

И. П. МЕДВЕДЕВ

СМЕРТНАЯ КАЗНЬ В ТОЛКОВАНИИ ФЕОДОРА ВАЛЬСАМОНА

Введение смертной казни на заре человеческой цивилизации в систему уголовного права в качестве одного из главных ее институтов имело поистине эпохальное значение. Ведь тем самым упразднялся архаический обычай кровной мести с его вакханалией непрерывной цепи убийств и взаимоистребления родов, снимался первобытный анимистический «комплекс Эринии». Отныне государство брало на себя эту роковую обязанность — давать самое полное удовлетворение чувству возмездия, в то же самое время «ставя точку» в эскалации убийств: так как искупительная казнь стала теперь делом государства, а не частным делом родственника-обвинителя, то и месть за нее не могла быть обращена против последнего; смерть осужденного убийцы не призывала к жизни новой мстительной Эринии, она была не продолжением, а завершением¹.

Похоже, однако, что государство слишком быстро вошло во вкус, в полной мере оценив это крайнее средство уголовной репрессии, распространив его на весьма обширный круг правонарушений, порой весьма незначительных и даже не имевших никакой связи с кровной местью, а также проявив необычайную изобретательность в отыскании все новых, поражающих воображение своей жестокостью способов приведения этой казни в исполнение. Классическим образцом государственного фазиса в развитии идеи возмездия, сопряженной с идеей устрашения, было римское уголовное право, для которого *roena caritatis* означала прежде всего смертную казнь во всем ее жутком разнообразии, о котором нам повествуется, например, в сентенциях римского юриста Павла². Даже в тех случаях, когда *roena caritatis* заменялась какими-то альтернативными видами наказаний, связанными с утратой свободы и гражданских прав, она трактовалась как условная, «политическая» смертная казнь³. Смертная казнь явно выдвигается на первый план и фактически становится *roena ordinaria* в буквальном смысле этого слова.

Ситуация не изменилась существенно и с наступлением христианства, так как церковь, отпавляясь от известных библейских предписаний (Gen. 9, 6; Ex. 21. 12—17; 22.18), а также от учения апостола Павла,

¹ Зелинский Ф. Идея возмездия в античной трагедии и жизни // Русская мысль. 1912. Кн. XI. С. 1—46.

² *Julii Pauli Receptarum Sententiarum ad filium libri quinque* / Ed. G. Haenel. Bonnae, 1833 (см. особенно кн. V). О римском уголовном праве см.: *Mommsen Th. Römisches Strafrecht*. Leipzig, 1899 (Reed.: Graz, 1955). S. 907—916; *Brasiello U. La repressione penale in diritto romano*. Napoli, 1937; *Grodzynski D. Tortures mortelles et catégories sociales: Les summa supplicia dans le droit romain aux III^e et IV^e siècles* // *Du châtement dans la cité: Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*. Rome, 1984. P. 361—403.

³ *Mommsen Th. Römisches Strafrecht*. S. 907 ff.

который утверждал, что власть «не просто так носит меч» (Rom. 13.4), отнюдь не оспаривала законности смертной казни. Воздерживаясь сама по себе от *effusio sanguinis*, от права *exercere gladium*, так как это право противоречит ее природе и ее целям, церковь тем не менее считала, что она *potest alteri gladii tribuere potestatem*, и этим «другим», которому и принадлежит *potestas gladii*, является именно государство, в соответствии с теократической идеей осуществляющее эту власть в качестве *minister Dei* ⁴. От св. Киприана до Августина сохранилась целая серия текстов, подкрепленных соборными постановлениями, для авторов которых нет сомнения, что светская власть не только может, но и должна пользоваться правом карать смертью, хотя нет недостатка и в советах соблюдать умеренность в осуществлении «власти меча» ⁵.

