоумие [32, с. 408]. Сбежавшие любовники у австралийских аборигенов при добровольном возвращении в общину до захода солнца следующего дня имели шанс отделаться избиением и в буквальном смысле малой кровью, в противном случае их ожидало более суровое наказание [11, с. 104–105].

В силу слабого развития потестарных структур в раннепервобытном обществе самозащита в форме мести выступала главным методом урегулирования конфликтных ситуаций, поскольку частные (родственные) побуждения нередко оказывались сильнее общественных (общинных, племенных) норм и правил. Это нередко вело к определенным перекосам, когда в конфликте, затрагивающем публичные интересы, вместо общественного наказания, предусматривавшего хоть какое-то разбирательство, род потерпевшего сразу прибегал к кровной мести. Случалось и двойное наказание, когда, например, после выплаты виновной стороной материальной компенсации семье потерпевшего неудовлетворенная родня дополнительно предпринимала попытки мести [2, с. 265].

Позднеродовая община стала формироваться вследствие социальных изменений периода неолитической революции, которая привела к появлению производящего хозяйства ранних земледельцев и скотоводов, а также высокоспециализированного хозяйства охотников, рыболовов и собирателей. Если прежний образ жизни ограничивал численность раннеродовой общины двумя-тремя десятками человек, преимущественно родственников, то по мере совершенствования способов и приемов добычи пропитания, с переходом к оседлости община становилась более крупной и многогородовой. Как следствие, многократно увеличилась ее конфликтогенность и усложнилось регулирование. Ключевым признаком наступившей эпохи стало появление прибавочного продукта и связанных с этим многочисленных последствий, обусловленных имущественной и социальной дифференциацией. Характерные черты перехода к позднеродовой общине были зафиксированы у высокоспециализированных охотников, рыболовов и собирателей Северной Америки, а также ряда ранненеолитических этносов Сибири, Южной и Юго-Восточной Азии.

Применительно к институту наказания следует отметить расширение спектра санкций за имущественные нарушения и постепенное повышение роли материальной компенсации пострадавшей стороне, чему способствовали процессы развития материальной культуры и институционализации семейной собственности. Накопление прибавочного продукта проходило среди общинников весьма неравномерно и создавало базу для противоречий с тысячелетними нормами коллективного распределения. Например, папуасы арапеш настолько негативно относились к стяжательству, что ставили тайное накопительство практически на один уровень с инцестом [14, с. 277]. Имеется немало сообщений исследователей о претензиях общества к богатым людям, которым повсеместно приходилось делиться своими накоплениями. В противном случае, например, у эскимосов скупого богача убивали, а его имущество распределяли в соответствии с

местными традициями. У эскимосов Западной Аляски длительное хранение явно избыточных продовольствия и вещей вело к конфискации излишков общиной [30, с. 81]. Воровство на этом этапе получило некоторый импульс к развитию, но развито было по-прежнему слабо. Так, по воспоминаниям Л. Г. Моргана, долгое время прожившего среди ирокезов, «воровство... было им почти неизвестно... Для защиты собственности им никогда не были нужны ни замки, ни запоры, ни частные хранилища. Общественное негодование, наиболее суровое наказание, известное краснокожему человеку, было единственной карой за уклонение с пути честности» [15, с. 176]. Примерно так же характеризовал нивхов Л. Я. Штернберг: «Кража у гиляков – грех, и совершивший ее покрывается позором. А позор и стыд – великое наказание для гиляка. Уличенный в совершении чего-либо постыдного, гиляк уходит в тайгу и налагает на себя руки (вешается)» [24, с. 383]. Ительмены впервые попавшегося вора избивали и подвергали общественному презрению, «после чего принуждены были такие люди жить наедине без всякой помощи и без всякого с другими обхождения, как сущие плуты и политического смертью казненные» [9, с. 372].

Эскимосы нунамиут давали изобличенному вору новое имя, соответствовавшее украденной вещи, вследствие чего до самой смерти каждое публичное обращение к девианту напоминало всем о его постыдном поступке [35, с. 95]. У индейцев Великих равнин, команчей и шайенов воровство также встречалось нечасто, как правило, в форме конокрадства. Уличенные конокрады подлежали избиению до полусмерти и уничтожению имущества. А вот у соседних кайова, у которых гораздо дальше зашла имущественная и социальная дифференциация, сквозь пальцы смотрели на мелкое воровство деклассированных людей низшего ранга, поскольку они были «ниже внимания и презрения» [30, с. 171].

На примере папуасских племен Новой Гвинеи можно видеть, как усложнялся институт наказания по мере развития ручного земледелия и скотоводства. Увеличение прибавочного продукта порождало не только соблазн позаимствовать чужое, но и усиление ответной реакции общества по защите прав собственности. В частности, у арапешей кража свиньи нередко приводила к кровопролитию, а в случае эскалации конфликта даже могла закончиться смертью [14, с. 247–248].

Поскольку у равнинных индейцев лошадь особенно ценилась среди прочего имущества, умышленное убийство лошади считалось серьезным преступлением. Убийство любимой лошади, особенно если она подарена или завещана лучшим другом, фактически приравнивалось к убийству человека. Это видно из того факта, что возмездие за данное преступление выражалось в ответном убийстве не чужой лошади, а самого преступника. По утверждению Э. А. Хебеля, у ряда индейских племен любимая лошадь воина даже имела определенную правосубъектность и приравнивалась к человеку. Именно поэтому убийство убийцы лошади не влекло за собой кровной мести, поскольку чаши весов были равны: жизнь человека за жизнь лошади [30, с. 140].

