

Э. Грейс*

КСЕН, ОБВИНЕННЫЙ В УБИЙСТВЕ ПО АФИНСКОМУ ПРАВУ**

1. ОТВЕТЧИК-МИТИЛЕНЕЦ В ДЕЛЕ ГЕРОДА

Информация источников в отношении иноземцев-неметек, обвиняемых в убийстве, не намного дополняет данные фрагментарного эпиграфического материала, и, не строя многочисленных догадок, ее невозможно использовать в качестве основы для обобщения категории в целом. Прямые указания на судебную процедуру, связанную с такого рода убийством, фактически засвидетельствованы только для одного случая и содержат аргументацию подсудимого. Мы находим ее в V речи Антифонта «Об убийстве Герода». В конце V в. (речь обычно датируется временем ок. 417—414 гг. до н.э., хотя некоторые относят ее к более раннему времени, вплоть до 424 г.) гражданин Митилены, подозреваемый в убийстве, был обвинен в Афинах как злостный преступник (κακοβροϋς) по одной из разновидностей общественного иска, известного как ἀλαωυή. Подсудимый отрицает свою ответственность по закону о какургах и решительно оспаривает законность применяемой к нему судебной процедуры: поскольку его фактически судят за убийство, преследование должно вестись согласно δίκη φόρου. Эта проблема обсуждалась и современными историками права, а также издателями речей Антифонта, но не в том аспекте, который затрагивал подсудимый, а с точки зрения того, как соотносится процедура ἀλαωυή со статусом обвиняемого как чужеземца¹. Возможно, в данном случае принципиальное значение имеет прежде всего тот факт, что обвиняемый был гражданином города — члена Афинской архэ и предполагаемое убийство произошло на Лесбосе, в Метимне. Герод, предполагаемая жертва (он пропал без вести), обычно считается афинянином, одним из клерухов, поселенных в Митилене после подавления восстания в 427 г. до н.э. Поскольку в речи ничего не сказано о статусе Герода, некоторые исследователи настаивают, что он был

* Публикуемая статья происходит из личного архива автора и любезно предоставлена редакции нашими чехо-словацкими коллегами проф. П. Оливой и Я. Печиркой, которым мы выражаем искреннюю признательность. Эмилия Львовна Грейс (1911—1986) с 1953 г. в течение трех десятилетий работала в Институте всеобщей истории АН СССР, непрерывно и тесно сотрудничая с журналом «Вестник древней истории». Публикация на его страницах данной статьи — благодарная дань светлой памяти Э.Л. Грейс.

**Перевод Л.В. Семенченкс.

¹ Обзор современной дискуссии (исчерпывающий анализ которой я не пытаюсь здесь представить) можно найти у Липсуса (AR. P. 317), Л. Жерне (Замечания к V речи Антифонта и XIII речи Лисия в изданиях Бюде), МакДоуэлла (АНЛ, гл. XIII). Из более ранних исследований наиболее часто в этой связи цитируются А. Philippi (Der Areopag und die Epheten. В., 1874), Н. Meuss (De ἀλαωυή actione apud Athenienses. Breslau, 1884), Т. Thalheim («Ἀλαωυή // RE. I. 1894), G. Glotz (La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce. P., 1904. P. 425 ff.).

митиленцем². Однако даже если это действительно было так, по уставу Архэ судебное решение по такого рода делу не было прерогативой митиленского суда, как замечает в другой связи сам ответчик (§ 47). Другое дело, что обвинение, которое в рамках апагоге, равно как и других общественных судебных процессов, могло быть предъявлено «каждым, кто пожелает» (*ὁ βουλόμενος*), т.е. любым юридически полноправным гражданином, в данном случае осуществляется близкими родственниками пострадавшего³. И, наконец, для нашей проблемы существенно, что атака на подсудимого велась по крайней мере по трем направлениям. Кроме обвинения его в убийстве Герода, притивная сторона заявляла или недвусмысленно намекала на антиафинские политические мотивы содеянного, а также на мотивы личной выгоды, преследуя которую он действовал при убийстве в качестве исполнителя чужой воли. Очернение репутации оппонента и демагогические намеки на его политические взгляды или связи весьма обычны для судебной тактики этой и других эпох, особенно в случае, если обвинению не хватает реальных доказательств. В нашем случае, однако, обвиняющая сторона была вооружена наиболее сильным из возможных доказательств, а именно, свидетельством, полученным под пыткой. Поэтому есть основания предполагать, что дополнительные ссылки на политический интерес и личную выгоду подсудимого представляют собой нечто большее, чем обычная демагогия: что они были выдвинуты для обоснования используемой формы судебного иска. Ведь оставляя в стороне вопрос о том, какую роль мог играть в этом деле чужеземный статус подсудимого, можно предположить следующее: если бы были выдвинуты убедительные доказательства того, что обвиняемый совершил политическое убийство, угрожающее афинскому контролю над подчиненным союзником, чье восстание лишь недавно было с трудом подавлено, что, более того, он совершил это убийство в качестве агента третьего лица (и кто знает, сколько еще людей могло быть вовлечено в это дело?), право на свободы и привилегии, предусмотренные при рассмотрении дела в суде Ареопага согласно процедуре *δίκη φόβου*, могло быть не без оснований оспорено в пользу более жесткой формы преследования.

2. ПРОЦЕДУРА АПАГОГЕ

В качестве способа судебного преследования апагоге отличалось от других видов вчинения исков, будь то частных или общественных, в двух моментах: оно предполагало (1) немедленный арест, т.е. вместо того, чтобы вызвать обвиняемого к магистрату в указанный срок, обвинитель арестовывал его и силой помещал (*ἀλάσειν*) в государственную тюрьму (*τὸ δεσμότηριον*); (2) содержание под стражей до тех пор, пока по делу не будет вынесено судебного решения или постановления должностного лица. Вариантами этой процедуры были *ἐνδειξις*: обвиняющая сторона достигает тех же результатов (немедленного ареста и содержания под стражей до суда), сообщая магистрату о характере преступления и месте нахождения обвиняемого, и *ἐφήγησις*: обвинитель

²См. *Blass F. Attische Beredsamkeit* I¹. Lpz., 1868. P. 163. Not. 1 (ссылка на Мецнера); *Lipsius. AR. P. 973. Not. 22* (ссылка на Шоманна). Бласс доказывал афинское гражданство Герода, ссылаясь на яростный гнев афинян по отношению к подсудимому, который проявился наиболее ярко в требовании содержать его в тюрьме до суда. Однако последнему можно найти и другое объяснение, и в недавнее время старые сомнения в отношении афинского гражданства Герода стали возникать на новой почве: см. *Gomme. Commentary. II. P. 331. Not. 2*.

³Строго придерживаясь текста § 56 («ты и близкие родственники» Герода), мы скорее должны были бы сказать, что обвинение было представлено неизвестным лицом вместе с родственниками пострадавшего. Однако акцент падает на участие последних, что является характерной чертой *δίκη φόβου*, хотя и присущей не только этому виду иска (см. *Lipsius. AR. P. 243 f*). Если Герод был митиленцем, неидентифицированное «ты» могло подразумевать афинянина, который вносил иск или, просто оказавшись на месте преступления, содействовал привлечению преступника к суду и затем стал вести дело совместно или от имени родственников Герода.

сопровождает магистрата на место, где осуществляется арест. Απαγωγή и ἐνδείξις — наиболее часто встречающиеся виды судебного преследования и иногда закон даже предписывает их совместное использование⁴. Если дело передавалось в суд, последний, по-видимому, руководствовался теми же правилами, что и в случае обычного публичного иска (γραφή): обвинитель, к примеру, подлежал штрафу в 1000 драхм, если ему удалось собрать 1/5 голов присяжных (Andoc. IV. 18; Dem. XXII. 26—28; XXIII. 80), наказание либо было предусмотрено в законе, либо определялось по так называемой оценке (τίμησις) суда. Хотя в источниках, за единственным исключением, упоминается только смертная казнь, и для того вида апагоге, который использовался применительно к ответчику в V речи Антифонта, так называемого ἀπαγωγή κακούρου, наказание было зафиксировано законом⁵. По сравнению с обычным γραφή или, в случае с митиленцем, δίκη φόρου, преимущества ἀπαγωγή для обвиняющей стороны и ее невыгодность для защиты очевидны. Кроме серьезных препятствий, которые создавались для подготовки к защите ограничением свободы передвижения (Ant. V. 18; ср. Dem. XXIV. 145), публичное унижение обвиняемого путем применения к нему насилия с самого начала ослабляло его позицию. Государственная тюрьма находилась в ведении Одиннадцати, имя которых наводило страх уже в силу того, что они отвечали за казнь осужденных преступников (см. ниже, прим. 65). Кроме того, Одиннадцать были известны в качестве «надзирателей за какургами», οἱ ἐπιτεληταὶ τῶν κακούρων (Ant. V. 17; ср. Arist. Ath. pol. LII. 1; Dem. XXXV. 47; Din. II. 9—10), т.е. ворами, «раздевателями», взломщиками и т.д., по отношению к которым, возможно, впервые и было применено апагоге. Для обвиняемого заключение в тюрьму еще до суда было фактором крайне неблагоприятным (см. Din. II. 9—10). Более того, с этой процедурой была связана презумпция виновности. Мне кажется совершенно необязательным,

⁴Из этого следует, что апагоге представлял собой основную форму процедуры, в то время как эндейксис и эфегексис были ее разновидностями. См. кроме дела митиленца (Ant. V. 9—10) также Dem. XX. 156, ср. Dem. XXIII. 26—28. P. I. Ap. 32b. См. также Gernet. DPS. IV. P. 36 f. и его комментарий к Dem. XXIII. 51; DPP. II. P. 190 f.