Не умножая здесь известных по специальной литературе примеров, иллюстрирующих позицию церкви в вопросе о культивировании смертной казни, хотел бы привести только один случай из нашей отечественной истории. Рассказывая о проведении Владимиром Святым судебной реформы, которая должна была стать ответом государства на увеличение числа разбоев, летописец в «Повести временных лет» сообщает: «И умножишася зело разбоеве, и реша епископы (а они, между прочим, были из греков. — *И. М.*) Володимеру: Се умножишася разбоиници; почто не казниши их? Он же рече им: Боюся греха. Они же реша ему: Ты поставленъ еси от бога на казнь злым, а добрым на милованье. Достоить ти казнити разбоиника, но со испытаном» ⁶. Поскольку этот случай датируется христианским периодом правления Владимира (после введения христианства как официальной государственной религии в 988 г.), исследователи видели в нем попытку греческого духовенства ввести на Руси действие византийского уголовного права, «привить к русской жизни казнь разбойников, определяемую Кормчей книгой» ⁷. И хотя недавно предпринята попытка оспорить подобную точку зрения и объяснить введение на Руси смертной казни «ростом классовых противоречий», стремлением «казнями прекратить разбой или сократить их количество» ⁸, думается, что одно другому не противоречит: греческое духовенство могло воспользоваться усилением разбойничества как предлогом с целью распространить на ставшую христианской Русь действие «византийского закона». Имели ли «епископы» в виду конкретную норму, зафиксированную в Кормчей книге и предусматривавшую за разбой повешение на дереве, как предполагал проф. Загоскин, сказать трудно ⁹. Для нас важнее констатировать, что и в этом случае как в капле воды отразилась позиция церкви по отношению к смертной казни, и остается лишь удивляться чутью русского летописца, который эту позицию не искажил.

Важно также отметить, что и при «преступлениях» против религии церковь предпочитала придерживаться той же тактики. В «еретическом процессе», например, обвиняемый «уступается» (*relinquitur*) церковью «светской руке» (*brachium saeculare*) для исполнения приговора, и опять же не без настоятельных просьб проявлять к осужденному снисхождение и щадить его жизнь, что, впрочем, не исключало возможности для светского судьи, проявившему такого рода снисхождение, самому быть запо-

⁴ *Biondi B.* Il diritto romano cristiano. Milano, 1954. Vol. 3. P. 447.

⁵ *Ibid.* P. 447—448.

⁶ Повесть временных лет: Текст и перевод // Под ред. В. П. Адриановой-Перетц. М.; Л., 1950. Ч. 1. С. 86—87.

⁷ См., например: *Загоскин Н. П.* Очерк истории смертной казни в России. Казань, 1892. С. 17, 23.

⁸ *Свердлов М. Б.* От Закона Русского к Русской Правде. М., 1988. С. 80.

⁹ *Загоскин Н. П.* Очерк. . . С. 23.

дозренным в ереси и стать добычей инквизиции¹⁰. Правда, с затуханием последних больших гонений на христиан¹¹ со смертной казнью в делах религии стали обращаться осторожнее, зарезервировав ее фактически только по отношению к вероотступникам и манихеям, так как апостасия и манихейство относились к разряду *crimen publicum*¹². Но ведь при желании, а также при теологической и исторической неопределенности статуса этих «делинквантов» (ни апостаты, ни манихеи не были еретиками в прямом смысле слова) под эти категории можно было подвести какую угодно ересь, что, впрочем (как показало замечательное исследование проф. Х.-Г. Бека), постоянно и делалось¹³. А все усиливавшееся на Западе партнерство в церковном судебном процессе государства и церкви привело к вызреванию классической формы «аутодафе», и от искры, вызванной такого рода «актом веры», запылала костры, дымом которых застлало на многие века все государства германо-романского мира.

Но это в католической Западной Европе. В отличие от нее на христианском Востоке церковь предпочитала оставаться в рамках древнехристианской покаянной дисциплины, а иногда и декларировала свой отказ от возможности «умывать руки» посредством выдачи еретика государственной юстиции. Феодор Студит, например, напоминая о том, что ни один церковный канон никогда ни для кого не предусматривал наказания смертью или даже бичеванием (и это сушая правда!)¹⁴, высказывает фундаментальный аргумент в пользу неприменения смертной казни к еретикам: ведь в этом случае у них отнимается всякая возможность однажды раскаяться¹⁵, — этакий конфессиональный вариант юридической проблемы необратимости наказания смертью. Государству, таким образом, не приходилось особенно рассчитывать на помощь церкви, оно вынуждено было бороться с ересями (с теми же павликианами или богомилами) своими средствами, без необходимого идеологического, а порой и юридического обоснования. По мнению Х.-Г. Бека, лишь один-единственный раз за весь период с середины IX и до XV в. включительно в Византии имел место «еретический процесс», который можно подвести под категорию «аутодафе» и жертвой которого стал сожженный на костре богомил Василий¹⁶.

Впрочем, и в отношении «гражданских» преступлений византийское уголовное законодательство не оставалось неизменным в своей свирепости. Конечно, оно унаследовало от Рима всю «обойму» уголовных кар,

¹⁰ Beck H.-G. *Actus Fidei: Wege zum Autodafé*. München, 1987. S. 5.