Умышленное убийство соплеменника считалось у шайенов тяжелым преступлением, которое грозило проклятием всему племени. Виновный, лишенный всех прав, изгонялся, а племя при стечении всех членов проходило Великую церемонию очищения от скверны [30, с. 157–158]. Изгой имел возможность уйти жить к дружественным соседям, арапах или сиу, а по прошествии пяти лет мог обратиться в совет племени с просьбой о возвращении. Изгнанием также наказывалось умышленное убийство матерью новорожденного, а также умышленное прерывание беременности на поздних сроках [30, с. 155]. Применительно к инфантициду и геронтоциду следует отметить, что в некоторых

обществах с нестабильным продовольственным обеспечением умерщвление детей и стариков применялось в тяжелые периоды в качестве демографического механизма, поэтому преступлением эти деяния не считались. Более того, известны случаи, когда в таких обществах, например, у эскимосов, оправдывался даже вынужденный каннибализм.

У омаха изгнанные убийцы аналогично лишались всех прав, отселялись за край лагеря и могли вступать в сношения только с ближайшими родственниками, снабжавшими их продовольствием. Продолжительность изгнания составляла обычно четыре года, но при смягчении родственников убитого изгнанники получали возможность вернуться в племя досрочно [30, с. 416]. В данном случае мы видим, что убийство уже в какой-то мере вышло из частной сферы, но еще не стало полностью публичным делом.

Союз ирокезов при совершении убийства также предпринимал значительные усилия к примирению, особенно если стороны были из разных племен. В большинстве случаев посредничество помогало уладить конфликт на определенных условиях. Однако никто не мог запретить пострадавшему роду осуществить кровную месть в случаях преднамеренного убийства [15, с. 176].

У нивхов Приамурья и Сахалина убийство родича наказывалось изгнанием, а убийство чужеродного общинника влекло за собой кровную месть [24, с. 95], от которой можно было откупиться. Социальное расслоение у них достигло такой степени, что размер компенсации различался в зависимости от статуса убитого и благосостояния рода убийцы, разделявшего коллективную ответственность. Ничего не известно о ситуациях с невыплатой виры у нивхов, но у сахалинских айнов такое случалось, и тогда убийцу заживо закапывали или перерезали ему сухожилия на ногах [24, с. 585].

Убийство у известных своим миролюбием папуасов арапеш встречалось редко, гораздо чаще они были настроены на примирение и материальную компенсацию от виновной стороны. В зависимости от обстоятельств имела место практика кровной мести посредством черной магии. Страх перед чарами нанятого колдуна был настолько велик, что преступник предпочитал бежать из общины [14, с. 248].

Поскольку позднеродовая община стала многородовой, из-за притока чужаков заметно участились конфликты из-за женщин, которые у большинства этносов были основным конфликтогенным фактором. Несмотря на относительную свободу сексуальных отношений эскимосов, прелюбодеяние с чужой женой без прямого или косвенного согласия ее мужа считалось у них нарушением. Оскорбленный муж мог побить совратителя или вызвать его на песенный поединок, итогом которого было публичное осмеяние побежденного. А вот увод чужой жены был прямым ударом по престижу покинутого мужа и, как правило, приводил к убийству виновника [30, с. 83]. Сахалинский нивх, заставший жену с любовником, убивал соблазнителя, а жену избивал до полусмерти [24, с. 370].

Половая неприкосновенность в той или иной мере соблюдалась во всех позднеродовых обществах. У шайенов не только изнасилование, но и домогательство строго наказывалось родственницами женщины, которые могли забить взрослого домогателя камнями даже до смерти [27, с. 131], уничтожить жилище и имущество родителей насильника. Во многих племенах столь жесткие санкции со стороны женщин в определенной степени предостерегали потенциальных девиантов от актов сексуального насилия, а ожесточенное сопротивление насильникам было обусловлено тем, что добровольно уступившая девушка «была опозорена навсегда» [30, с. 167].

У команчей из 45 описанных исследователями случаев побегов жен с другим мужчиной в 41 случае покинутые мужья приняли материальную компенсацию и лишь в 4 случаях, несмотря на угрозу кровной мести, по разным причинам (вспышка гнева,

невыплата компенсации или ее малый размер) предпочли убить виновника [30, с. 136]. У шайенов обманутый муж, не дождавшийся никакой компенсации от совратителя, получал право в отместку убить нескольких лошадей обидчика или публично унижить его каким-либо образом [30, с. 161–162].

Принятие мужем компенсации означало прощение им оскорбителя, но не гарантировало освобождения жены от ответственности за проступок. У команчей известно немало случаев, когда муж находил и убивал сбежавшую жену или отрезал ей нос [30, с. 139]. Если убийство жены или родственника считалось внутренним семейно-родовым делом и не влекло за собой последствий, то убийство иного общинника грозило кровной местью вне зависимости от обстоятельств, неправоты жертвы и общественного мнения.