⁵Восемь из отрывков, упоминающих апагоге по случаю кражи или сходного преступления (Ant. V. 9—10; Arist. Ath. pol. LII. 1; Dem. XXIV. 113—114; XXXV. 47; LIV. 18, 24; Lys. XIII. 67—68; Xen. Mem. I.2.62; Oec. XIV. 5 — принадлежность последнего к апагоге не вполне доказана), указывают на смертную казнь, в пяти случаях (Arist. Ath. pol. LII. 1; Dem. XXIV. 113—114; XXXV. 47; LIV. 1, 8, 24; Xen. Oec. XIV. 5) закрепленную в законе. В отрывке, описывающем апагоге по отношению к убийце (Dem. XXIII. 80; см. прим. 16), говорится, что осуждение ведет к смертной казни (попытки Жерне увидеть здесь тимесис мне кажется неубедительной — DPP. II. P. 102. Not. 2), что отмечается также и в Lys. XIII. 56, 86—87, которые оба рассматриваются МакДоуэллом в качестве примеров этого вида апагоге. В Dem. XXIV. 60, 103, 105 предполагаемый текст закона снабжен предписанием (тимесис), определяющим наказание лицам (как правило, гражданам), которые, будучи подвержены частичному или полному лишению гражданских прав (атимии) ввиду совершенных ими преступлений включая убийство, преследуются по апагоге за узурпацию этих прав, причем наказание определяется в зависимости от характера узурпации (Lipsius. AR. P. 330; Dem. XX. 156; ср. Dem. XXIV. 22). Упоминание тимесис в Ant. V. 9—10 вызывает некоторое недоумение и заставляет подозревать здесь уловку законодателя, ибо в других местах этого же отрывка имеются указания на смертную казнь, например, в § 16: ἐλὼν... ἀξιώσεις με ἀλοκτεῖναι и § 59: χρημάτων ἕνεκα ζητήεις ἐπὶ ἀλοκτεῖναι. МакДоуэлл (ANL. P. 136) настаивает на том, что приведенные выше высказывания выражают «особое мнение» обвинителя, в то же время, он сам показал (цитируя And. I. K38, Ant. IIIb. 10; Dem. XVIII. 166), что глагол ἀξίωω может иметь значение «обрекать на», «налагать»; не значит ли это, что и в данном случае обвинитель обрекает преступника на смерть уже тем самым, что добивается его осуждения (MacDowell D. Andokides, on the Mysteries, Oxf., 1962. P. 161.)? Впрочем, нет смысла спорить о деталях, поскольку приведенное в § 16 высказывание вырвано из контекста целой фразы, смысл которой можно свести к простой мысли: ты хочешь тем или иным способом отнять у меня жизнь. Оратору не приходится в голову предположить, что исход суда может представлять собой нечто иное, кроме как оправдание преступника либо его казнь. Тем не менее упоминание тимесис в § 10 составляет проблему; ее решение тщательно разработано Мейлментом (MAO. I. P. 156). Ср. Lipsius. AR. P. 325. Not. 30, 330; Gernet. Antiphon. P. 105, 113. Not. 1 (on § 16); 125, Not. 1 ad fin. (on 59).

что захват на месте преступления (ἐλ' αὐτοφώρῳ) действительно когда бы то ни было требовался законом для применения процедуры «апагоге», даже в случае с «какургами», для которого большинство современных ученых считают выполнение этого условия **обязательным**⁶, даже если иногда соответствующее выражение в тексте источника может пониматься более широко и иметь значение «с очевидностью» (у Липсиуса — «*offenkundig*»). По общему признанию, для того, чтобы Одиннадцать пошли на использование подобного вида обвинения и, таким образом, заключение в тюрьму гражданина, дело которого еще не рассматривалось в суде, должны были требоваться достаточно убедительные свидетельства его вины. Однако, судя по Dem. XXII. 26—28, они вряд ли были столь определенными, как уверенность в том, что обвиняемый был пойман с поличным (хотя этому отрывку не стоит придавать слишком большого значения). Более того, любое требование такого рода, будучи признанным классическим правом, должно было, по-видимому, уравниваться в достаточной степени тем значением, который закон придавал отрицанию арестованным своей вины⁷. Хотя интересующее нас выражение или его экви-

⁶См. Lipsius, цитата, приведенная в прим. 1 *passim*; Busolt—Swoboda. S. 532, 1107 f.; Gernet. Antiphon. P. 105 и Lys. I. P. 187; Maidment. MAO. I. P. 153. Когда Агорат преследовался за убийство по форме «апагоге» и Одиннадцать настаивали, чтобы к обвинению было добавлено ἐλ' αὐτοφώρῳ, его обвинитель понимал эту фразу в широком смысле: чтобы уличить кого-либо в убийстве не обязательно видеть его с дубинкой или ножом в руке; Агорат был вполне надело уличен в этом, когда он доносил на свою жертву Тридцати на глазах у всех граждан, присутствовавших в народном собрании и буле. Липсиус и Жерне, которые в других отношениях расходятся по поводу определения апагоге, согласны в том, что ἐλ' αὐτοφώρῳ является признаком ἀλαυοῦή κακοῦρουῶν и расценивают поэтому Lys. XIII и Ant. V как примеры какургии, хотя в отношении Агората о какургии ничего не говорится, а обвинитель митиленца совершенно очевидно (см. Lipsius. AR. S. 321. Ann. 15) не претендует на то, что он застал обвиняемого на месте убийства Герода. МакДоуэлл представляет картину с точностью до наоборот: ἐλ' αὐτοφώρῳ значит в любом случае только «очевидный», а не «пойманный с поличным»; Lys. XIII не подпадает под категорию ἀλαυοῦή κακοῦρουῶν, но служит примером шестого вида наказаний за убийство (по Демосфену): включение в состав обвинения против Агората ἐλ' αὐτοφώρῳ должно означать, что без этого апагоге на основании убийства не допускалось (АНЛ. P. 133 и далее — 137). В отличие от Жерне (см. выше), МакДоуэлл вообще не поднимает вопроса о статусе Агората. Мейдмент склонен допустить его гражданство, предполагая, что ἐλ' αὐτοφώρῳ, по-видимому, было включено в состав обвинения, поскольку апагоге какургов, с которыми, по его мнению, приходится иметь дело в этом случае, допускалось по отношению к гражданам, подозреваемым в убийстве, в отличие от «ксенов» viz. Ant. V. 9—10, только если они могли быть признаны пойманными с поличным (MAO. I. P. 155.). Однако ни одна из этих гипотез небезупречна. Достаточно отметить, что свидетельство Lys. XII. 85 предполагает, что апагоге технически могло быть вполне возможно и без включения в состав обвинения ἐλ' αὐτοφώρῳ. Но без этой оговорки, говоря словами Жерне, «Одиннадцать чашерника не могли чувствовать себя вполне спокойно» (Lys. I. P. 187.).

⁷См. Arist. Ath. pol. LI. 1; ср. Aeschin. I. 90-91, 113. Что касается Aeschin. I. 90—91, то МакДоуэлл связывает этот отрывок, на мой взгляд, ошибочно, с законом об оправданном убийстве (АНЛ. P. 75). Понимая отрывок в этом смысле и не приводя никаких других комментариев, он игнорирует (не комментируя и даже не упоминая) вторую категорию преступников: ἢ τῶν κλεπτῶν. Действительно, эти слова пропущены в некоторых рукописях, но не в тех, которые, по мнению исследователей, составляют лучшую часть рукописной традиции этой речи. Бласс, в частности, сохраняет их (см. его аппарат ad loc. и Praefatio P.X. в Тойбнеровском издании Эсхила: Lpz, 1896). Между тем, даже игнорируя κλεπταί, МакДоуэлл мог, по крайней мере, прокомментировать первую категорию, λαποῦβται, чье преследование по апагоге надежно засвидетельствовано, в то время как нигде не сказано, что они подлежали закону о допустимом убийстве, если только не судить об аттическом праве на основании идеальных законов Платона, чего и сам МакДоуэлл не склонен делать в других случаях (АНЛ. P. 122; Plat. Leg. 874 c). Если допустить, что отрывок представляет собой своего рода смесь, первые две упоминающиеся здесь категории преступников (согласно чтению Бласса) вместе с выражением от μέν... κρίνομαι, разительно напоминающим описание апагоге (δανάτα ζημιούβται, в частности, ясно подразумевает юридическое наказание: ср. e.g., Arist. Ath. pol. LI. 1), указываюмо именно на этот вид преследования в качестве процессуальной модели. Что же касается κλεπταί, другой отрывок этой речи, где употреблено аналогичное выражение (Aeschin. I. 158), дает все основания полагать, что в Aeschin. I. 90—91 они если и не были названы, то по крайней мере подразумевались. Поэтому в этом последнем отрывке случайный характер скорее носит упоминание μοῦχοι и ἀνδροφόνοι (хотя в первом случае определенную роль, по-видимому, играло признание вины, возможно, согласно солонической версии закона — см. Lys. I).

валенты довольно часто встречаются в сообщениях об апагоге (см. Dem. XXIV. 65; XLV. 81; 1; Isae. IV. 28; Lys. XIII. 67—68; XIII. 86—87), гораздо большее значение, как мне кажется, следовало бы придавать тому факту, что Аристотель, говоря о правилах, определяющих юрисдикцию Одиннадцати в отношении апагоге (Arist. Ath. pol. LIK. 1), не упоминает о «поимке с поличным» в качестве неперемennого условия для применения этого вида преследования. Вместе с тем из этого и других сообщений совершенно ясно, что понятие очевидной вины связывалось именно с этим видом преследования. Причина становится понятной, если рассмотреть структуру и, так сказать, многослойность процедуры апагоге на примере той ее формы, которая применялась, по свидетельству Аристотеля, по отношению к вора́м и другим преступникам (для удобства дадим им общее название «какурги» — т.е. злостные преступники — согласно древней и современной практике).

В отношении преступлений против частной собственности, подлежащих преследованию по апагоге (Аристотель говорит только о них в отрывке, где он рассматривает судебную компетенцию Одиннадцати), процедура преследования распадается на две части, первая из которых — арест и содержание под стражей — вовсе не предполагает, что за ней с необходимостью последует вторая — судебное разбирательство (ср. Aeschin. I. 113; Dem. XXIV. 113—114 с Arist. Ath. pol. LII. 1). Если арестованный вор признавал свою вину, Одиннадцать казнили его немедленно. Применительно к некоторым другим преступлениям апагоге вообще не вело к судебному разбирательству. В этих случаях оно предписывалось в качестве наказания за несоблюдение условий прежнего судебного решения, закона или декрета, налагавшего изгнание на некоторые категории преступников: подвергшийся изгнанию убийца или изменник, которого нашли на запретной территории, доставляется перед лицом фесмофетов, облученных полномочиями отдать приказ о его немедленной казни (Dem. XXIII. 28, 31; Lycurg. Leocr. 121; ср. Plat. Leg. 871d; Hyperid. Athenog. 29). В этих случаях, как, по всей вероятности, и в более ранней «сокращенной» форме апагоге, применявшейся для преследования совершивших преступления против частной собственности, арест влек за собой не передачу дела в дикастерий, а более или менее краткое разбирательство, производимое коллегией должностных лиц, что на практике, похоже, означало смертную казнь. Одна из статей закона об убийстве, цитируемая Демосфеном, предусматривает освобождение от преследования по *δίκη φόρου* всякого, кто путем уведомления властей (эндейксис) о нелегально возвратившемся изгнаннике способствовал его немедленному аресту и казни (Dem. XXIII. 51). Интересно, что сам текст закона не упоминает о казни, а говорит только об эндейксис, т.е. об аресте в результате доноса; вывод о том, что после такого ареста обычно следовала смертная казнь, можно сделать на основании факта защиты доносчика от последующего обвинения в убийстве. Другими словами, апагоге (в данном случае в форме эндейксис) понималось как процедура, с необходимостью включающая в свой состав в качестве завершающего этапа наказание смертью (см. Gernet. DPP. II. P. 190 f.).