¹¹ О карательно-правовом аспекте гонений на христиан по данным агиографии в последнее время появилось замечательное исследование Каллиопы Бурдари: Bourdara K. A. *Tò díkaiou stá ágiologiká káimeva*. 'Αθήνα, 1987.

¹² Beck H.-G. *Actus Fidei*. P. 21; Giandomenici A. *Considerazioni sulle Costituzioni contenute nella rubrica De Apostatis nei Codici Giustiniano e Teodosiano* // *Apolinaris*. 1979. Vol. 52. P. 600—617; *Maria Pia Baccari*. *Gli apostati nel Codice Teodosiano* // *Ibid.* 1981. Vol. 54. P. 538—581; *Troianos S. N.* 'Ο «Ποινάλιος» τοῦ 'Εκλογαδίου. Frankfurt a. Main, 1980. S. 45—48.

¹³ Beck H.-G. *Actus Fidei*. *Passim*. Троянос считает, что за двумя наиболее важными группами еретиков — манихеи и монтисты — скрывается «вся совокупность» ересей. См.: *Troianos S. N.* 'Ο «Ποινάλιος» τοῦ 'Εκλογαδίου. S. 117.

¹⁴ Каталог традиционных церковных епитимий, полагавших за «обыкновенное», совершенное неумышленно убийство, демонстрирует нам, например, приговор митрополита Иоанна Апокавка от 1228 г. См.: *Fögen M. Th.* *Ein ganz gewöhnlicher Mord* // *Rechtshistorisches Journal*. 1984. Bd. 3. S. 71—81.

¹⁵ *Nova Patrum Bibliotheca* / Ed. J. Cozza-Luzi. Roma, 1888. Vol. IX, 1. P. 21.

¹⁶ Beck H.-G. *Actus Fidei*. P. 64. На мой взгляд, Х.-Г. Бек мог бы присовокупить сюда, по крайней мере, еще один случай — осуждение на смерть вероотступника Ювеналия в середине XV в. и особенно юридическое и идеологическое обоснование Геннадием Схоларием этого процесса. См. о нем: *Медведев И. П.* Дело вероотступника Ювеналия с юридической точки зрения // *The 17th Intern. Byz. Congress: Major Papers*. N. Y., 1986.

запечатлев их в Дигестах и в юстиниановом Кодексе, но уже вскоре стало адаптировать их в духе большего ограничения и смягчения или, как сказано в Эклоге, «в духе большего человеколюбия» или «милосердия» (ἐπιδιόρθωσις εἰς τὸ φιλανθρωπότερον)¹⁷. Нам здесь не столь важно углубляться в феноменологию самого понятия «филантропия»: возможно, что и прав Т. Грегори, настаивая на том, что «наряду с влиянием христианской нравственности в законодательной деятельности Льва III сильно влияние древней классической идеи «филантропии», сплав всех основных элементов византийской цивилизации, из которых эллинистическое начало ничуть не меньше, чем римское и восточное»¹⁸. Важнее отметить общую «гуманизацию» уголовного византийского права. Конечно, немного странно звучит слово «гуманизация» по отношению к «пенальному» титулу Эклоги, характерная черта которого широта масштабов телесных и членовредительных наказаний (скорее всего, в уголовном праве исаврийцев отразилось обычное народное право, согласно которому преступник должен был наказываться потерей той части тела, при помощи которой он совершил преступление)¹⁹. Но, несмотря на всю свою варварскую жестокость, подобные наказания вполне могли рассматриваться законодателями в качестве провозглашенных «исправлений в духе большего человеколюбия»: ведь они, как правило, были заменой смертной казни; и даже в тех случаях, когда за те или иные правонарушения в Эклоге сохраняется смертная казнь (например, за инцест между близкими родственниками, гомосексуализм, умышленный поджог, отравление с летальным исходом, волшебство, убийство, разбой), мы наблюдаем тенденцию к отказу от особо жестоких способов казни (повешения, сожжения и т. д.)²⁰. В этом смысле именно к уголовно-правовой части Эклоги (к знаменитому 17-му «пенальному» титулу, который, будучи лишь одним из восемнадцати, из которых состоит сборник, тем не менее занимает $\frac{1}{5}$ часть всего объема и $\frac{1}{3}$ часть общего количества глав)²¹ только и относится понятие «филантропии», хотя и поднятые в преамбуле вопросы стоят и по сегодняшнему пониманию в центре проблематики о цели и эффективности наказаний. В целом же Эклога, по мнению проф. Трояноса, представляет собою первый законодательный памятник, пенитенциарная система которого ясно и недвусмысленно предусматривала обе основные цели наказания — служить средством справедливого наказания за причиненный вред (искупление вины) и средством устрашения (превентивная функция наказания)²².