Убийства и большинство иных нарушений по-прежнему оставались, как правило, внутренним делом двух коллективов. Однако рецидивист рассматривался уже в качестве публичной угрозы. У эскимосов девиант-рецидивист сурово наказывался изгнанием в арктическую пустыню, а убийца-рецидивист приговаривался общиной к смерти, но не сразу, а при удобном случае. Могли пройти годы, прежде чем предпринималась попытка наказания, а преступник тем временем мог навещать семьи своих жертв, дружески с ними общаться, жить в кажущемся мире и согласии в течение длительного периода. Однако рано или поздно он мог быть внезапно убит ударом в спину, причем не обязательно родственником какой-либо из своих жертв. Известность получил случай, когда староста общины добровольно взял на себя функции палача и убил рецидивиста во время совместной охоты. Предварительно он получил единогласное одобрение общины, в том числе, скорее всего, и от родственников рецидивиста. Поскольку это было не простое убийство, а исполнение публичного приговора, ответная кровная месть исполнителю не грозила. Более того, расправа вполне могла быть совершена ближайшими родственниками приговоренного [30, с. 88–89]. Преступник также мог быть вызван через много лет на бойцовский поединок подросшим мстителем и казнен в случае своего поражения [32, с. 414]. Например, у оленных чукчей, когда группа родственников, сговорившись, но без согласования с общиной, превентивно убивала чрезмерно задиристого члена своего клана, опасаясь, что им придется вести «вражду кровомщения», если это сделает какой-нибудь чужак [3, с. 180]. У коряков существовала практика добровольной выдачи преступника мстящему роду и даже его убийства ближайшими родственниками [6, с. 204].

Омаха на совете семи вождей также приговаривали неисправимого девианта к смерти. Такому человеку сначала давали шанс на исправление, убивая предварительно его лошадей. Если преступник оставался глух к предупреждению, совет назначал воина, который приводил смертный приговор в исполнение при помощи отравленного копья [32, с. 416].

Рецидивизм расценивался как неуважение к обществу и вызов авторитету вождей, что сурово каралось практически во всех родовых обществах. Помимо рецидивизма и открытого неповиновения общественным институтам к публичной сфере относился еще ряд преступлений. Так, у всех индейцев Великих равнин жестокое наказание ожидало нарушителей правил коллективной охоты на бизонов, поскольку один неверный шаг мог вспугнуть все стадо и создать продовольственную проблему всему племени. На период подготовки и проведения такой охоты все индивидуальные устремления подчинялись коллективным интересам. Изобличенного браконьера-одиночку лишали добычи, избивали, ломали его оружие и разрушали жилище. В случае сопротивления его убивали на месте [32, с. 385].

Колдовство по-прежнему относилось к числу тяжелейших публичных преступлений у большинства этносов. У некоторых команчей и эскимосов разовое колдовство про-

щалось, но систематическое наказывалось смертью. Ирокез мог или убить колдунью, застигнутую на месте преступления, или предоставить вынесение приговора совету племени, который всегда имел в распоряжении палачей-добровольцев [15, с. 175].

Заслуживает внимания тот факт, что практически у всех групп эскимосов, от Аляски до Гренландии, неисправимые лжецы приравнялись к убийцам-рецидивистам и колдунам и приговаривались общиной к смерти [30, с. 90].

После выхода в эпоху неолита на новый уровень религиозных представлений расширились и усложнились санкции за нарушение религиозных предписаний и табу, существенно укрепили свои позиции потестарные структуры. Так, у эскимосов роль шамана возросла настолько, что он мог, ссылаясь на волю духов, вмешиваться практически во все дела общинников, в том числе в вопросы брака и личной жизни, а за неподчинение мог любого изгнать из общины [30, с. 73].

У индейцев Великих равнин в процессе охоты на бизонов и боевых столкновений с соседями сложился институт военных обществ, которые стали со временем выполнять обширные контрольно-полицейские и даже судебские функции. Например, юрисдикция шайенских военных обществ распространилась на большинство конфликтов и нарушений внутри племени, за исключением случаев супружеской измены и убийств. В юрисдикции совета племени оказались вопросы казни, изгнания убийц и их помилования.

В обществах высших охотников, рыболовов и собирателей, не испытывавших перенаселения, довольно четко прослеживались традиции тесного родства и тенденция к сбережению своих членов, поэтому закономерно появление различных примирительных и амнистирующих процедур. Так, у различных групп эскимосов активно практиковалось публичное покаяние, а первое нарушение или преступление прощалось практически независимо от тяжести содеянного. Например, нарушение кем-либо из общинников одного из множества табу и предписаний по поверью грозило всей общине голодом, поскольку по воле высших сил все усилия охотников могли оказаться напрасными. В таком случае лишь добровольное признание и раскаяние согрешившего могли спасти от неминуемого сверхъестественного наказания. В случае охотничьих неудач шаман посредством гадания выявлял «нарушителя», которым мог объявить фактически любого. Если обвиненный признавался в содеянном и раскаивался, то вина считалась заглаженной. Однако если он упорно отстаивал свою невиновность, «только его смерть могла успокоить гнев оскорбленного божества» [32, с. 414].

Во многих индейских позднеродовых обществах четко прослеживалось стремление к смягчению участи заблудшего соплеменника. Вожди племен постоянно участвовали в примирительных процедурах, чтобы смягчить для виновного наказание, если тот раскался и поклялся впредь идти праведным путем. Даже приговоренная ирокезами к смерти колдунья могла надеяться на прощение в случае полного признания содеянного и обещания исправиться. При этом, однако, нельзя говорить о полной реабилитации таких преступников, поскольку своего рода печать скверны не позволяла обществу предать забвению их деяния, что проявлялось в их проживании на отшибе, запрете курить общую трубку в мужских собраниях, есть и пить из общей посуды и т. п.