Элемент индивидуального, в частном порядке осуществляемого правосудия, которое ставится здесь под контроль общественной власти только на заключительной стадии — стадии наказания, сохраняется неизменным и в законе Драконта, разрешающем убийство при определенных обстоятельствах, а также в другом фрагменте — цитате из закона о несанкционированном убийстве — и в Солоновом законе о краже: каждый, кто обнаружит убийцу, незаконно вернувшегося из ссылки, может либо доставить его к фесмофетам, обрекая его, таким образом, на гибель, либо сам убить его на месте (Dem. XXIII. 28), такое же право предоставлялось и потерпевшим в отношении ночного вора (Dem. XXIV. 113—114).

Похоже на то, что в своей полной форме — арест, содержание под стражей и судебное разбирательство в гелиее — апагоге выражало победу законности над

некогда незыблемым правом индивидуального возмездия⁸. Первая составляющая апагоге — арест — выявляет это право, по крайней мере формально, в его первоначальном виде и находит параллель в сфере частного права в двух актах: ἀγειν εἰς δουλείαν, буквально «вести в рабство», т.е. объявить рабом, и ἀφαιρεῖσθαι εἰς ἐλευθερίαν, буквально «вызволнение на свободу», т.е. утверждение статуса захваченного лица как свободного человека или, другими словами, отрицание прав, предьявленных в первом акте. Таковы начальные действия в правовом споре двух лиц о свободном или рабском статусе третьего. Ответом на первый шаг — внесудебный захват — служит такой же произвольный акт освобождения, который, однако (и вместе с ним весь дальнейший ход спора), ограничивается следующим требованием закона: освободитель должен предоставить магистрату гарантии в том, что объект спора будет представлен на публичном слушании дела, пока по нему не будет вынесено судебного решения. Такого рода окольным путем первоначальное утверждение права на собственность с помощью простого захвата ставится под юридический контроль и одновременно признается законным актом; параллельно с этим — в качестве, так сказать, побочного продукта спора — происходит официальное установление статуса захваченного лица⁹. В рамках апагоге публичное право накладывается на частное, отрицая и вместе с тем закрепляя его в пределах единой процедуры в ходе приведения этой процедуры в соответствие с развивающимися нормами юридического процесса.

Вторая составляющая апагоге — немедленное заключение обвиняемого в государственную тюрьму, похоже, отмечает исторический рубеж, на котором публичная власть берет верх. С другой точки зрения, этот шаг может рассматриваться просто как дополнение к первому, внесудебному акту, призванное первоначально обеспечить условия для его завершения: ведь в прежние времена и арест, и содержание под стражей находилось в частных руках; теперь же публичная власть вмешивается, чтобы узаконить первое и взять на себя попечительство о втором, утверждая тем самым заботу государства о предотвращении преступлений, — как она вмешивалась, возможно, несколько раньше¹⁰,

⁸Gernet. DS (La diarmartyrie...). P. 85: «Афинское право IV века неоднородно, и мы должны быть готовы встретить в нем пережитки и архаизмы». Ср. комментарий того же автора к терминам ἀγειν, ἀπάγειν, ἀπαγωγή, ἀγώγιμος в его введении к XXIII речи Демосфена (DPP. II. P. 101); эти слова «первоначально характеризовали формы внесудебной единоличной расправы с преступником, законность которой признавалась древним правом»; лишь в более позднее время ἀπάγειν, ἀπαγωγή действительно как правило стали означать «юридическую процедуру, хотя и сокращенную, поскольку было установлено, что арест влечет за собой судебное разбирательство». Ср. Busolt-Swoboda. S. 231, 532 f., 1107. Анн. 2 и замечания Жерне о пережитках самозащиты («exécution extra-judiciaire») в связи с различными действиями, предпринимаемыми на основе частного права, например, «Sur la notion de jugement...» DS. P. 76. Not. 1; ср. MacDowell. AHL. P. 79 f.

⁹См. Gernet. DS. P. 166 f.; DPP. II. P. 101. Not. 1 (очевидно в связи с Dem. XXIII. 91): «...физический захват рассматривается вполне определенно как проявление абсолютного права; лишний раз на это указывает употребление слова ἀφαιρεῖσθαι для обозначения освобождения...».

¹⁰По логике вещей, общественный контроль за предупреждением убийства должен был предшествовать законодательству по защите частной собственности, поскольку насилие над самой личностью появилось, понятно, раньше, чем нарушения ее прав собственности, и задолго до того, как возникло государство. Указание на очень раннее, по-видимому, догосударственное участие общины в урегулировании вопросов кровной мести мы фактически встречаем в сцене «суда», изображенной на «щите Ахилла» (Il. XVIII. 497—508 — см. Wolff H.J. in Traditio, IV. 1946. P. 34 ff. = Beiträge. P. 6 ff.). Но это лишь далекий предвестник подчинения всякого рода «частного» (родового) возмездия обязательному юридическому контролю. Тот факт, что в период зарождения государства убийство уже было подчинено частным установлениям сакрального права, как раз и позволил отложить до сравнительно позднего времени вмешательство государства в эту сферу. С другой стороны, признание кражи преступлением против общины в той или иной степени связано с истоками государства как публичной власти для защиты владельцев от невладелцев. Односторонняя суровость ранней формы апагоге (предположительно восстанавливаемой по двум первым элементам процедуры, описанной у Аристотеля) и сохранение даже в позднейшей форме IV в. сильного элемента самозащиты указывают на происхождение всей процедуры в сравнительно раннюю, бурную эпоху в истории длительной и постепенной эволюции частной собственности и государства.

чтобы защитить интересы общества, требовавшие предотвращения убийств среди его членов, в частности, путем ограничения рамками юридического процесса бесконечной череды актов кровной мести (ср. Isocr. IV. 40). Что же касается апагоге, то обстоятельство, что коллегия должностных лиц могла санкционировать наказание арестованного без суда (в случае, если он признает свою вину — условие, очевидно, связанное с последующим введением суда в качестве третьего элемента), заставляет поместить эту процедуру на линии развития юридического процесса немногим дальше, чем порядок разрешения дела о рабе, обвиненном в убийстве своего господина, засвидетельствованном в классический период (Ant. V. 48).

Решительный разрыв с протоюридическими методами происходит с появлением третьего элемента в процедуре, описанной у Аристотеля, — обсуждения дела обвиняемого в судебном порядке в гелиее. До этого момента роль общины в осуществлении правосудия сводилась фактически к тому, чтобы скрепить печатью законности частный акт возмездия. Предположение о том, что в рамках апагоге какургов на определенном этапе с этой практикой было покончено, косвенно подтверждается не только неоднократным использованием в классический период сокращенной формы апагоге применительно к другим случаям, но и приведенным у Демосфена описанием апагоге как формы преследования за убийство, применяемой в суде первой инстанции. То, что оратор особенно подчеркивает неприкосновенность обвиняемого в отношении какого бы то ни было наказания ($\alpha\upsilon\delta\delta' \delta\tau\iota\upsilon\upsilon\nu\dots \pi\epsilon\iota\sigma\tau\epsilon\tau\alpha\iota$) до проведения судебного разбирательства, конечно, отражает его пристрастие в полемике против декрета, предложенного Аристократом. Но это ничуть не уменьшает значения декрета с точки зрения процедуры, которое состоит в том, что создатели этой формы апагоге включили в ее состав судебное разбирательство в качестве необходимой части и, утвердив более современную юридическую процедуру на основе архаической структуры магистратского суда, обнаружили тем самым момент перехода апагоге какургов из одного качества в другое¹¹. Выказывалось предположение о том, что апагоге, описанное в Dem. XXIII. 80, было результатом нового законодательства, принятого раньше, в IV в. (Maidment. MAO. I. P. 154—156; ср. Lipsius. AR. S. 325. Anm. 30; ср. S. 330); связанные с процедурой аргументы защитника в V речи ясно показывают, что такие способы преследования за убийство в его время уже были неприемлемы. Если же, как думает МакДоуэлл, Агорат (Lys. XIII. 86—87) и, возможно, также Менестрат (Lys. XIII. 56) были казнены в соответствии с формой апагоге, описанной в Dem. XXIII. 80, можно предположить, что последняя была введена на рубеже столетий под напором массовых требований о привлечении к ответственности тех, кто был причастен к политическим убийствам во время тирании Тридцати.

