

Г. А. Гаджиев<sup>1</sup>

## О ТРАДИЦИОНАЛИЗМЕ В ПРАВЕ

Социальная жизнь людей на Земле породила множество версий демократических принципов. Скорее всего в них есть нечто универсальное. Но то, как общие демократические принципы реализуются в разных странах, на разных континентах, во многом зависит от таких факторов, как история, традиция, культура и самоидентификации нации.

Традиционность (и традиционализм) в философии права является важной когнитивной категорией, отражающей объективную реальность. Происходит материализация традиционных норм культуры, морали, права — и возникает состояние убежденности. При этом, как правило, отсутствуют какие-либо рациональные объяснения правомерности убежденности, она рассматривается как аксиоматическая ценность.

Убежденность обладает колоссальной социальной энергией — либо сдерживающей движение вперед (на ней базируется идеология консерватизма), либо способствующей динамичному развитию (это идеология прогрессизма). Но могут возникать и весьма экзотические конфигурации. Так, неоконсерваторы в США не склонны принимать в расчет традиционные социальные формы бытия арабских народов. Как отмечал Е. М. Примаков, они в этом повторяют троцкистов, которые были убеждены в полезности экспорта пролетарской революции в другие страны, независимо от того, сложилась там революционная ситуация или нет.

Убежденность и убедительность — две разные системы мышления людей. В конечном счете за все, что происходит в мире, отвечает человеческое мышление, которое ориентируется либо на убежденность (традиционализм), либо на поиск убедительности, рационализм. Парадокс реальной жизни состоит в том, что возможно сочетание рационализма, идеализма и цинизма, оправдываемого идеалистическими целями.

Поскольку в физическом (вещественном) анклаве всеобщей действительности действует такая объективная закономерность, как закон инерции, то в идеальном ее анклаве действует изоморфная закону инерции закономерность традиционализма. При конструировании морального миропонимания надо учитывать следующее свойство человеческого сознания — неспособность человека отождествлять себя с кем-либо в мире, убежденность в собственной неповторимости. Эти

свойства сознания человека формирует общественное сознание, порождая мифы (или реалии) об уникальности, неповторимости народа.

Убежденности не хватает убедительности? Или убедительность все же должна учитывать убежденность, то есть традиционалистские начала?

Здесь кроются истоки многолетних научных дискуссий, в которые вовлечены представители многих социальных наук. Говорят, что коня можно подвести к водопою, но его нельзя заставить пить воду. Ученые-юристы участвуют в глобальных дискуссиях, обсуждая такие аспекты единых общественных отношений, тот их ракурс, который считается монополией юридической науки, — проблемы суверенитета государства или политической нации, которые юридически оформляют стремление народа оставаться самим собой в постоянном развитии и конституционной идентичности. Рассматриваемые юридические понятия находятся в состоянии кризиса. Задача социологов и политологов — подсчитать, сколько из существующих в мире государств сохранили суверенитет? В какой мере система международного гуманитарного права вступает в коллизию с конституционными принципами национальных государств?

Если рассматривать конституции стран не только как трансплантированные юридические нормы, а в том числе и как способ кодификации традиций народа, то разрыв между универсалистской системой норм международного права и конституционным традиционализмом увеличится, создавая весьма серьезные риски.

Проблема традиционализма в философии права оказалась гораздо шире, чем соотношение традиций народа и Конституции. Традиционализм лежит в основе классификации правовых систем (семей). Существуют континентальное право (к которому относится и российское право) и прецедентное, или система общего права. Поэтому после известной речи председателя Высшего арбитражного суда РФ А. А. Ивановна на Третих Сенатских чтениях 19 марта 2010 года о прецедентной революции в России председатель Конституционного Суда РФ выступил в прессе с призывом учитывать традиции российского права и проявлять разумную осторожность в сложном процессе перенастройки юридического мировоззрения<sup>2</sup>.