Арапеша в стремлении помочь человеку, совершившему непреднамеренное убийство, призывали пострадавший клан к милосердию, объясняя трагедию кознями многочисленных колдунов [14, с. 248].

Для нормативного регулирования на стадии позднеродовой общины также была характерна институционализация самоубийства в качестве как самонаказания, так и виртуального мщения. Типичный пример самонаказания описан в ситуации у эскимосов

иглулик, когда сын случайно замерзшей пожилой женщины, укоряя себя в ее смерти, покончил с собой, раздевшись и уйдя в арктическую пустыню. Возникновение практики самоубийства с целью мщения обидчику объясняется тем, что у многих племен доведение до самоубийства стало приравняться к убийству и наказывалось соответствующим образом. У тех же эскимосов описан случай, когда пасынок, оскорбленный замечаниями отчима, что тот не стоит съедаемой пищи, раздевшись, ушел на мороз и замерз [30, с. 77]. По первобытным представлениям наказание в подобных случаях было двойным: община могла наказать обидчика за доведение до самоубийства, кроме того, дух покойного грозил обидчику всевозможными бедами и напастями.

На примере арапешей и других племен Новой Гвинеи можно видеть трансформацию коллективной ответственности от родовой к общинной. Так, если по какой-либо причине умирал молодой арапеш, то это легко объяснялось проделками дальних соседей, после чего подкупался колдун, который должен был наслать злые чары на любого юношу недружественной общины. В ответ на похищение чьей-либо жены похищалась женщина из общины виновника, с которым она могла даже не состоять в родстве, и т. п. [14, с. 289–290]

В завершение темы об институте наказания в позднеродовой общине отметим, что на этом этапе начали формироваться суды, игравшие важнейшую роль при назначении наказания. Их появление было вызвано потребностью в урегулировании межродовых конфликтов, возникавших в общине по мере ее разрастания и увеличения числа составлявших ее кланов и линиджей. Однако полноценная институционализация суда произошла уже в рамках общины нового, неродового типа.

Позднепервобытная (гетерогенная, соседско-большесемейная) община складывалась вследствие многочисленных хозяйственно-культурных и социальных изменений эпохи неолитической революции, которые привели к росту прибавочного продукта, институционализации частной собственности, ослаблению родовых связей, имущественной и социальной дифференциации. Ее формальным началом можно считать первое общественное разделение труда – отделение скотоводства от земледелия. Закрепление новой формы общины проходило параллельно со вторым общественным разделением труда – отделением ремесла от земледелия и развитием обмена. Устаревшее нормативное регулирование не годилось для обслуживания новых социально-экономических отношений, поэтому из консервативных морально-религиозно-правовых мононорм родового общества стали выделяться правовые обычаи, к которым постоянно добавлялись новые актуальные нормы правового характера, способствовавшие формированию свода обычного права.

Из-за неравномерности процесса социально-экономических изменений у разных племен позднепервобытная община получила довольно много локальных вариантов. При этом она лучше изучена, поскольку наблюдалась во всех частях ойкумены у большинства догосударственных обществ, попавших в сферу исследовательского внимания в XVIII – начале XX в., а это многочисленные этносы эпохи позднего неолита и раннего металла.

Характерной особенностью нормативного регулирования в рассматриваемый период стало существенное расширение спектра нарушений. К традиционному набору добавились соучастие в убийстве, вовлечение в преступление, злонамеренное убийство чужого скота, клевета и ложное обвинение, порча и необоснованный захват чужого имущества и т. п. В силу правовой неурегулированности основную массу дел в судах составили многочисленные тяжбы по вопросам материального характера: по захвату собственно-

сти, делению наследства, просроченным долгам, нарушению договоров и др. Поскольку нарушения увеличились количественно и усложнились в качественном отношении, претерпел метаморфозы и институт наказания. Наиболее важными изменениями стали расширение сферы использования композиции – материальной компенсации пострадавшей стороне и/или вождю, а также дифференциация наказаний в зависимости от социального положения сторон конфликта. Изначально сумма материальной выплаты пострадавшей стороне никак не фиксировалась и в каждом конкретном случае зависела от двух составляющих – запроса пострадавшей стороны и возможностей виновной. Постепенно вырабатывались и закреплялись определенные размеры выплат за каждый вид нарушения, а за убийство еще и в зависимости от статуса, пола и возраста жертвы. Например, у древних киргизов убийство рядового общинника обходилось убийце в 100 лошадей или 1000 овец, а за знатного человека родственники требовали в семь раз больше. Композиция за убийство женщины обходилась в половину, а за ребенка – в три раза меньше [32, с. 403].

Указанные изменения хорошо прослеживаются в динамике на примере целого ряда этносов, имевших различия в уровне социально-экономического развития и социального расслоения. Так, у ифугао о-ва Лусон к моменту контактов с европейцами произошло разделение по уровню богатства на три социальные группы. С эффективными потестарными структурами на уровне семьи и общины, но при полном отсутствии централизованной власти ифугао имели развитую систему наказаний, которые варьировались в зависимости от принадлежности виновного и потерпевшего к той или иной категории. Если конфликтующие стороны принадлежали к одной группе, наказание назначалось сравнительно легко, некоторые сложности возникали при конфликтах представителей разных групп. Богатые и знатные в случае своей виновности перед середняками или бедняками платили меньше, чем за деяние против себе подобных. Если же истцом является богатый и знатный, а обвиняемый – середняк или бедняк, то последние вынуждены платить больше, чем за аналогичное деяние против представителей своих социальных групп. В результате примирительных процедур компромиссный размер компенсации мог быть установлен посередине размеров, формально установленных для двух разных групп [30, с. 117].