Несмотря на попытки отказа от введенной в Эклоге системы наказаний и попытки реабилитации смертной казни (правда, с ограничением свободы судьи в выборе способа совершения казни: предусматривается исключительно «смерть от меча», т. е. обезглавливание), предпринимавшие позднее (в Приложении к Эклоге, в Эклогадией, в частной распространенной Эклоге)²³, этот новый дух имперского уголовного права продолжал

¹⁷ Ecloga: Das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos V. / Hrsg. von L. Burgmann. Frankfurt a. Main, 1983. S. 160. Z. 6.

¹⁸ Gregory T. E. The Ekloga of Leo III and the Concept of Philanthropia // Βυζαντινά. 1975. Т. 7. Р. 278—287.

¹⁹ Troianos S. Bemerkungen zum Strafrecht der Ecloga // Ἀριέρισμα τὸν Νίχη Σβόρων. Περίοδος, 1986. Т. 1. Σ. 106.

²⁰ Ibid. P. 105.

²¹ Troianos S. Ἡ διαμόρφωση τοῦ ποινικοῦ δικαίου στὴ μεταβυζαντινὴ περίοδο μετὰξὺ Ἰσαυρῶν καὶ Μακεδόνων // Βυζαντινά, 1982. Т. 2. Σ. 87.

²² Troianos S. Bemerkungen. . . S. 100.

²³ Медведев И. П. Развитие правовой науки // Культура Византии (вторая половина VII—XII в.). М., 1989. С. 225.

сохраняться и приносить свои плоды. Так, византийское законодательство стало запрещать пытку как противоречащий «филантропии» институт²⁴, частично были элиминированы наказания смертью и в законодательстве императоров македонской династии, например в Василиках Льва VI. К сожалению, уголовное право Исагоги, Прохирона и Василик еще плохо изучено (возможно, только что опубликованный 8-й том Василик, где как раз и содержится уголовное право, даст импульс такому изучению), но в какой-то мере это было сделано самими византийцами, в частности героем нашего рассказа, знаменитым канонистом XII в. Феодором Вальсамоном, к которому мы (наконец-то!) и переходим.

По достоинству оцененный уже своими современниками, этот (по словам Никиты Хониата) «совершенный законоискусник» и «светило юриспруденции» не забыт и современной наукой, о чем свидетельствуют хотя бы программы двух последних коллоквиумов по истории канонического права XII в.²⁵ Тем не менее не все его творческое наследие достаточно хорошо изучено. От внимания исследователей ускользнуло, например, толкование им понятия уголовного наказания²⁶, в то время как высказанные им при этом идеи знаменуют собою качественный сдвиг в вопросе о применимости смертной казни и, как мне кажется, предвосхищают в какой-то мере аболиционистское движение нового времени.

Дело в том, что осуществленная императорами Македонской династии грандиозная программа «очищения древних законов», заключавшаяся в переосмотре и классификации всего писаного правового наследия, прежде всего содержащегося в *Corpus Iuris Civilis*, с точки зрения его применимости в новых исторических условиях, отмены устарелых законов и адаптации законов, остающихся в силе, «эксэллинизации» юстиниановых законов, т. е. их перевода в греческую языковую систему, и окончательного упразднения всех остатков латинской юридической терминологии²⁷, осталась незавершенной. Она осталась незавершенной прежде всего потому, что вне внимания юристов, практически осуществлявших реформу, оказался один из основных правовых сборников — Номоканон в XIV титулов, известный в науке под названием «Номоканон Фотия»²⁸, в каждой главе которого, помимо церковных правил, содержались соответствующие им гражданские постановления — извлечения из Юстинианова законодательства (Кодекса, Дигест, Институций и Новелл). И хотя возможно, что Фотием была сделана какая-то попытка адаптировать эти законы в духе реформы, в целом эти *κείμενα* контрастировали своим анахронизмом на фоне все более входившего в силу, а к XII в. ставшего единственно действующим нового свода законов — Василик. Это все и заставило пересмотреть гражданскую часть Номоканона и исправить ее, согласно действующему законодательству, — задача, которая была

²⁴ *Ius graeco-romanum* / Ed. I. Zepos, P. Zepos. Aalen, 1962. Vol. 6. P. 355—356. Ср.: *Ahrweiler H.* L'idéologie politique de l'empire byzantin. P., 1975. P. 53. Not. 2.