Третий элемент апагоге какургов, хотя и возник на основе более примитивной формы преследования, представлял собой очевидный шаг вперед, признавая право обвиняемого отстаивать свою невиновность на открытом слушании в присутствии большой аудитории равных себе (предположительный кворум для публичного судебного разбирательства — 500 судей, см. Lipsius. AR. S. 136), т.е. своих сограждан, избранных по жребию и выступающих в качестве беспристрастных третейских судей в состязании тяжущихся сторон, а не перед коллегией должностных лиц, которые, санкционировав его арест, обеспечивали его содержание под стражей и затем (в более ранней форме) выносили решение по поводу

¹¹Насколько можно судить по сообщениям Лисия (Lys. VI. 14), аттический закон об убийстве также предусматривал немедленную казнь обвиняемого перед Ареопагом после признания им своей вины. Но его признание рассматривалось фактически только в суде (состоящем из экзамагистратов и магистратов, но рассматриваемом как дикастерийон, а не $\delta\rho\chi\eta$), в то время как Аристотель достаточно определенно свидетельствует о том, что в рамках апагоге какургов признание вины арестованным делает передачу его дела в суд необязательной

человека, уже более чем наполовину осужденного в результате этих предпосылок. Признание этого права не устраняло слабости позиции обвиняемого, связанной с его арестом и содержанием в тюрьме, но оно ставило заново вопрос о его вине или невиновности и ставило его таким образом, что требование поимки обвиняемого с поличным, в той или иной форме рассматриваемое большинством современных ученых в качестве необходимого элемента этого вида апагоге, нужно было бы считать бессмысленным. Одиннадцать, по словам Аристотеля, несут ответственность «за арестованных воров, киднеперов и раздевателей», будучи обязаны осуществить смертный приговор, если преступники признают свою вину, и передать дела в суд, если они ее оспорят, и в этом случае отпустить их, если они будут оправданы, если же нет, то казнить. Недостаточно отметить, что Аристотель не упоминает об ἐπ'αὐτοφόρῳ в качестве обязательного элемента процедуры; в его свидетельстве, наиболее внятном и авторитетном из тех, что мы имеем в своем распоряжении, просто не остается места для этого условия.

Может показаться, что этот вопрос не имеет прямого отношения к предмету настоящего исследования. Однако в литературе об апагоге он неразрывно связан с проблемой классификации различных видов этой процедуры и, в конечном счете, с гипотезой Глотца, Жерне и других, рассматривающей применение одного из них, а именно апагоге какургов, в случае преследования иноземца, обвиняемого в убийстве. С тех пор, как этот вид апагоге появился и стал использоваться в классический период в качестве средства преследования правонарушителей-граждан, вопрос о том, было ли обязательным требование поимки преступника ἐπ'αὐτοφόρῳ, должен рассматриваться прежде всего как вопрос о самой природе процедуры. На мой взгляд, если такое требование не оговаривалось в правилах, определяющих содержание апагоге в классический период (как об этом ясно свидетельствует Аристотель)¹², маловероятно, чтобы оно существовало раньше, когда неприкосновенность личности гражданина как особый знак его привилегированного статуса охранялась менее ревностно.

Достаточно частые упоминания о «поимке с поличным» в связи с какоβρυοί, и особенно ворами, в источниках IV века (Dem. XXIV. 65; XLV. 81; Isae. IV. 28; ср. Aeschin. I. 90—91; Xen. Mem. I, 2, 62) скорее отражают устойчивую практику, сложившуюся в более раннее время, чем письменное предписание, тогда же или позже включенное в правовую систему и определяющее порядок преследования по апагоге.

Во времена первых законодателей, как считается, правосудие имело грубые формы. Конечно, когда в IV в. о древних законах говорили, что они «написаны кровью»¹³, при этом имелась в виду скорее суровость предусмотренного в них наказания, нежели процедура судебного разбирательства того времени. Однако последняя тоже имела значение. Если укороченная форма апагоге может в данном случае служить примером, тогдашняя процедура (за исключением δίκη φόβου, поскольку содержание этого вида преследования уходит корнями в мифологическое прошлое) сводилась к минимуму и представляла собой однозначный и кратчайший путь к наказанию. Для процедуры такого рода не было нужды устанавливать строгие правила и тем более письменно фиксировать их.

Насколько я могу себе представить, грабителя в эти времена либо просто задерживали с поличным — со всеми украденными вещами, либо вообще не задерживали. Категориям «видимой» и «невидимой» собственности, государственной тюрьме, риторам и логографам, одним словом, искусству убеждения со всеми его «жертвами» еще только предстояло доказать свое право на сущест-

¹²Даже случай с Агоратом, на который главным образом и опирается Липсиус в своих рассуждениях, не противоречит этому.

¹³См. *Plut. Sol.* 17, цитата из Демиды; *Arist. Pol.* II. 12, 13, 127 b; *Rhet.* II. 23, 29, 1400 b; *Lys. Leocr.* 65.

вованье, так же как и доказательству «от возможного». Доказательство, постольку, поскольку оно вообще мыслилось в отрыве от признания (клятвы), ничего не значило, если не было осязаемым. Его характер метко схвачен в вопросе Аполлодора Формиону: а что, если бы я предложил привязать вещи к твоей спине и бросить тебя в тюрьму как вора, взятого на месте преступления, как бы ты тогда избавился от обвинения в краже? (Dem. XLV. 81; см. комментарий Жерне в DPS. II. P. 177. Not. 3). Поскольку под «вещами» (ὄβρα) в данном случае подразумевался предполагаемый долг в 20 талантов банковского капитала (плюс проценты), само существование которого оспаривалось, этот символический метод убеждения, принятый Аполлодором, конечно, не мог подойти. И имущество, и украденные вещи выступили здесь в формах несравнимо более сложных (и менее осязаемых) и потребовали гораздо более изысканных доказательств.

3. АПАГОГЕ КАКУРГОВ И ЗАЩИТНИК В ДЕЛЕ ГЕРОДА

Между тем преследование какургов по этой полуархаической процедуре должно было иметь место, как свидетельствуют источники IV в., и мы знаем случаи ее применения в конце V в. против человека, обвиняемого в убийстве, а именно митиленца, для которого была написана V речь Антифонта.

Для нашего исследования в этом деле важны два момента: вопрос о том, имеет ли какое-либо отношение чужеземный статус обвиняемого к выбору процедуры его привлечения к суду (он был поставлен уже в современной литературе), и вопрос о законности применения в данном случае именно этой процедуры, поднятый самим ответчиком. Он ставит этот вопрос со всей определенностью и без всякой связи со своим иностранным гражданством, основывая свои аргументы на тех же принципах аттического законодательства, которые утверждаются в отрывке *Hyperid, Fux. 6* (см. ниже, прим. 17). В § 9 он говорит: «Я был объявлен "злостным преступником", а преследуют меня за убийство: так ни с кем еще не бывало в этой стране» — *κακοῦρος ἐνδεδειγμένως φόνοῦ δίκην φεῦω, ὁ οὐδεὶς πῶποτε ἔλαθε τὸν ἐν τῇ γῆ ταύτῃ*¹⁴. Его обвинители, по-видимому, пытались дать частичное обоснование своим действиям при помощи игры слов, говоря, что, в конце концов, убийство есть крайне прочное деяние, *μέγα κακοῦρημα*, на что обвиняемый отвечает: никто не отрицает этого, но тем не менее закон проводит четкое различие между убийцей и *κακοῦρος* (§ 10). Хотя ответчик не приводит никаких аргументов, отражающих связь его чужеземного статуса с этой юридической проблемой, и, похоже, не слышит подобных аргументов от своих противников, но тем не менее для нас два этих вопроса неразрывно связаны, поскольку в единственном подробном сообщении из Афин об обвинении ксена в убийстве речь идет о его преследовании по форме *ἀλαωγῆ κακοῦρων*.

Для разрешения вопроса о законности примененной по отношению к митиленцу процедуры самого серьезного анализа заслуживают свидетельства «Афинской политики» Аристотеля. И хотя здесь не может идти речи о предвзятом отношении к конкретному судебному делу, что всегда заставляет предполагать определенное искажение правовых аргументов, вложенных составителем речи

¹⁴Приверженцы той точки зрения, что чужеземный статус ответчика определил форму его привлечения к суду, видят в последней фразе попытку затуманить различие между гражданами и другими лицами, находящимися «в этой стране», — см. *Gernet, Antiphon. P. 110. Not. 2*: «c'est une habilité d'avocat»; ср. с. 104, где он цитирует Глотца; *Lys. I. P. 188. Not. 1; Maidment. MAO. I. P. 164. Not. 6*. Однако выражение *οὐδεὶς τὸν ἐν τῇ γῆ ταύτῃ* вряд ли стоит воспринимать как умышленно затемняющее смысл. Скорее это просто оборот речи, обозначающий усиленно «никто». В отрывке VI. 42 он употребляется в таком же значении и, с формальной точки зрения, является избыточным. По словам Антифонта, *басилевсу не разрешается (οὐκ ἔξεστιν) передавать незаконченное дело об убийстве своему преемнику по должности — «и ни один басилевс в этой стране никогда не поступал так»*. Другими словами: это противоречит правилам и, как можно убедиться, никто никогда этого не делает.

в уста своего клиента, «Политии» свойственна иного рода предвзятость, которую необходимо иметь в виду, анализируя ее свидетельства по конкретным правовым вопросам. Описание афинской конституции, приведенное в XLII и последующих главах произведения, вовсе не представляет собой исследования по аттическому праву и юридическим процедурам в V—IV вв. Информация о праве ограничена, во-первых, рамками предмета повествования, — действие конституции после архонтства Евклида, и, во-вторых, источниками: у Аристотеля приводится описание наиболее ярких правовых институтов, которое, возможно, отражает порядок подбора законов в архивах, использованных автором при написании трактата. Сведения о процедуре апагоге и правовых нормах, касающихся убийства, сосредоточены в разделе о должностных лицах, где говорится о порядке их избрания, компетенции и основных обязанностях. Аристотель рассматривает два интересующих нас правовых установления при описании обязанностей Одиннадцати и архонта-басилевса, и нет никаких оснований полагать, что в этих отрывках (Ath. pol. LII. 1 and VII. 3) какой-либо из вопросов получает исчерпывающую характеристику. То, что здесь говорится об апагоге в отношении воров, а также о *дике фону*, без сомнения, представляет собой информацию первостепенной важности. Тот факт, что Аристотель не упоминает о других случаях применения апагоге и других способах преследования за убийство, будь то до Евклида или в его время, нельзя принимать как свидетельство отсутствия того и другого в указанное время (и действительно, мы знаем о применении апагоге в некоторых других случаях). К примеру, умолчание Аристотеля об апагоге как о прямом способе преследования за убийство (о той разновидности апагоге, которая приводится в отрывке XXIII. 80) в данном случае может ничего не означать или оно может означать, что во время написания труда (326—324 гг. до н.э.) этот способ использовался редко, а пик его применения падает на начало столетия, когда в условиях амнистии, с помощью *дике фону* было трудно добиться наказания тех, кто совершил политические убийства во время правления и в интересах Тридцати¹⁵. А *fortiori*, умолчание об использовании описываемой формы апагоге (апагоге в отношении воров и др.) для привлечения к суду ксенов либо граждан, обвиняемых в убийстве (по мнению Липсиуса, к примеру, оно использовалось в отношении тех и других), само по себе не доказывает, что в афинской судебной практике не существовало такого феномена.