Обычное право ифугао предусматривало два вида наказания за любые нарушения: наложение материального штрафа и смерть – по общественному приговору или в результате вендетты. Кровной мстью наказывалось лишь умышленное убийство. При смягчающих обстоятельствах, не требующих ответного пролития крови, убийца должен был организовывать большой и щедрый пир и предоставить наследникам убитого хорошие подарки. Для богатых это было вполне приемлемое наказание, в то время как для середняков такие материальные затраты становились тяжелым бременем на многие годы, а у бедняков долги по компенсации после смерти родителя переходили на его детей [32, с. 402–403].

У более продвинутых этносов кровная месть была сведена к минимуму. Например, у тробрианцев, имевших потомственную знать с наследственными вождями, она встречалась лишь в случае убийства взрослого знатного мужчины. Во всех остальных ситуациях производилась «плата за кровь» [13, с. 273]. Исключение составляли случаи, когда жертва, по общественному мнению, своим вызывающим и оскорбительным поведением сама заслуживала смертельного наказания [13, с. 769]. Тлинкиты Аляски также принимали материальную компенсацию лишь за рядового общинника. Если же был убит знатный человек, то клан убийцы должен был понести равную по статусу потерю, при этом

сам преступник мог остаться целым и невредимым. Чтобы не усугублять межклановый конфликт, стороны определяли кандидата на заклание путем упорных переговоров и торга о его статусе [34, с. 146–147].

У народов, достигших порога протогосударства, кровная месть была фактически запрещена, поскольку лишение жизни стало прерогативой верховного вождя – по общему выражению ашанти, «только правитель может властвовать мечом» [30, с. 232].

Нарождавшиеся нормы обычного права часто вступали в противоречие с традициями, что порождало конфликтные ситуации. Например, у ифугао, так же как и у тробрианцев, муж, заставший жену с любовником, по древней традиции имел право заколоть обоих на месте, но в соответствии с новыми нормами обычного права мог потребовать значительную материальную компенсацию, причем двойную – от любовника жены и от родственников жены. В случае убийства любовников он рисковал потерять жизнь в результате неминуемой кровной мести, а в случае получения компенсации рисковал потерять общественное уважение. По представлениям ифугао, еще не подвергшихся в полной мере влиянию товарно-денежных отношений, «уважающий себя мужчина должен использовать копье в горячем гневе и получить его в спину в виде холодной мести» [30, с. 119].

Якут мог безнаказанно убить застигнутого любовника жены, но высокие ставки компенсации повсеместно побуждали к отказу от старых традиций в пользу норм обычного права [10, с. 35]. Так, у ифугао в случае изнасилования замужней женщины преступник был обязан выплатить весомую компенсацию женщине, ее оскорбленному мужу и роду мужа. Если насильник был женат, то он должен заплатить и роду жены [30, с. 120]. Заинтересованные в подарках родственники оказывали серьезное влияние на пострадавшую сторону с целью мирного разрешения конфликта. Столь мудрый механизм не только содействовал переходу к правовой регулятивной системе, но и эффективно предостерегал от противоправных действий, способных разорить даже сравнительно обеспеченного человека.

Обычное право формировалось и изменялось в интересах новых экономических отношений и прежде всего защиты частной собственности. Так, у всех этносов кража оставалась одним из наиболее презируемых преступлений, наказание за которое постоянно ужесточалось. Это было уже не только общественное порицание и возврат похищенного, но и трех-четырёхкратная компенсация, а у якутов, например, был зафиксирован девятикратный размер компенсации за угнанный скот [10, с. 35]. Примечательна правовая практика ифугао, которые взимали с неимущих эквивалент похищенного, с обычных общинников – эквивалент и компенсацию в том же размере, а с богатых и знатных – четырёхкратную стоимость [30, с. 120]. Справедливость такого дифференцированного подхода ифугао обосновывали тем, что чем выше социальный статус вора, тем больше степень его позора, а следовательно, и конечный размер наказания. На архипелаге Самоа в Полинезии собрание, выполнявшее функцию суда, могло приговорить вора к самоизбиению камнем, пока его кровь не начинала струиться по телу. Частым наказанием также было выставление девианта со связанными руками и ногами на несколько дней под лучи палящего солнца [32, с. 417]. Галлы сжигали воров и иных преступников, принося их в жертву богам [22, с. 127].

По-прежнему за тяжкие преступления и рецидивизм достаточно широко практиковалось изгнание. Б. К. Малиновский писал про тробрианцев: «Никакая сила не могла отменить приговор изгнания. Если прозвучали слова «ступай прочь», «мы изгоняем тебя», человек должен был уйти из деревни. Эти слова, очень редко произносимые с полным

чувством их значимости, имеют обязательную силу и почти магическую власть, когда они адресуются жителями деревни чужаку, живущему среди них. Человек, который осмелился бы проигнорировать содержащееся в них страшное презрение и остаться, несмотря на него, был бы опозорен навсегда. По сути, никакого выхода из этого положения, помимо немедленного подчинения ритуальному изгнанию, нельзя даже представить. [13, с. 265–266]. По свидетельству М. Мид, на о-ве Бали пару, уличенную в инцесте, изгоняли в страну наказания, «где царят только боги смерти» [14, с. 308].