²⁵ Ἐὸ Βυζάντιο κατὰ τὸν 12 ο αἰῶνα. Ἀθήνα, 1989 (Οἱ Βυζαντινοὶ συγγραφεῖς χανονικοῦ δικαίου καὶ οἱ ἐξουσίαι); 1990 (Οἱ Βυζαντινοὶ συγγραφεῖς χανονικοῦ δικαίου καὶ ἡ κοινωνία). Единственное, пожалуй, исключение см.: *Beck H.-G.* Actus Fidei. P. 52—53.

²⁷ В последнее время картина законодательной реформы императоров Македонской династии кардинальным образом пересмотрена. См.: *Schminck A.* Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern. Frankfurt a. Main, 1986; *Subseciva Groningana: Studies in Roman and Byzantine Law.* Groningae, 1989. Vol. III. (Proceedings of the Symposium on the Occasion of the completion of a New Edition of the Basilica. Groningen, 1—4 June, 1988).

²⁸ О памятке и о спорной роли Фотия в его редактировании см. в последнее время: *Troianos S. N.* Οἱ πηγὲς τοῦ βυζαντινοῦ δικαίου. Ἀθήνα; Κομοτήνη, 1986. Σ. 88—89.

поручена Вальсамону императором Мануилом Комниним и патриархом Михаилом Анхиалом и с блеском им выполнена²⁹.

Теперь об интересующем нас отрывке из комментария Вальсамона. Речь идет о главе 25 Номоканона — «О клириках-отступниках, жрецах, волшебниках, обаятелях, астрологах, числогадателях, прорицаниях, отравках и амулетах». После указания относящихся к этому церковных канонов (62-й апостолов, 1 и 2-й Анкирского собора, 36-й Лаодикийского собора, 73-й св. Василия) Номоканон содержит «текст» (1), в котором приводится подборка цитат из древних римских законов, заимствованных автором Номоканона преимущественно из девятой книги 18-го титула Кодекса Юстиниана и трактующих вопросы разрешенных и неразрешенных видов магии, а также санкций за последние, среди которых фигурируют сожжение, конфискация имущества, ссылка, обезглавливание³⁰. «Наткнувшись» на этот «пакет законов» и сличив их с соответствующими статьями Василия (В.60.39.22—25)³¹, Вальсамон выявляет расхождения в тексте двух памятников, обращая особое внимание на те изменения, которые можно было бы, с его точки зрения, трактовать в духе «большого человеколюбия». Так, даже замену сожжения нарушителей запрета прорицать посредством жертвоприношений наказанием «мечом» и более сурового вида ссылки (*τὸ δεπορτατεῦσθαι*) для подстрекателей к этому менее суровым (*ἔξορία*) Вальсамон склонен трактовать в том смысле, что «древние законы изменились в более человеколюбивую форму и уже не в такой силе изложены в ревизии (имеются в виду Василики. — И. М.), как прежде». И хотя такого рода «прогресс» с современной точки зрения выглядит весьма сомнительным (Нарбеков, например, вообще не видит «большой разницы между изложением Кодекса и Василики»³²), именно он дал повод Вальсамону выступить с собственной концепцией уголовного наказания и с собственной позицией в вопросе о смертной казни. Приводим текст этого отрывка целиком (в переводе В. Нарбекова с некоторыми нашими поправками):

«Заметь на основании помещенных в толковании настоящей главы постановлений, что если по Дигестам и Кодексам, имевшим силу до реформы по очищению, под уголовное наказание подводилось и сожжение, и обезглавление, и повешение, то автор очищения царских законов и составитель Василики не принял этого и в изложенных в Василиках постановлениях Кодекса не поместил этих трех наказаний. Так что не обра-

²⁹ Ibid. P. 148—151; *Stevens G. P. De Theodoro Balsamone: Analysis operum ac mentis iuridicae*. Roma, 1969. Не следует забывать и работы старых русских авторов, прежде всего важное исследование о Вальсамоне и комментированный перевод Номоканона с его схолиями, принадлежащие В. Нарбекову: *Нарбеков В.* Толкование Вальсамона на Номоканон Фотия. Казань, 1899; Номоканон Константинопольского патриарха Фотия с толкованием Вальсамона / Изд. В. Нарбекова. Казань, 1899. Ч. 1: Историко-каноническое исслед.; Ч. 2: Русс. пер. с пред. и примеч.