Принимая все это во внимание, необходимо, однако, признать, что, как указывал Липсиус (AR. P. 78 ff.), самый авторитетный древний источник, а именно «Афинская полития», LII. 1, является свидетелем того, что на протяжении IV века, во всяком случае до последней его трети, процедура, известная как *ἀπαγωγή κακοῦρου*, была связана только с привлечением к суду воров, «раздевателей» (похитителей одежды), похитителей детей и т.п. Свидетельство о том, что убийство не входило в эту категорию, действительно содержится только в утверждении заинтересованного лица — ответчика по делу Герода, и более того, относится не к IV, а к последней четверти V в., когда правовые различия, возможно, производились по другим критериям, либо границы между ними не были столь резко очерчены или столь скрупулезно соблюдаемы (Gernet. Antiphon. P. 105). Однако в том, что в IV в. к апагоге какургов не прибегали для привлечения к суду лиц, совершивших убийство, можно заключить и на основании

¹⁵На сравнительно позднее применение процедуры апагоге как дополнительного средства для привлечения к суду совершивших убийство, похоже, указывает тот факт, что в качестве разновидности «общественного» иска оно могло осуществляться любым гражданином, а не только родственником пострадавшего. Это означало решительный разрыв с традицией в том, что касается представлений о кровной мести. И что бы ни послужило причиной этого разрыва, в результате убийство приблизилось к разряду преступлений против общества, хотя возможно, как заставляла предположить формулировка и общий контекст Dem. XXIII. 80, на практике *ἀπάγων* являлся обычно родственником пострадавшего. См. MacDowell. AHL. P. 133 f.; Lipsius. AR. P. 326.

того факта, что в середине века существовала разновидность апагоге, специально предназначенная для этой цели (*Dem. XXIII. 80*)¹⁶. Есть основания (правда, весьма гипотетические), отнести ее появление ко времени вскоре после ниспровержения Тридцати. Если цепочка этих предположений верна (сюда включается и признание интерпретации МакДоуэллом свидетельства *Lys. XIII. 86—87* как примера этого нового вида апагоге), есть основания сомневаться, что апагоге какургов в качестве способа привлечения к суду за убийство имело когда-либо глубокие корни в афинской судебной практике. В V речи Антифонта отражен единственный бесспорный случай его применения с этой целью, причем законность процедуры решительно оспаривается ответчиком.

В этом вопросе о законности значение свидетельства ответчика, хотя бы и пристрастного, должно быть оценено в должной мере, так же как и значение беспристрастного, хотя и ограниченного хронологически и тематически молчаливого свидетельства Аристотеля. Ответчик, точнее составитель его речи, Антифонт, демонстрирует виртуозное умение манипулировать положениями закона и уликами, защищаясь от обвинения в убийстве. Но там, где речь идет о правомерности применения апагоге какургов как средства предъявления ему этого обвинения, его довод совершенно однозначен: это прямая ссылка на правовое установление. В наиболее важных частях своей речи, на которых должно было сосредоточиться основное внимание судей, — в ее начале и, второй раз, ближе к концу, ответчик не только заявляет, что его дело должно было разбираться в суде по убийствам (*Ant. V. 8—19*), но и что в случае, если в ходе настоящего разбирательства он будет оправдан, он тем не менее будет подлежать преследованию в таком суде, т.е. Ареопаге, в соответствии с *дике фону* (§ 16, 85—86, 90, 94, 96). Нужно признать, что об этой стороне дела он говорит с большой уверенностью и негодованием. Фактически он не столько доказывает, сколько утверждает незаконность применения по отношению к нему апагоге какургов. Хотя было бы наивно ожидать уступки обвиняемому только лишь на этом основании, тем не менее, принимая во внимание особое место, отведенное в речи этому аргументу, самый придирчивый читатель, я думаю, должен согласиться, что выступающий рассматривал его как наиболее сильный пункт в своей защите. По сравнению с ним опровержение обвинения в убийстве, занимающее основную часть речи, оказывается сложным сплетением вероятностей и юридических недоговоренностей¹⁷, искусно составленным, но уж

¹⁶Предположение это основывается на том, что в рамках указанной разновидности апагоге, в отличие от той, которая описана у Аристотеля, передача дела в суд не была обусловлена необходимостью отрицания ответчиком своей вины. Липсиус, выделяя два основных типа апагоге, направленных против *κακοβροτοῦ* и против *ἠτιμοῦ*, узурпирующих отнятые у них права, причисляет *Dem. XXIII. 80* вместе с *Dem. XXIV. 60, 103, 105* ко второму типу на том основании, что непосредственным преступлением в обоих случаях является само появление убийцы в святилище или общественных местах, которое запрещено ему как убийце, даже если против него еще не возбуждено судебное дело (*AR. P. 324—328*; cf. *Adkins. MR. P. 101*; *McDowell. AHL. P. 134*). Однако, кроме отсутствия тимесис, первый отрывок содержит еще одно важное отличие от второго: описанная в нем разновидность апагоге предназначена именно для преследования за убийство. Это обнаруживается исходя из того, что она рассматривается в качестве шестого способа осуществления кровной мести и особенно ясно следует из слов: «если по какой-либо другой причине он не захочет преследовать (*ἔφεδῆναι*) при помощи этих способов, т.е. в соответствии с *дике фону*. Поскольку иск убийце еще не предъявлен, не сделано и официального объявления, запрещавшего ему посещать святины и общественные места (см. *Lipsius. AR. P. 810*; *MacDowell. AHL. P. 23, 26*); следовательно, эта форма апагоге отличается в своей правовой основе от той, которая описана в законе, приведенном у Демосфена, *XXIV. 105* (ср. *δοσεῖς* в *Dem. XXII. 26—28*).

¹⁷Единственное «позитивное доказательство» его невиновности, как заметил Бласс, состоит в том, что сами небеса были ее свидетелями (§ 81—83; тот же самый аргумент используется у Лисия — *VI. 19—20*). Похоже, как раз к ответчикам, подобным нашему, обращено предостережение Демосфена (*XXII. 26—28*) — так же как митиленец, в свою очередь, выступая против своих обвинителей, с удовольствием процитировал бы *Isocr. XV. 90*. Ср. также § 9 его речи (*ἀλλὰ χωρίς... οἱ νόμοι κείναι*) с *Hyperid. Eux. 6*. Все эти пассажи без сомнения представляют собой профессиональные клише. См. *Colin. Hyperide. P. 158. Not. 3*.

никак не столь убедительным, чтобы устоять перед весомостью аргумента о незаконности преследования по апагоге какургов и своем праве на преследование по *дике фону*. Последнее требование принять во внимание не менее важно, чем тот неоспоримый факт, что ответчик был привлечен к суду при помощи апагоге, поскольку, утверждая свое право на преследование на основании аттического уголовного права, наш митиленец явно нисколько не смущается своим чужеземным статусом. Он обсуждает афинский закон, в рамках которого он претендует на те же права, которыми наделен любой гражданин, и ему не приходится в голову специально доказывать это. Вопрос этот очень важен и мы еще вернемся к нему.

Данные, рассмотренные выше, — сообщение Аристотеля в *Ath. pol.* LII. 1, появление в IV в. до н.э. особого с точки зрения процедуры вида апагоге для преследования совершивших убийство, а также характер использования и риторического оформления довода ответчика в V речи Антифонта — заставляют нас подтвердить заявление митиленца о том, что по крайней мере с точки зрения права убийство не входило в число преступлений, определяемых как *κακούργια*, тем более что эта категория включала в свой состав только тех преступников, которые специализировались на присвоении чужих вещей. Эта группа преступников в 11 из наших текстов¹⁸ ассоциируется с разновидностью апагоге, описанной у Аристотеля, а именно применяемой по отношению к *κλέπται*, *ἀνδραποδισταί*, *λωποδύται*, *τοίχωρῦχοι*. Однако очевидно, что слово *κακούργος* может иметь более широкое значение; было ли оно когда-либо правовым термином в собственном смысле слова?

Аристотель не употребляет слово *κακούργος* в *Ath. Pol.* LII. 1, хотя некоторые исследователи склонны внести его в текст в качестве исправления (см. *Lipsius. AR. P. 320. Not. 12*). С другой стороны, оно появляется довольно часто в связи с упомянутыми преступлениями, и в *Ant. V. 9—10* мы находим ссылку на *ὁ τῶν κακούργων νόμος* и далее его определение: *περὶ ...τῶν κλεπτῶν καὶ λωποδυτῶν ὁ νόμος κεῖται*. Помимо этого нужно учесть сообщение *Dem. LIV. 1, 8, 24* не только о специальном «законе о "раздевателях"», но и об особом способе преследования этого вида грабителей — *ἡ τῶν λωποδυτῶν ἀπαγωγή*.

Вопрос усложняется, и хотя сейчас ответить на него, по-видимому, нельзя, повторное обращение к нему позволит пояснить суть проблемы. Существовал ли один общий «закон о какургах» или единая процедура, определенная законодательством как *ἡ τῶν κακούργων ἀπαγωγή*? Или это был ряд отдельных законов: о ворах, о похитителях летей, о «раздевателях» и т.д. (можно представить себе закон, который дополнялся с появлением каждого нового вида воровства), подводящих каждую из этих вновь возникающих разновидностей преступников под действие ранее существовавшей формы «общественного» уголовного преследования — апагоге, и, взятые в совокупности, эти разновидности в правовых контекстах (но еще не самом законодательстве) стали именоваться *κακούργοι*, или как мы бы сказали, «обычными преступниками»? Третья возможность: на очень ранней стадии эволюции общинной судебной администрации все эти законы существовали отдельно друг от друга, и затем, предположим, во времена Солона или немного позже, при пересмотре компетенции различных архонтов, рассматриваемая нами категория преступников,

¹⁸*Arist. Ath. pol.* LII. 1; *Dem.* XXII. 26—28; XXIV. 113—114; XXV. 47. XLV. 81; LIV. 1.8, 24; *Din.* II. 9—10; *Isae.* IV. 28; *Isocr.* XV. 90; *Lys.* X. 10; XIII. 67—68, к которым можно прибавить *Xen. Mem.* I. 2. 62 βαλαντιοτόμοι, «отрезатели кошельков». См. Бузольд—Свобода, с. 1107 (и прим. 2, 3), где все эти преступники квалифицируются как «die κακούργοι im engeren Sinne»; ср. *Lipsius. AR. P. 320*. Обобщающий термин, в той или иной форме, появляется в шести из одиннадцати текстов (*Dem.* XXII. 26—28; XXIV. 113—114; XXV. 47; *Din.* II. 9—10; *Isae.* IV. 28; *Isocr.* XV. 90, а также, конечно, в *Ant. V. 9—10*, который исключен мной из этого списка только потому, что он вызывает некоторое сомнение в силу своей специфической направленности). В *Dem.* XXII. 26—28 это слово больше похоже на *terminus technicus* для обозначения воров в противовес святотатцам: *ὡς οὐχὶ κακούργος ἐστὶ... ἢ ὡς ὁὐκ ἀσεβής* (§ 28).