Институт наказания еще более усложнился на завершающем этапе первобытности – эпохе вожества и военной демократии, на фундаменте которых возникали первые протогосударства. Многочисленные военные конфликты, перераставшие в продолжительные захватнические и оборонительные войны, требовали постоянных материальных поступлений для содержания войска и формировавшегося управленческого аппарата. На примере ашанти мы видим, как обычное уголовное право активно использовалось для пополнения казны вождя, в том числе и в ущерб своей основной функции – урегулированию конфликтов и предостережению от противоправного поведения. Каждый член племени был ценен в качестве потенциального плательщика налогов и штрафов, а потому смертная казнь в системе наказаний была предусмотрена лишь за вопиющие преступления. В остальных случаях человек платил штрафы, компенсации или попадал в рабство. Обычное право ашанти отошло от корпоративной ответственности за убийство, что минимизировало практику кровной мести [37, с. 289].

На этапе позднепервобытной общины происходит стремительный рост статуса вождя, что было связано с повышением роли потестарных структур в урегулировании внутриобщинных и межобщинных конфликтов, обеспечении продовольственными и иными ресурсами, решении вопросов внешней безопасности и т. д. Возникло множество табу, связанных с вождями, которые активно перекраивали нормативное регулирование в своих интересах. На тробрианском материале хорошо прослеживается, как появлялись новые нормы и вводились наказания за их нарушение. Теперь ничья голова не могла быть выше головы вождя, к которому приближались низко нагнувшись. Только вожди могли носить богатые украшения из морских раковин. Запрещалось демонстрировать превосходство над вождем в каких-то личных качествах, в богатстве, украшении жилища и даже просто вступать с ним в спор. Произнесение в присутствии вождя бранных слов, пусть даже в адрес его свиньи, расценивалось как оскорбление самого вождя и имело печальные последствия для девианта [13, с. 769]. У многих племен преступления против вождя со временем стали рассматриваться как самые опасные преступления против всего общества, как, например, у тробрианцев [13, с. 685–686] и у ашанти [30, с. 239–240], а наказанию мог быть подвергнут не только преступник, но и его семья [29, с. 154]. Верховные вожди тробрианцев для реализации своей власти и осуществления наказаний содержали целый штат лучших колдунов, а также одного-двух потомственных палачей [12, с. 65].

Если на протяжении многих тысяч лет главная задача потестарной власти сводилась к предотвращению внутренних конфликтов, обеспечению выживания и единства первобытного коллектива, то в период вожества на первое место выходит получение средств для создания военизированного протогосударства с пирамидальной системой управления и подчинения. Раннеклассовые полинезийские этносы, например, самоа, практиковали грабительский набег в качестве наказания за ряд противоправных деяний. После вынесения решения о наказании лидеры общины подходили к домохозяйству преступника, созывали людей и официально объявляли приговор. Затем они подавали

сигнал, по которому начиналось разграбление имущества и запасов, после чего дом поджигали, преступника избивали и вместе с семьей изгоняли из общины. Аналогичным образом поступали маори Новой Зеландии, если общинник уничтожил коллективную собственность в результате пожара или лишил племя запасов пищи в результате своей небрежности [32, с. 417].

У кафиров Южной Африки штрафы налагались практически за любое нарушение, причем основная их часть шла уже не пострадавшей стороне, а в казну вождя: за убийство – 7–10 голов скота, за аборт или содомию – 4–5 голов скота, за соблазнение замужней женщины – 1–7 голов скота, в зависимости от статуса мужа и наступления беременности. Даже в случае драки и нанесения побоев штраф хоть и в разном объеме, но налагался на обе стороны, поскольку по представлениям кафиров «ничто не считается основанием, чтобы один человек ударил другого, даже в порядке самообороны» [32, с. 423].

С целью пополнения казны многие частные дела легко переходили в публичную плоскость. Например, у ашанти кредитор, исчерпавший иные способы вернуть просроченный долг, мог обратиться к вождю, который за определенную плату посылал к должнику своего казначея в качестве коллектора. Отказ в выплате вождю приравнивался к измене, поэтому должник либо платил, либо продавался в рабство в счет уплаты долга. В крайнем случае, действовал принцип коллективной ответственности, и линидж должника платил за него причитавшуюся сумму.

Не менее показательны ситуации с умышленным убийством и покушением на убийство, за которые обычное право ашанти предусматривало казнь. Однако в определенных случаях, при раскаянии и стремлении загладить вину, в судебном процессе преступное деяние могли переквалифицировать на непредумышленное, совершенное под влиянием козней злых духов. В таких случаях подсудимого приговаривали к большой компенсации линиджу жертвы и штрафу в казну вождя [30, с. 235–236]. Размер «выкупа головы» в каждом случае устанавливался судом в зависимости от платежеспособности преступника и мог быть пересмотрен. Известно, что эве, соседи ашанти, успешно практиковали ходатайства о снижении размера наложенного судом штрафа почти на половину [32, с. 421].

Еще более показательна у ашанти ситуация с самоубийцами, которые, по сути, нарушали постулат об исключительном праве вождя распоряжаться жизнями подданных. Самоубийство у ашанти приравнивалось к умышленному убийству. Уполномоченными лицами труп доставлялся в суд, иногда для этого даже выкапывался, если родственники успели его похоронить. Суд завершался обвинением покойного в неуважении к суду и правителю с последующим приговором к отсечению головы. Поскольку самоубийца официально признавался преступником, а любой преступник был обречен способствовать пополнению казны, то вся его собственность конфисковывалась. Наследники лишались наследства, но могли претендовать на узурпацию после первого урожая, целиком достававшегося вождю [37, с. 300–301].