Традиционализм — это и методологическая установка отдельных ученых-юристов. Его можно рассматривать и в качестве естественных пределов так называемой правовой трансплантации, то есть заимствования из зарубежного права какого-либо правового института. Наш опыт показывает, что трансплантация, или рецепция, правовых норм не может автоматически привести к тому, что воспринятый правовой институт будет иметь в воспринимающей правовой системе тот же эффект, что и в законодательстве страны, из кото-

<sup>1</sup> Судья Конституционного Суда РФ, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ. Автор свыше 200 научных работ, в т. ч. монографий и учебных пособий: «Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации: опыт сравнительного анализа», «Предприниматель–налогоплательщик–государство: правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации», «Конституционные принципы рыночной экономики», «Конституционная экономика», «Онтология права (критическое исследование юридического концепта действительности)», «Российская судебная власть: современность и перспективы» (в соавт.), «Право и экономика (методология)» и др. Председатель редакционного совета журнала «Сравнительное конституционное обозрение», член редакционных коллегий пяти научных журналов. Член Совета при Президенте РФ по совершенствованию гражданского законодательства. Награжден Почетной грамотой Президента РФ. Почетный доктор СПбГУП.

<sup>2</sup> См.: Экономика и право: новый контекст // Рос. газета. 2014. 22 мая.

рого он заимствован. То есть необходимо учитывать сложную контекстуальность юридических норм или общую систему нормативности. С моей точки зрения, идея о сложной контекстуальности юридических норм свидетельствует о стремлении юриспруденции выработать более сложные теоретические модели, касающиеся сущности права, и развить юридическую методологию. В правовых системах, находящихся в состоянии ускоренной трансформации (к которым относится и российское законодательство), как правило, возникает конфликт между трансплантированной нормой и остальными правовыми институтами. Эффект отторжения проявляется тем сильнее, чем в большей степени заимствованный правовой институт содержит в себе новую социальную программу. При имплементации чужеродного правового института в российское законодательство заимствованный институт иногда обретает новое содержание.

Описанное наблюдение подсказывает более общий и неоригинальный вывод, состоящий в том, что есть страны, которые, отставая в культурном развитии от Европы, тем не менее считают допустимым перенимать весь ее правовой опыт, не будучи готовы к практической реализации европейских правовых принципов.

Нужно разработать рациональную (убедительную) систему идей о том, как следует учитывать состояние убежденности, традиционализма, в том числе и традиционность Конституции России, несомненно обладающей конституционной идентичностью. Судя по ее содержанию и, главное, по тому, как она применяется, коллективные и социальные компоненты, то есть ценности солидаризма и справедливости, в ней выражены более отчетливо, чем в других конституциях.

Поэтому основной философско-правовой идеей Конституции России является не концепция либерального и сильного государства (которая в немецкой доктрине эквивалентна полицейскому государству), а концепция государства, цель которого, как сказано в преамбуле Конституции РФ, — утверждение прав и свобод человека в органическом единстве с обеспечением «гражданского мира и согласия».

Traditio — юридический термин римского права, обозначающий упрощенный порядок передачи вещей в собственность. Но также и преподавание, образование, установившееся издавна мнение, то, что заслуживает передачи потомкам. Это та самая «память предков», о которой говорится в преамбуле Конституции.

Традиция в конституционном праве — это потребность в передаче потомкам ценностей автономии личности в органическом единстве с ценностями солидаризма.

Важно, что, признавая объективное существование, онтологическое бытие состояния убежденности не следует преувеличивать. Думаю, что этим недостатком и верой в миф о своей исключительности страдают не только немцы или американцы.

Еще одна проблема — существование ценностей не в пространстве, а во времени. Вопрос возникает в связи с тем, что мы, когда принимаем решение, должны думать не только о вчерашнем и сегодняшнем днях, но решать проблемы, исходя из того, что надо создавать образ будущего, в том числе правовой. В этом случае вновь возникают вопросы о традиционализме: как быть и что делать, в каком темпе продвигаться вперед или вообще не продвигаться?

Ответы на поставленные вопросы предполагают выбор между определенными философскими традициями — кантианской либо прагматической.