подчиненная юрисдикции Одиннадцати, получила общее название *κακούρου* (см. *Isocr.* XV. 90); с этого времени Одиннадцать стали считаться «надзирателями за какургами», и название процедуры было изменено соответствующим образом.

Однако ни одно из этих предположений не отвечает в полной мере ситуации, отраженной в источниках классического периода, а она была довольно запутанной. Слово *κακούρου* и родственные ему *κακούρου*, *κακούρου*, *κακούρου* мы то и дело обнаруживаем применительно к более широкому кругу «порочных деяний», куда иногда включается и убийство¹⁹. Именно расплывчатостью этого термина Липсиус объясняет преследование митиленца, а также, как он считает, и Агората (см. выше, прим. 16) по «апагоге какургов»: в то же время он настаивает на том, что «закон» (предположительно, упомянутый в *Ant.* V. 9—10 и подразумеваемый в *Ath. pol.* LII. 1) не был снабжен соответствующей поправкой, поскольку это изменение не отражено в описании процедуры, приведенном у Аристотеля (*AR.* P. 78 f.; ср. *Maidment. MAO.* I. P. 154).

Византийские лексикографы, судя по некоторым признакам, тоже столкнулись с этой проблемой. Один из отрывков компиляции *Lexeis Rhetorikai*, определяя обязанности Одиннадцати, говорит о распространении их юрисдикции на «воров, похитителей детей и убийц, арестованных в результате совершенных ими злодеяний», так что «тех из них, которые признают свою вину, архонты должны казнить, а тех, которые станут ее оспаривать, — привлечь к суду» (*Bekk. An.* 250. 4 ff.). Если не считать обобщающего термина (а также намек на «поимку с поличным», который содержится в выражении *ἐπὶ κακούρου*), это описание по языку и содержанию процедуры очень близко к приведенному у Аристотеля в *Ath. pol.* LII. 1 и наверняка использует его в качестве первоисточника. Этот отрывок не содержит упоминания о «злодеянии», которого нет и у Аристотеля, и по форме более близок к аристотелевскому описанию, чем другое имеющееся в византийской компиляции сообщение по этому же вопросу (310, 14 и далее), которое воспроизводит (правда, в другой последовательности) три аристотелевских категории преступников. Я не взялась бы оценить во всех деталях правовое значение обоих определений; но, вместе с тем, вряд ли стоит пренебрегать, как это делает МакДоуэлл, первым отрывком на том основании, что «в нем очевидно присутствует путаница» и что это мнение находит определенное подтверждение в сообщении второго (*ANL.* P. 135). Мы не можем быть достаточно уверены в неизменности практики апагоге классического периода для того, чтобы выносить такие суждения. Хотя свидетельствам поздних компиляторов и нельзя доверять полностью, если речь идет о терминологии и интерпретации, надо признать, однако, что они располагали большим количеством материалов античного времени, чем дошло до наших дней. В данном случае автор первого отрывка мог перепутать различные виды апагоге²⁰; его сообщение, возможно, несет в себе обобщенную информацию, почерпнутую из различных источников и помещенную в рамки той процедуры, которую он нашел у Аристотеля.

Об этом определении по крайней мере можно сказать, что оно более полно отражает известный нам материал, чем второе, представляющее собой просто выжимку из Аристотеля.

Автор первого отрывка мог опираться, к примеру, на *Ant.* V. 9—10, где рассматривается человек, обвиняемый в убийстве и привлеченный к суду на основании апагоге какургов; он мог использовать любые из известных нам текстов

¹⁹См. *Ant.* V. 48. В отрывке *Dem.* XL. 57 понятие *κακούρου*, по-видимому, включает отравление (*ἢ φαρμακείας ἢ ἀλλης κακούρου* *τοιαύτης*). В случае, если результатом этого преступления была смерть, преступник подлежал суду Ареопага (*Ath. pol.* LVII. 3). В отрывке *Isocr.* XVIII. 53 правовой язык, характерный для описаний апагоге (*ἵνα... ἐπ' ἀποφάσιν λεφθέτεν κακούρου*), используется в связи с попыткой возвести ложное обвинение в убийстве рабыни.

²⁰МакДоуэлл (*loc. cit.*) отмечает, что причисление убийц к разряду преступников, преследуемых по тому виду апагоге, который описан у Аристотеля, «явно противоречит сообщению *Dem.* XXIII. 80, где говорится о праве Одиннадцати казнить их без суда в случае признания ими своей вины».

и даже все их, включая Ant. V. 9—10 и, возможно, другие, ныне утерянные, в которых слово *κακοῦρος* ассоциировалось с группой преступников, подлежащих преследованию по этому первому виду апагоге, а кроме того, все тексты, отражавшие обычай, при котором преступники, арестованные на месте преступления, передавались в ведение Одиннадцати. Категория убийц, по предположению МакДоуэлла, могла быть включена в результате неверного понимания 6-го вида наказаний за убийство (согласно перечню Демосфена — Dem. XXIII. 80) или под влиянием речи Лисия против Агората, который подвергся преследованию по апагоге за убийство и как пойманный с поличным (о чем говорилось в приписке к обвинению, см. Lys. XIII. 86—87), хотя ни один из этих текстов не называет соответствующих преступлений *какургий*. Удивительно, насколько искусно этот византийский лексикограф умудрился соединить — если не сказать смешать — в одном кратком определении такое количество принципиально важных терминов и сведений о сущности преступлений и процедуры, имеющихся в античных классических источниках по апагоге, которые вызвали столько горячих споров среди античных и современных правоведов (и во всяком случае, не ему одному мы обязаны появлением этой путаницы). И стоит только удивляться тому, например, что рассматриваемый нами отрывок не включает в список преступников также и *μοιχοί*, в остальном будучи очень похожим на Aeschin. I. 90—91. Правда, в тексте Эскина смешение различных правовых элементов объясняется не временным разрывом длиной в несколько столетий, но исключительно заинтересованностью обвинителя в том, чтобы очернить своего оппонента, приписывая ему все качества, какие только могут быть свидетельством моральной развращенности²¹.

Что касается слова *κακοῦρος*, я думаю, что, рассматриваемые в совокупности, наши данные, пусть даже они не являются исчерпывающими²², указывают на то, что в качестве правового термина оно никогда не обозначало какого-то конкретного вида преступлений, преследуемого по определенной процедуре. С этой точки зрения выражение *ἀλαοσύνη κακοῦρων*, общепринятое в современной литературе для обозначения типа процедуры, описанного в Ath. pol. LII. 1, употребляется не совсем корректно.

Но вообще говоря, оно использовалось и в античности и, возможно, имело реальную, если и не строго юридическую, то во всяком случае историческую связь с определенными видами преступников, которые, как мы знаем, подлежали преследованию именно по этому раннему типу апагоге. Поэтому мы можем пользоваться этим названием и в дальнейшем, но при этом всегда имея в виду тех *какургов*, которых упоминает Аристотель в Ath. pol. LII. 1 (а также ряде других отрывков, приведенных мной в прим. 18), а также митиленец в своем сообщении о «законе о *какургах*», откуда, главным образом, мы и заимствуем название рассматриваемой процедуры. Между тем, отказавшись признать в понятии *κακοῦρος* юридический *terminus technicus*, мы уже не можем объяснять ситуацию с митиленцем исходя из расширительного понимания его узко пра-

²¹ Вот контекст отрывка из речи Эскина: абсолютно невозможно найти свидетелей такого рода преступлений (*ἐταρῆσις*), в которых, как это всем известно, повинен Тимарх. Поэтому, если свидетели потребуются для привлечения к суду подобных преступников, тем самым «будут попораны закон и правда и развязаны руки худшим злодеям, которые смогут избежать наказания», совершая свои преступления тайне и затем отрицая их. См. также Dem. XXXV. 47.

²² В отрывке Dem. XXXV. 47 в словах *καὶ τοὺς ἄλλοις κακοῦρους τοὺς ἐπὶ θανάτῳ* содержится слабый намек на существование категории *какургов*, не подлежавшей этому наказанию; что, в свою очередь, открывает путь для предположения о том, что понятие «*какургия*» могло с какого-то времени использоваться в правовой терминологии для обозначения преступлений, не укладывавшихся в рамки старых категорий. Наказания за эти преступления не оговаривались и должны были определяться судом. Такая трактовка позволила бы объяснить упоминание о *тимесис* в Ant. V. 9—10 (см. выше), если не считать его следствием того факта, что главным обвинением, предъявленным митиленцу, было обвинение в убийстве. О разногласиях по этому поводу см. далее. С сообщением Dem. XXXV. 47 ср. Et. M. 338, 31: (об Одиннадцати) *τοὺς ἀλαομένους κακοῦρους ἐπὶ θανάτων παραλαμβάνοντες ἐξιμίουν*.