Формирование системы наказания в эпоху военной демократии было связано с целым рядом факторов и не в последнюю очередь с необходимостью ведения многочисленных войн. Пагубность внутренних междоусобиц была очевидна самым воинственным племенам, например, древним германцам, которые, по словам Тацита, стремились искупить человекоубийство «определенным количеством быков и овец» [19, с. 346]. На этом этапе власть вождей, жрецов и шаманов уже была достаточной, чтобы не только убеждать и побуждать, но и принуждать и подчинять. Так, друиды галлов решали почти все спорные дела, как общественные, так и частные, и, по словам Цезаря, «если кто –

будет ли это частный человек или же целый народ – не подчинится их определению, то они отлучают виновного от жертвоприношений. Это у них самое тяжелое наказание. Кто таким образом отлучен, тот считается безбожником и преступником, все его сторонятся, избегают встреч и разговоров с ним, чтобы не нажить беды точно от заразного; как бы он того не домогался, для него не производится суд; нет у него и права на какую бы то ни было должность» [22, с. 125].

В свете обширных данных юридической антропологии устаревшим и не соответствующим действительности выглядит сегодня мнение об отсутствии в первобытности четкого разграничения между умышленными и неумышленными преступлениями, которое якобы подразумевает определенную степень цивилизации [29, с. 147]. Очевидно, что в отличие от родового общества в позднепервобытной общине при определении наказания суд все в большей степени учитывал наличие или отсутствие преступного умысла. Так, если умышленное причинение ущерба у кафиров требовало полной компенсации, то при случайном ущербе он даже не всегда возмещался [32, с. 423]. Как уже говорилось, у многих племен, включая ифугао, тробрианцев, ашанти, эве, галла, умышленное убийство наказывалось смертью, а отсутствие умысла было основанием для принятия компенсации и примирения. Во многих племенах Восточной Африки – акамба, вабони, вабенде, ватеита, ватавета, ваниика, кавирондо, масаи и др. – пострадавшая сторона шла на примирение в обоих случаях, при этом компенсация за непредумышленное убийство была иногда в половину меньше [26, с. 182–183]. Таким же образом дело обстояло у нивхов [24, с. 358]. У якутов убийца должен был отдать родственникам столько скота, сколько они от него потребовали, в противном случае он становился рабом рода убитого [10, с. 35]. У вабенде при неспособности заплатить виру убийца, его жена и дети становились рабами [29, с. 154–155].

Суд ашанти, как правило, смягчал наказание для лиц, находившихся на момент совершения преступления в состоянии опьянения, за исключением случаев оскорбления вождя и убийств. Не подвергались смертной казни также преступники с психическими отклонениями, поскольку считалось, что такие люди больны и не могут нести ответственность за свои поступки. Однако ради общественной безопасности их изолировали от общества, пожизненно приковав к дереву, где они либо умирали, брошенные всеми, либо доживали на попечении родственников. С точки зрения Э. А. Хебеля, это первая зафиксированная практика лишения свободы в первобытности [30, с. 237], которая, несомненно, опровергает мнение, что это более мягкое наказание не применялось из-за непрочности первобытной архитектуры [29, с. 146].

В позднепервобытной общине по-прежнему прослеживается условное деление на рушений на публичные и частные, что на примере галлов отметил еще Юлий Цезарь [22, с. 125]. Как и ранее, значительная часть конфликтов разрешалась в частном порядке, но публичная сфера неуклонно расширялась по мере укрепления потестарных структур и формирования подобия управленческого аппарата. Вера в сверхъестественное наказание еще была крепка, но юрисдикция вождей распространилась на все тяжкие преступления, каравшиеся смертью, – измену, инцест, изнасилование, сексуальные извращения, убийство и покушение на убийство, убийство священного животного. Колдовство каралось смертной казнью, например, ашанти из суеверия стремились не пролить на землю ни капли колдовской крови, поэтому ведьм и колдунов они душили, забивали дубинками, сжигали или топили. Однако, пожалуй, самое изощренное наказание у ашанти было за прелюбодеяние с женой правителя – на протяжении двух-трех дней соблазнитель изощренно пытали, постепенно разрезая на мелкие части [30, с. 240]. Это преступле-

ние считалось тяжелее, чем даже убийство правителя, поскольку оно сочетало в себе квазигосударственную измену – преступление против правителя – с нарушением строжайшего религиозного табу на прелюбодеяние с сакральной персоной. Как мы видим, морально-религиозные элементы в обычном праве протогосударственных общностей еще играли весомую роль, но она становилась менее значимой по мере приближения наиболее передовых племенных союзов и вожеств к порогу цивилизации, в процессе формирования раннеклассовых государств и государственного права.

Подводя итоги краткого анализа генезиса и развития института наказания в первобытном обществе, следует отметить, что феномен нормативного регулирования и социального контроля в первобытности гораздо древнее, сущностно сложнее и многообразнее, чем это было принято считать долгое время, особенно в отечественной юридической науке. Можно выделить, как минимум, три крупных этапа их функционирования, соответствующих основным стадиям развития первобытной общины. Как доказывают данные юридической антропологии, уже на самой ранней ступени человеческого общества – в кровнородственной общине – у многих племен функционировал механизм социального подчинения, включавший в себя как моральные санкции, так и принуждение, открытое применение силы. Институт наказания играл в этом механизме ключевую роль, поскольку его назидательное социальное значение в каждом конкретном случае было важнее участи отдельного девианта. Наказание, частное или публичное, было не только способом устранения конфликта и восстановления сбалансированного состояния социальной системы, но и предупредительным методом формирования общепризнанной нормативной культуры. Таким образом, институт наказания – важный и знаковый элемент общечеловеческой культуры, всегда находившийся в прямой зависимости от ее прогресса, социально-экономических, научно-технологических, политико-правовых и духовно-нравственных изменений. Благодаря ему потестарная власть задолго до появления государства достаточно эффективно регулировала общественные отношения, поддерживая порядок и стабильность, содействуя достижению общественного согласия.