³⁰ *Rhalles G. A., Poilles M. Συντάγμα τῶν θεῶν καὶ ἱερῶν κληρῶν*. Ἀθήνησι, 1852 ('*ανατόπ.* Ἀθήνησι, 1966). Т. 1. С. 188—200. В последнее время все эти касающиеся «магии» юридические тексты обстоятельно изучены в работе: *Troianos S. N.* Ἡ μαγεία στὸ βυζαντινὰ νομικὰ κείμενα // ἼΙ κληρομερινὴ ζωὴ στὸ Βυζάντιο. Ἀθήνα, 1989. С. 549—572.

³¹ По-видимому, в том экземпляре Василики, которым располагал Вальсамон, нумерация глав не совпала с той, которую демонстрирует новое groningenское издание: *Basilicorum Libri LX, Series A* // Ed. H. J. Scheltema, D. Holwerda, N. van der Wal. Groningen, 1988. Vol. VIII. P. 3009.

³² Номоканон. Ч. 2. С. 310. Примеч. 3. Нарбеков полагает, что *exilium* (= *ἔξορία*) юридически почти равнялось *deportatio* (= *περιορισμός*), «так как и то и другое есть такое изгнание из отечества, которое влекло за собою потерю прав римского гражданства и конфискацию имущества» (Там же). Разница тем не менее существует. См. об этом: *Медведев И. П.* Очерки византийской дипломатики: Частноправовой акт. Л., 1988. С. 195—196.

щай внимания на содержащиеся в I титуле VII книги (как замечает Нарбеков, здесь нужно читать — 60-я книга Василик. — *И. М.*) законы, которые суть Дигесты и говорят, что уголовное наказание есть и сожжение, и обезглавление, и повешение³³. Ибо если позднейшие постановления (имеется в виду, несомненно, Юстинианов Кодекс. — *И. М.*), говорящие об этом, не приняты, то тем более Дигесты. Так что обращай внимание на позднейшие законы, содержащиеся в главе 39 (читай: в титуле 39 книги 60 Василик. — *И. М.*), а не на Дигесты, как более древние и утратившие свое значение.

Заметь также на основании настоящей главы, что как не принял император того, чтобы кто-нибудь подвергался сожжению, как мы сказали в толковании настоящей главы, так не принял он усекновения и обезглавления халдеев и магов, а вместо этого положено наказание содержанием в оковах³⁴. Итак, приняв во внимание как многое другое, так равным образом и то, что обезглавление, сожжение, отравление ядом, побивание камнями, низвержение в пропасть есть *не уголовное наказание, а бесчеловечное убийство* (курсив мой. — *И. М.*), уголовное же наказание — это изгнание, ослепление, отсечение руки и прочее, что дает наказываемому время для раскаяния (в результате) удаления виновного и по причине продолжительности наказания, скажи, что если какие законы из содержащихся в Василиках противны настоящему учению, так это Дигесты, и они не должны иметь силы. Узаконено ведь, что постановления (Василик) предпочтительнее Дигест, когда они узаконивают что-либо относительно одного и того же предмета, и что по законам и всем новеллам мы должны толковать законы в духе большего человеколюбия и сообразно с этим выносить приговоры. Так что не удивляйся, что собор в Константинополе во дни святейшего патриарха кир Михаила (II Куркуаса) Оксита (1143—1146) постановил и поручил предать огню богомилов³⁵. Ибо о законах тогда, естественно, не было и речи, тем более что богомилы, неуклонно держась своей ереси, заранее принимали сожжение как мученичество³⁶. Я же, зная, что никакой церковный канон никогда не допускал казни, что церковный закон вообще не ведает телесных наказаний, а (ведает это) закон гражданский, до сих пор еще удивляюсь, каким об-

³³ Имеется, по-видимому, в виду D.48.19.28-V.60.51.26. Из этого отождествления вытекает еще одно тождество — понятий *ἡ κεφαλὴ καὶ ποινὴ* у Вальсамона и *ἡ ἐσχάτη τιμωρία*, ибо именно о последней идет речь в указанной статье Василик.

³⁴ В. Нарбеков переводит словосочетание *ἡ διὰ σιδήρου τιμωρία* словами «наказание мечом» (Номоканон. С. 312), что, конечно же, было бы предпочтительнее. Но ведь это противоречит как всему контексту мысли Вальсамона, так и смыслу фразы, так как «наказание мечом» — это лишь описательное обозначение обезглавливания. В то же время *διὰ σιδήρου* вполне может означать «оковы», «кандалы», что и засвидетельствовано Михаилом Гликой (XII в.); он пишет о содержащихся в столичной тюрьме преступниках, которые *τὰς χεῖρας ἔφεραν σιδήρῳ δεδεμένους*. См.: *Tsolakes E. Th. Μιχαὴλ. Γλοσσὰ Στίχοι οὗς ἔγραψε κατ' ὄν κατεσχέθη κειρον. Θεσσαλονίκη*, 1959. С. 20.