вового значения, как это склонен вслед за обвинителями митиленца делать Липсиус. Во всяком случае, никакие из рассмотренных нами свидетельств — ни византийские, ни классические — не дают серьезного основания для современной гипотезы о том, что ἀλαωυή какоβρυών обычно применялось для преследования за убийство временно либо постоянно проживающих в государстве чужеземцев. И действительно, тот отрывок, из которого мы скорее всего могли бы почерпнуть сведения о такого рода практике, а именно содержащий аргументацию митиленца по поводу неправомерности применения к нему апагоге какургов, не подтверждает правильности этой гипотезы. Фактически аргумент ответчика был бы бессмысленным, если рассматриваемая процедура регулярно применялась бы в то время в аналогичных случаях. Единственный раз он упоминает о своем чужеземном статусе как о факторе, влияющем, согласно аттическому праву, на процедуру судебного разбирательства, в § 17, где он жалуется, что его содержат в тюрьме, хотя он и предоставил поручителей своего появления перед лицом суда: «Ксены, изъявившие желание представить поручителей, никогда не содержались в оковах»²³. Ответчик говорит о своем статусе в связи с одним из элементов апагоге, но не со всей процедурой в целом, и на фоне этого замечания молчание, которым он обходит вопрос, поднимаемый современными исследователями, становится еще более выразительным. В § 13 он ссылается на аргумент обвинителя в защиту апагоге: «Вы говорите, что я не остался бы в пределах досягаемости, если бы был отпущен на свободу...». Этот отрывок тоже легко истолковать в пользу упомянутой гипотезы, как это и делают Жерне и Мейдмент — оба ее приверженцы²⁴. Мейдмент (loc. cit. в моем примечании) даже предполагает, что ответчик здесь умышленно игнорирует значение своего статуса для решения вопроса о законности примененной к нему процедуры: он «старается не напоминать суду о том, что он чужеземец». Но, конечно, суд не нуждался ни в каких напоминаниях на этот счет, тем более, если существовала устойчивая практика преследования чужеземцев, обвиняемых в убийстве, по апагоге какургов. Все доводы ответчика относительно незаконности средств, использованных для его преследования, заставляют предполагать прямо противоположное: что дело его разбирается, точнее, должно разбираться точно так же, как дело любого гражданина. Он вовсе не пытается обойти вопрос о применении ἀλαωυή какоβρυών в особых случаях, подобных его собственному; его доводы абсолютно не совместимы с существованием каких-либо предписаний или установлений такого рода, поскольку если бы они существовали, то, без сомнения, были бы пущены в ход его оппонентом в защиту апагоге и наверняка нашли бы отражение, пусть искаженное, в возражении ответчика.

Тем не менее ответчик является ксеном, он защищается от обвинения в убийстве и привлечен к суду в соответствии с процедурой апагоге какургов. Три этих факта остаются неоспоримыми и в совокупности служат основой для рас-

²³Жерне подозревает здесь «очередную уловку адвоката» (*Gernet. Antiph. P. 113. Not. 2*), считая, что сохранить свою свободу подобным образом могли только чужеземцы, которым угрожало тюремное заключение в связи с частными исками, и что Одиннадцать могли в случае предоставления поручителей освобождать только преследуемых по апагоге граждан (см. также *Lipsius. AR. P. 811—813*). Однако, мне кажется, мы не имеем никаких оснований даже для того, чтобы предполагать возможность освобождения граждан, отданных в распоряжение Одиннадцати в соответствии с процедурой апагоге. Рассматриваемый отрывок вряд ли можно назвать доказательством этому. *Dem. XXIV. 146* свидетельствует совсем о другом, и приведенное здесь положение закона не имеет никакого отношения к содержанию принимаемой членами буле присяги, которая названа «законом» в § 144 (ср. § 147), хотя Липсиус, очевидно, видит между ними связь (*P. 812. Not. 30*), равно как и МакДоуэлл (*Andok. Myst. P. 63*), который по неизвестным причинам приписывает вышеупомянутую присягу не буле, а Одиннадцати.

²⁴Об этом отрывке см. *Maidment. MAO. I. P. 168 Not. a*; ср. *Gernet. Antiphon. P. 104*: «on s'assurait, par une prise de corps, des étrangers».

смаатриваемой нами гипотезы, которая была разработана главным образом Мессом и Глотцем, отвергнута, хотя и не без колебаний, Липсиусом, позднее поддержана Жерне и (с некоторыми изменениями) Мейдментом и довольно решительно отброшена МакДоуэллом. Последний хотя и посвящает исследованию апагоге в отношении убийц интересную и содержательную главу своей работы, но умышленно и, надо признать, весьма разумно отказывается от детального рассмотрения изменчивой формы, известной как ἀπαγωγή κακοῦρουσιν, и не видит вообще никакой процедурной проблемы в связи с негражданским статусом ответчика.

Жерне приводит три примера, свидетельствующих об использовании ἀπαγωγή κακοῦρουσιν для преследования чужеземцев, совершивших убийство: отрывок из V речи Антифонта, XIII речи Лисия и, с меньшей уверенностью, дело об убийстве Фриниха (Lysurg. Leogr. 112)²⁵. О последнем случае мы знаем мало определенного, а именно, что два человека, схваченные и брошенные в тюрьму «друзьями» убитого лидера олигархов, были ксенами. Если в данном случае было применено апагоге, что кажется вероятным, мы не можем определить его разновидности, тем более что, согласно Ликургу, двое арестованных были освобождены вновь пришедшим к власти демосом до того, как дело начало расследоваться. МакДоуэлл объединяет этот отрывок в одну группу с Dem. XXIII. 80, Мейдмент воздерживается от его оценки²⁶, а Жерне, отмечая, что арестованные являются ксенами, которых обвиняют в убийстве и преследует по апагоге, склоняется к тому, чтобы расценить эту процедуру как апагоге какургов. По отношению к делу Агората Жерне делает то же предположение более уверенно исходя из двух посылок: 1) что Агорат к моменту разбора дела в суде был только метеком и 2) что настойчивое требование Одиннадцати о включении ἐπ'αὐτοφθρῶν в текст обвинительного документа говорит в пользу апагоге какургов. По поводу первого — наиболее важного — аргумента мои соображения сводятся к следующему: сами нападки на гражданский статус обвиняемого со стороны оратора (§ 64 сл.) указывают на то, что в момент суда, а может быть, уже за некоторое время до этого Агорат по существу исполнял обязанности гражданина, и, следовательно, афинская община признавала его гражданином (см. особенно § 65, 73). Сохранил бы он свой фактический статус гражданина, если бы его стали открыто оспаривать в юридическом порядке — это другой вопрос. Как отмечает Липсиус (AR. P. 326), гражданство оспаривалось отнюдь не в связи с процедурой, использованной против ответчика, но в ходе нападок на его личные качества и карьеру. Таким образом, первое положение, даже если оно и является верным, оказывается неприемлемым в качестве аргумента по обсуждаемому вопросу, и вместе с ним все дело Агората выпадает из системы доказательств Жерне. Что же касается требования Одиннадцати о включении в текст обвинения ἐπ'αὐτοφθρῶν, независимо от того, позволяет ли оно определить разновидность апагоге, примененную к Агорату, или нет, оно должно быть истолковано как элемент апагоге, применяемого не к чужеземным, но к отечественным преступникам. Именно в таком ключе его рассматривают Мейдмент и МакДоуэлл, хотя и каждый по-своему (см. прим. 6).

²⁵См. комментарии Жерне к Ant. V и Lys. XIII. В последних (с. 188) он говорит: «Мы знаем несколько случаев, аналогичных делу Агората; их сближает то, что ἀπαγωγή используется здесь против не-граждан». Однако, в подстрочных примечаниях он указывает только два таких случая. Его комментарии к делу Менестрата еще более расплывчаты, но тем не менее он, так же как и Мейдмент полагает, что апагоге, описанное в Dem. XXIII. 80, вошло в практику после суда над Агоратом.

²⁶MAO. I. P. 153. МакДоуэлл (ANL. P. 139) предполагает, что родственники Фриниха объясняли произведенный ими арест двух человек, «ссылаясь на то, что те часто появлялись в священных местах и на агоре, будучи, как это очевидно, убийцами» (об этом «очевидно» см. выше, прим. 6). Он даже не упоминает о том, что арестованные были ксенами и, похоже, специально избегает этого, рассматривая IG I². 110 главным образом как декрет, наделяющий почестями Фрасибула, и др.

Поскольку дело Фриниха не вносит ясности, Ant. V остается единственным основанием гипотезы о том, что в классический период существовала практика, в известном смысле узаконенная (специальным распоряжением либо расширительным толкованием понятия «какург»), согласно которой апагоге какургэв использовалось для преследования ксенов, обвиняемых в убийстве, поскольку $\delta\acute{\iota}\kappa\eta\ \phi\acute{o}\nu\omicron\upsilon$ не было приспособлено для этих целей (Мейдмент)²⁷, поскольку только так можно было предотвратить бегство ответчиков из страны (Мейдмент, Жерне, ср. Lipsius. AR. P. 326), поскольку в глазах афинян чужеземцы не заслуживали особого уважения, занимали более низкое социальное положение и поэтому, будучи обвиняемы в убийстве, могли быть подвергнуты унижениям как бродяги (Жерне). Возможно, каждое из этих объяснений имеет свой резон, хотя два последних вряд ли можно отнести одновременно к чужеземцам метекам и неметекам. Но разве один-единственный случай с митиленцем может служить исчерпывающим доказательством того, что в Афинах действительно было принята такого рода практика?

Если рассматривать дело митиленца как однозначное свидетельство того, что ответчик мог преследоваться по апагоге какургов именно в силу своего чужеземного статуса, можно было бы сказать с большой долей уверенности (по крайней мере, в отношении конца V в.), что в этом и состояло юридическое основание обращенного к Одиннадцати требования признать его арест как какурга. Но когда мы ограничены единственным примером (что по существу допускает Мейдмент — см. прим. 6), и этот пример настойчиво демонстрирует совсем другую юридическую ситуацию, нежели та, которая предполагается исходя из гипотезы, необходимость дополнительных сведений становится очевидной. Возвращаясь к делу Агората, отметим, что даже если все доводы митиленца можно отбросить как умышленный обман (Gernet. Antiphon. P. 104), и его утверждение о том, что «в этой стране никто никогда еще не подвергался преследованию за убийство по апагоге, можно игнорировать как уловку адвоката (см. прим. 25), здесь, помимо всего прочего, содержатся и другие сведения. Липсиус, который скептически относится к гипотезе Месса—Глотца о том, что рассматриваемый вид апагоге использовался в случае убийства исключительно или главным образом против чужеземцев, но считает оба отрывка, Ant. V и Lys. XIII (последний благодаря появлению в нем выражения $\acute{\epsilon}\lambda'\alpha\upsilon\theta\omicron\phi\acute{o}\rho\omicron\varsigma$) примерами его использования для преследования за убийство (ср. Busolt—Swoboda. S. 533. Ant. 4), пытается наметить развитие этой практики. Твердую позицию митиленца относительно нелегальности его преследования по апагоге какургов можно объяснить, по убеждению Липсиуса, только исходя из предположения о том, что речь идет об одном из самых ранних случаев такого рода преследования, Обвинители Агората, отмечает он, явно не предвидели столь решительного протеста против формы преследования. Это означает, что в промежутке, разделяющем два примера (около двух десятилетий) должно было иметь место множество подобных случаев для того, чтобы практика утвердилась окончательно (AR. P. 324; ср. Maidment. MAO. I. P. 154).