Библиографический список

1. Антонян Ю. М., Звизжова О. Ю. Преступность в истории человечества. М., 2012. 208 с.
2. Берндт Р. М., Берндт К. Х. Мир первых австралийцев. М., 1981. 447 с.
3. Богораз В. Г. Чукчи : пер. с англ. : в 2 ч. Л., 1934. Ч. 1. 192 с.
4. Георгиевский Э. В. Лишение жизни в архаических обществах: обрядовость и быт // Сибирский юридический вестник. 2005. № 4. С. 44–48.
5. Звизжова О. Ю. Первобытная преступность // Общество и право. 2010. № 4(31). С. 214–220.
6. Иохельсон В. И. Коряки: материальная культура и социальная организация. СПб., 1997. 238 с.
7. Кабо В. Р. Первобытная доземледельческая община. М., 1986. 304 с.
8. Косвен М. Преступление и наказание в догосударственном обществе. М. ; Л., 1925. 140 с.
9. Крашенинников С. П. Описание земли Камчатки. М. ; Л., 1949. 847 с.
10. Линденау Я. И. Описание народов Сибири (первая половина XVIII века): историко-этногр. материалы о народах Сибири и Северо-Востока : пер. с нем. Магадан, 1983. 176 с.
11. Локвуд Д. Я – абориген. М., 1971. 221 с.
12. Малиновский Б. Избранное. Аргонавты западной части Тихого океана : пер. с англ. М., 2004. 552 с.

-
13. Малиновский Б. Избранное. Динамика культуры : пер. с англ. М., 2004. 959 с.
 14. Мид М. Культура и мир детства. Избранные произведения : пер. с англ. М., 1988. 429 с.
 15. Морган Л. Г. Лига ходеносауни, или ирокезов. М., 1983. 301 с.
 16. Павлова М. А. Возникновение идеи о наказании в догосударственном обществе и на Древнем Востоке // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2007. № 3. С. 29–30.
 17. Першиц А. И. Проблемы нормативной этнографии // Исследования по общей этнографии. М., 1979. С. 210–240.
 18. Пусторослев П. П. Анализ понятия о преступлении. М., 1892. 123 с.
 19. Тацит Корнелий. Сочинения : в 2 т. СПб., 1993. Т. 2. 734 с.
 20. Трикоз Е. Н. Обычное уголовное право аборигенов Австралии (теоретические проблемы исследования) // Право и политика. 2001. № 4. С. 115–119.
 21. Хачатуров Р. Л. От ответственности в первобытном обществе к юридической ответственности // Вектор науки ТГУ. Серия Юридические науки. 2011. № 4. С. 141–147.
 22. Цезарь Гай Юлий. Записки Юлия Цезаря и его продолжателей о Галльской войне, о Гражданской войне, об Александрийской войне, об Африканской войне / пер. и коммент. М. М. Покровского. М. ; Л., 1948. 559 с.
 23. Шепталин А. А. О применимости этнологических материалов при реконструкции генезиса права и государства // Вестник Удмуртского университета. Сер. 2. Экономика и право. 2016. Вып. 2. С. 137–143.
 24. Штернберг Л. Я. Гиляки, орочи, гольды, негидальцы, айны. Хабаровск, 1933. 740 с.
 25. Элькин А. Коренное население Австралии : пер. с англ. М., 1952. 247 с.
 26. Diamond, A. S. 1950, *Primitive Law*, 2nd edn, London.
 27. Grinnell, G. B. 1923, *Cheyenne Indians: Their History and Ways of Life*, vol. 1, New Haven.
 28. Gusinde, M. 1931, *Die Feuerland-Indianer*, in 3 bd., bd. 1, *Die Selk'nam*. Mödling bei Wien.
 29. Hartland, E. S. 1924, *Primitive Law*, London.
 30. Hoebel, E. A. 1954, *The Law of Primitive Man: A Study In Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge.
 31. Jhering, R. V. 1987, *Der Zweck im Recht*, bd. 1, Leipzig.
 32. Lowie, R. H. 1920, *Primitive Society*, New York.
 33. Maine, H. S. 1908, *Ancient Law*, London.
 34. Oberg, K. 1934, 'Crime and Panishment in Tlingit Society', *American Anthropologist*, vol. 36(2), pp. 145–156.
 35. Pospisil, L. 1971, *Anthropology of Law*, New Haven.
 36. Radcliffe-Brown, A. R. 1965, *Structure and Function in Primitive Society: Essays and Addresses*, The Free Press, New York.
 37. Rattray, R. S. 1929, *Ashanti Law and Constitution*, Oxford.
 38. Robson, W. A. 1935, *Civilisation and the Growth of Law*, New York.
 39. Steinmetz, S. R. 1894, *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe: Nebst einer psychologischen Abhandlung über Glausamkeit und Rachsucht*, bd. 2, Leipzig.