³⁵ Поразительное свидетельство! Оно тем более поразительно, что является уникальным: ни в одном другом источнике оно не упоминается. По мнению Бека, Вальсамон, возможно, нашел в архиве проект (Ein Konzept) такого постановления, которое, однако, не получило одобрения в синоде или после составления решения под чьим-то давлением было немедленно отменено, как в свое время решение синода при патриархе Никифоре I. Может быть, именно с этим решением, предполагает Бек, связана отставка патриарха Михаила в 1146 г. См.: *Beck H. G. Actus Fidei*. S. 53. Как бы то ни было, не доверять Вальсамону мы не имеем оснований: ведь многие тексты императорских новелл, соборных и патриарших постановлений, приведенные в комментарии Вальсамона, только здесь и сохранились (ср.: *Нарбеков В.* Толкование. . . С. 240).

³⁶ Не думаю, что в этих словах содержится намек на случаи самосожжения богомилов, «подобно некоторым из наших раскольнических толков», как предполагает В. Нарбеков (*Нарбеков В.* Толкование. . . С. 312, примеч. 3).

разом собор вынес тогда такое постановление; ибо отсекаль еретиков от тела христиан мы научены, а наказывать их не учились; но упорствующих следует предавать гражданскому закону, и приговоры против них должны выноситься (светскими) властями»³⁷.

Итак, несмотря на всю лапидарность приведенного здесь текста, можно, мне кажется, констатировать, что мы имеем перед собой достаточно развитую систему представлений об основных принципах уголовного права. Во-первых, налицо принципиальный отказ от отождествления уголовного наказания, и в частности высшей меры уголовного наказания, со смертной казнью, замена последней целой шкалой альтернативных видов наказания. Тем самым удовлетворялось требование, которое выдвигалось новейшей прогрессивной криминалистикой: высшую ступень в «лестнице наказаний» не должны занимать излишне жестокие наказания, так как в этом случае невозможно сохранить соразмерность между преступлениями и наказаниями (если будет совершено особо «вредное и ужасное преступление», а высшая ступень наказаний уже использована для менее тяжких преступлений)³⁸.

Во-вторых, налицо фактический отказ от смертной казни вообще как вида уголовной кары, как не отвечающей ни религиозным, ни теоретическим, ни практическим целям наказания. Вальсамон, конечно, отдает необходимую историческую дань той позиции, которую, как мы видели, занимала церковь в данном вопросе: он за передачу преступников для наказания светским властям в соответствии с «гражданским законом». Но ведь сам этот «гражданский закон» отождествлялся им с Василиками, в которых, как было уже отмечено, предписанные законодательством прежних веков наказания смертью были частично (а Вальсамон, по-видимому, считал, явно выдавая желаемое за действительное, что полностью) элиминированы. Во всяком случае, как с полным основанием полагает проф. Бек, Вальсамон явно не связывает с уступкой церковью еретика государству для наказания никакого права церкви требовать совершенно определенного вида наказания, как на это претендовали западные церковные инквизиционные суды³⁹. И уж тем более он не мог под этим «определенным видом наказания» иметь в виду смертную казнь, ибо, назвав ее «бесчеловечным убийством, а не уголовным наказанием», он тем самым определил и свою позицию по отношению к той проблеме, которую ныне известная правозащитная организация «Международная амнистия» определяет словами: «Когда убивает государство».

Конечно, в арсенале аргументов Вальсамона против смертной казни превалируют традиционные, и прежде всего ссылка на то, что церковное каноническое право не знает телесных наказаний. Традиционна и мысль о невозможности для казенного раскаяться, чревата уже идеей необратимости смертной казни, хотя представления о судебной ошибке и невозможности ее исправить в случае казни (один из основных аргументов нынешних сторонников отмены смертной казни) у Вальсамона, по-видимому, еще не сложились. Зато «свежей» представляется мысль о преимуществах изоляции преступника от общества (ἡ ἐπιταξίμενος ἀπόστασις) и «длительности наказания» (τὸ ἐπὶ πολὺ τιμωρεῖσθαι), о чем ратуют и современные аболиционисты, полагая, что в этом случае обеспечивается достаточная и повторяющаяся наглядность наказания. Наконец, уникальным кажется соображение Вальсамона, высказанное им по поводу дела с сож-

³⁷ *Rhalls G. A., Poiles M. Σύστασις...* Т. 1. Σ. 189—191.