Перед нами пример того, как можно реконструировать целое явление в области права, начиная с его зарождения и кончая превращением в устойчивую практику, основываясь всего на двух опорных доводах. Но в случае, если одна из этих опор пошатнется, вся конструкция окажется под угрозой краха. Так же как аргумент Жерне значительно ослабевает, если оказывается, что Агорат подвергался преследованию как гражданин, рассуждения Липсиуса по поводу доводов митиленца по большей части теряют силу, если добавление о поимке с поличным в текст обвинения против Агората не означает, что последний

²⁷Мейдмент связывает появление этой практики с ростом архэ, который порождал потребность в более подходящих, чем $\delta\acute{\iota}\kappa\eta\ \phi\acute{o}\nu\omicron\upsilon$, средствах преследования граждан подчиненных полисов (MAO. I. P. 152).

был арестован и привлечен к суду в качестве какурга. МакДоуэлл полагает, что преследование Агората осуществлялось согласно тому виду апагоге, который описан в Dem. XXIII. 80, и такое понимание, по-видимому, содержит меньше внутренних противоречий, чем предложенные Липсиусом, Жерне и Мейдментом. Однако то, что он снова приписывает выражению ἐλ'αὐτοφόρῳ значение признака этой разновидности апагоге (см. прим. 6), выглядит гораздо менее убедительно.

Мне кажется, у нас будет больше надежды выбраться из этого клубка противоречащих друг другу, а иногда и внутренне противоречивых теорий, рассматривающих различные виды апагоге, если мы перестанем пытаться приурочить ἐλ'αὐτοφόρῳ непременно к какому-нибудь одному из них, если мы откажемся от поиска «той самой» юридической формулы, к которой можно «пристегнуть» это требование.

Требование поимки с поличным, часто возникающее в связи с апагоге в отношении воров и тому подобных преступников, и появляющееся также в случае с Агоратом, на мой взгляд, гораздо правильнее рассматривать как анахронизм, бывший неотъемлемой частью всех форм апагоге в прежние, более суровые времена, когда для изобличения преступника действительно необходимо было «застигнуть его с украденным к рукам» (ср. Gernet. в *Lysias*. I. P. 189). Его прочная связь с апагоге в классических источниках отражает, я думаю, не строгое юридическое правило, но нежелание оскорбить гражданина применением насилия (ареста и заключения под стражу) без полноценных и достаточных свидетельств его вины. Это нежелание было не пережитком прошлого, но побочным идеологическим продуктом зрелых рабовладельческих отношений. В риторике IV в. до н.э. утверждение о том, что свободные люди отличаются от рабов неприкосновенностью своей личности, было общим местом (Isocr. XX; Dem. XXII. 54 sq. = XXIV, 166 sq.), полноправные граждане же были свободными людьми par excellence. Требование поимки с поличным, возможно, никогда и не было сформулировано в законодательстве в качестве условия, и в рассматриваемое время представляло собой реминисценцию архаической практики (Dem. XLV. 81), формулу, к которой иногда прибегали в правовых документах (Lys. XIII. 86—87, но не Ant. V. 9—10) для оправдания процедуры, сохранившейся с архаических времен, особенно когда она применялась по отношению к гражданам (ср. приведенную выше точку зрения Мейдмента, прим. 6).

Между тем остается один пример, который должен быть рассмотрен во всем своем своеобразии: гражданин Митилены подвергается в Афинах преследованию по апагоге какургов, защищаясь в суде гелиен от обвинения в убийстве. МакДоуэлл расправляется с ним быстро (АНЛ. P. 136 f). Он полностью принимает доводы ответчика («использованная процедура... как и заявляет оратор, не является законной в случае, если он подозревается в убийстве») и отбрасывает весь эпизод как непригодный для изучения уголовного права. Однако Одиннадцать не отклоняют этого дела, на что в свое время обратил внимание Глотц²⁶. МакДоуэлл в ответ на это замечает: «Одиннадцать не были судьями.

²⁶ Критикуя Глотца в этом вопросе, МакДоуэлл не отмечает его значения для той гипотезы, главным защитником которой выступает Глотц. МакДоуэлл вообще игнорирует эту гипотезу, причем с такой тщательностью, которая сделала бы честь любому цензору. Ответчика в Ant. V он никогда не называет митиленцем, но просто «оратором», «обвиняемым» и т.п.; убийц, арестованных мстителями за Фриниха (*Lycurg*. Leocr. 112) — просто Фрасибулом и Аполлодором (см. прим. 26; без сомнения, их чужеземный статус засвидетельствован, но в другой связи — АНЛ. P. 124). В пространном обсуждении дела Агората (P. 131—136) ничего не говорится о статусе обвиняемого и соображениях Жерне на этот счет. Только однажды МакДоуэлл все-таки делает выпад против теории Глотца; на с. 138, рассматривая дело Менестрата (Lys. XIII. 56), он отмечает, что Менестрат «был афинским гражданином... что опровергает теорию (выдвинутую Глотцем) о том, что эта процедура могла использоваться только против не-граждан». Отбросив без дополнительного разбора вопрос о значении случая с митиленцем и его преследования по апагоге какургов для этой гипотезы в целом (других ее вариантов помимо версии Глотца исследователь не рассматривает), МакДоуэлл не затронул ее сердцевину, не говоря уж о том, чтобы ее опровергнуть.

Если обвинители утверждали, что арестованный является "злостным преступником", Одиннадцать должны были санкционировать арест, а разбираться в том, являлся ли поступок обвиняемого "злостным преступлением" или нет, надлежало суду присяжных». Но не слишком ли это скоропалительный вывод? Что если «суд присяжных», вопреки мнению МакДоуэлла, признал бы использование апагоге правильным?

А если бы он принял решение, которое предполагает исследователь, может быть, ему следовало бы вернуть рассматриваемый случай в сферу законов об убийстве и посмотреть, что могло бы означать такое решение? Или даже пойти дальше и обратить внимание на статус ответчика? Вряд ли кто-либо, и уж тем более британец, взялся бы предрешить исход дела, пока оно еще только рассматривается. Затем, если Одиннадцать не были судьями, они не были и клерками. Будучи магистратами, они обладали юрисдикцией в определенных областях управления и правосудия, в частности, в отношении апагоге какургов и, возможно, также апагоге, применяемого в случае преследования за убийство²⁹, когда такая процедура была установлена. Во времена митиленца ее еще не было, поскольку он возражает против причисления себя к разряду какургов в той же степени, что и против своего ареста и заключения в тюрьму. То, что его подвергли такого рода унижениям, по его мнению, с правовой точки зрения несовместимо с обвинением, против которого он вынужден защищаться. Частично мы можем почувствовать это настроение ответчика в § 8 и 13, но ярче всего оно проявляется в общем пафосе его аргументации: убийство может преследоваться только по *дике фону* и находится в компетенции не «надзирателей за какургами», а архонта-басилевса.

Будучи единственной магистратурой, в компетенции которой находилось апагоге какургов, Одиннадцать, по всей видимости, должны были нести ответственность за законность санкционированных ими арестов, которые производились в пределах этой процедуры, законность, конечно, не с точки зрения виновности или невинности обвиняемого, но (оставляя в стороне возможную роль его статуса) с точки зрения соответствия процедуры преследования тому преступлению, в котором он обвиняется. Если бы преступление, вменяемое митиленцу, не подлежало преследованию по этой процедуре, если бы оно определенно находилось в юрисдикции какого-либо другого органа, но не Одиннадцати, они не должны были бы, в обычных условиях, признать апагоге. Иначе у них могли возникнуть серьезные осложнения позже, при отчете (*εἰδύσαι*), когда их деятельность становилась открытой для критики не только со стороны лиц, официально назначенных для этой цели (*λογισταί* и *εἰδύσαι*), но также со стороны любого, кто затаил против них недовольство³⁰.

(Продолжение следует)

²⁹В *Dem. XXIII. 80* о юрисдикции ничего не говорится. Липсиус, вероятно, на основе закона, приведенного в *Dem. XXIV. 60, 103, 105*, относит к компетенции Одиннадцати выделенную им разновидность апагоге, применяемую против *ἄτιτοι*, узурпирующих права *ἐπίτροι*, а следовательно, и равновидность, описанную в *Dem. XXIII. 80* (см. выше, прим. 16). Тот факт, что в последнем отрывке Демосфен ничего не говорит о юрисдикции и в то же время называет апагоге, о которой идет речь, 6-м видом наказания за убийство, заставляет предположить, что в данном случае, как и в случае определения 5-ти остальных видов наказаний, в суде председательствовал архонт-басилевс. *Hyperid. Eux. 6*, похоже, свидетельствует против этого предположения, равно как и *Lys. XIII. 86—87*, если принять классификацию МакДоуэлла (см. выше, прим. 6). С другой стороны, «укороченная» форма апагоге, предписанная в *Dem. XXIII. 28, 31* и *Lysurg. Leoc. 121*, входит в компетенцию фесмофетов, а *Dem. XXII. 26—28*, по мнению Липсиуса (AR. P. 366), относится к юрисдикции басилевса. Таким образом, юрисдикция, по-видимому, определялась не характером процедуры, но характером преступления. Что касается *Lys. XIII. 86—87*, в единственном упоминании об Одиннадцати в связи с рассматриваемым делом говорится о том, что они признали апагоге (§ 86), но ничего не сказано по поводу передачи дела в суд. Вполне возможно, что их компетенция ограничивалась арестом Агората и его содержанием в тюрьме (прежде всего они должны были «нести ответственность за тех, кто находится в тюрьме», — см. *Arist. Ath. pol. II. 1*). Вообще вопрос этот достаточно непростой.

³⁰См. *Arist. Ath. pol. XLVIII. 4—5*; *Lys. X. 16*; ср. *Ant. VI. 43*; *Lipsius, AR. P. 105. f., 291, 818 f., 845*; *MacDowell. Andok. Myst. P. 108*.