³⁸ Ср.: *Решетников Ф. М. Беккариа. М., 1987. С. 62.*

³⁹ *Beck H.-G. Actus Fidei. S. 53.*

жением богомилов, — соображение о недейственности, а стало быть, и о неправомерности и нецелесообразности смертной казни⁴⁰.

Жаль, конечно, что Вальсамон не развил полнее своих взглядов по этим вопросам, но общая направленность его мысли просматривается достаточно четко. Она характеризует его как предшественника такого апостола новейшего аболиционизма, как итальянский юрист XVIII в. Чезаре Беккария, своей бессмертной книгой *Dei delitti e delle pene* (1764 г.) совершивший переворот во взглядах цивилизованного человечества на проблему смертной казни: и смертная казнь и жестокие устрашительные наказания признаны быть безусловно исключенными из уголовных кодексов всего мира. И когда говорят, что в 28-й главе трактата Беккарии («О смертной казни») «впервые разум и чувство сошлись в безусловном осуждении смертной казни»⁴¹, то допускают неточность: это уже было, и было в Византии. Жаль, что и сам Беккария ничего не знал о Вальсамоне, а отмечал лишь те заполненные предписаниями смертной казни «обрывки законов древнего народа-завоевателя, собранные повелением государя, царствовавшего в Константинополе двенадцать веков назад (имеется в виду, конечно, Юстиниан и его *Corpus Iuris Civilis*. — *И. М.*), перемешанные впоследствии с обычаями лангобардов и скрытые в груди фолиантов, наполненных запутанными толкованиями частных лиц», которые «составляют собрание преданий, в значительной части Европы именуемых, однако, законами»⁴².

Жаль, наконец, и нам (русским), что Номоканон в 14 титулах пришел на Русь без смягчающих комментариев Вальсамона⁴³, и тем самым вся содержащаяся в его гражданской части «лествица уголовных кар», на верхних ступенях которой непременно фигурировала смертная казнь, а также богатый набор членоредительских и телесных наказаний, через посредство Кормчей широко отразилась в древнерусском (и вообще русском) праве, достигнув кульминации в знаменитом Соборном уложении 1649 г.⁴⁴ Таким образом, «византинизм (скорее «римский правовой элемент» византизма. — *И. М.*) оказывает решительную победу над русским светским уголовным правом, которое в течение целых шести столетий упорно ему противодействовало, начиная со времен Владимира, отказывавшегося от совета греческих епископов казнить разбойников, и Владимира Мономаха, оставившего своим сыновьям завет не казнить смертью ни правого, ни виновного»⁴⁵.

⁴⁰ Следует также отметить, что Вальсамон создавал свой комментарий по поручению императора Мануила Комнина, при котором смертная казнь, как кажется, вообще не применялась. По свидетельству Евстафия Солунского, Мануил смягчал судебные приговоры, предписывавшие смертную казнь, меняя ее на увечье. В то же время он добивался более строгого и неукоснительного выполнения всех прочих наказаний, в частности для убийц, указывая на неприемлемость снисходительного отношения к ним, даже воспользовавшимся правом убежища («те, кто убивает намеренно, не заслуживают милосердия и не нуждаются в нем»), и фактически выдвигая принцип неотвратимости наказания. В его новелле обращает также на себя внимание ссылка на народы, у которых нет священного закона, действовавшего как средство устрашения, и у которых тем не менее совершается мало преступлений, связанных с убийствами, — еще одна констатация неправомерности смертной казни. См.: *Macrides R. Justice under Manuel I Komnenos: Four Novels on Court Business and Murder // Fontes Minores*. 1984. Vol. VI. P. 99—204.

⁴¹ *Venturi F. Cesare Beccaria // Dizionario biografico degli Italiani*, 1965. Vol. VII. P. 8.

⁴² *Cesare Beccaria. Dei delitti e delle pene / A cura di Franco Venturi*. Torino, 1978.

⁴³ См. об этом: *Шапов Я. Н.* Византийское и южно-славянское правовое наследие на Руси в XI—XIII вв. М., 1978. С. 119—120.

⁴⁴ См. новое академическое издание этого памятника: *Соборное Уложение 1649 года / Под ред. А. Г. Манькова*. Л., 1987.

⁴⁵ *Загоскин Н. П.* Очерк истории смертной казни в России. Казань, 1892. С. 44—45.