

Забокрицький І. І.,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри конституційного та міжнародного права
Навчально-наукового інституту права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»

ДОПУСТИМІСТЬ ІСНУВАННЯ «ФОРМАЛЬНИХ» МОДЕЛЕЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ (НА ПРИКЛАДІ КОНЦЕПЦІЇ «ІСЛАМСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ»)

Анотація. Статтю присвячено аналізу концепції «ісламського конституціоналізму» на предмет відповідності сучасним уявленням про конституціоналізм як доктрину обмеження влади.

Ключові слова: конституціоналізм, ісламський конституціоналізм, мусульманське право, формальний конституціоналізм.

Постановка проблеми. Загальноприйнято, що конституціоналізм не можна назвати досягненням якоїсь однієї держави, він є універсальним явищем і загальносвітовим надбанням, продуктом західної цивілізації. У зв'язку із цим виникає логічне питання: чи можна говорити про конституціоналізм у тих державах, які не базують свою правову систему на конституційних принципах верховенства права, не втілюють реальний розподіл влади й не обмежують її, проте формально мають конституцію? Надзвичайно вдалим прикладом для ілюстрації цього питання є концепція «ісламського конституціоналізму». Цей термін досить часто зустрічається в науці. Однак питання про те, чи можна в цьому випадку говорити про конституціоналізм, є досить спірним.

Стан дослідження. Проблематика конституціоналізму є центральною в правовій науці та детально розглядалася в працях багатьох відомих науковців, зокрема А.Р. Крусян, С.В. Шевчука, В.М. Шаповала та інших. Разом із цим питання допустимості нетрадиційних моделей конституціоналізму, можливості існування конституціоналізму (у сучасному його розумінні) у релігійних правових системах є малодослідженим. Окремі питання цієї тематики (а також співвідношення права та релігії, проблематика мусульманського права) розглядалися в працях таких українських і зарубіжних дослідників, як Д.О. Вовк, Г.М. Волянська, Аль-Рашид Мадаві, Д. Літмен, К. Цваргейт. Однак із точки зору науки конституційного права ці питання були досліджені лише поверхово.

У зв'язку із цим **метою статті** є аналіз концепції «ісламського конституціоналізму» на предмет відповідності сучасним уявленням про конституціоналізм як правову доктрину обмеження влади.

Виклад основного матеріалу. Ці питання стосуються не лише «східних» традицій, а й, наприклад, колишніх чи теперішніх комуністичних режимів, де досить часто зустрічаються формально демократичні конституції, тексти яких містять положення, які реально не виконуються та не реалізуються, схожі до конституцій сучасних конституційних держав. Так, Конституція УРСР 1978 р. містила положення про те, що «вся влада в Українській РСР належить народів» (ст. 2) [1], а ст. 73 Конституції СРСР 1977 р. містила положення, що передбачало право вільного виходу із СРСР [2]. Зрозуміло, що реальність втілен-

ня таких положень у життя за умов існування комуністичного режиму була дуже сумнівною, а тому можна говорити про наявність розриву між нормативними положеннями тексту конституції і «фактичною конституцією», тим державним ладом, що існував а в субстантивному аспекті не був конституційним. Загалом можна стверджувати, що більшість держав бажають мати конституції, нехай навіть і формальні, оскільки вони певною мірою символізують собою сам факт існування держави. Так, використовуючи пошук за допомогою інтернет-ресурсів Constitute Project [3] та Wikipedia [4], бачимо, що у світі існує 194 конституції. Окрім того, конституції мають не лише суверенні держави, а й частково визнані. Отже, сам факт наявності конституцій (більшість із яких, очевидно, містять формально закріплені традиційні конституційні принципи) не свідчить про наявність конституціоналізму.

Так, Г.М. Волянська зазначає, що українські вчені-конституціоналісти (В.М. Кампо, М.В. Оніщук та інші) в основу класифікації видів конституціоналізму пропонують покласти типи легітимного урядування за М. Вебером (традиційний, харизматичний і легальний) [5]. Таким чином, як стверджується в цій роботі, держави можна поділити на такі, де існує «класичний конституціоналізм» (маються на увазі ті з них, де реально втілюються конституційні принципи та засади), а також держави «традиційного конституціоналізму», де існують лише декларативні положення, та держави «харизматичного конституціоналізму», які будують свою державно-правову практику на основі влади авторитетного лідера. Однак стає зрозумілим, що обґрунтування існування «інших» видів конституціоналізму зводиться більше до формального підходу розуміння цього явища, а існування конституції не обов'язково означає існування конституціоналізму (як і навпаки). Конституціоналізм бере свої витoki з природничо-правових ідей, в основу яких покладено природні для кожної людини цінності. Авторитарний тип правління й наявність лише декларативного тексту (якщо говорити про існування «харизматичного конституціоналізму») туди не входить.

Класичним прикладом є мусульманські держави, де існує своя система права. Чи можна говорити про наявність конституціоналізму в таких випадках? Варто зазначити, що насамперед компаративісти відносять мусульманську систему права до правових систем релігійного типу [6, с. 117]. К. Цваргейт і Х. Кетц зазначають, що ісламське право (шаріат) є сукупністю норм або правил, отриманих із божественного відкриття, якими зобов'язаний керуватися віруючий мусульманин, якщо він хоче правильно виконувати свій обов'язок [6, с. 447]. Також мусульманське право розглядається як «одна з основних правових систем сучасності, як комплекс соціальних норм, фундаментом і головною складовою частиною якого є релігійні встановлен-

ня та приписи ісламу, а також органічно пов'язані з ними й проникнуті релігійним духом моральні та юридичні норми» [7, с. 831]. Як бачимо, основним джерелом права в цьому випадку є релігія.

Проведемо аналіз деяких конституцій мусульманських держав. Як приклад можна навести Конституцію Ірану як держави, яка міцно стоїть на засадах ісламу (разом із Саудівською Аравією це держави, де мусульманське право має найбільший вплив). Стаття 1 Конституції Ісламської Республіки Іран [8] визначає таку форму правління, як ісламська республіка, а до основних принципів, на яких базується держава, належить віра в таке (ст. 2): 1) існує лише один бог («Немає бога, крім Аллаха»), який устанавлює закони; усі повинні підкорятись йому, а отже, він є джерелом суверенітету; 2) божественне відкриття та його основна роль в устанавленні сили законів; 3) важлива роль імамату як вічного керівництва для забезпечення безперервної революції ісламу тощо. Таким чином, не можна говорити про народний суверенітет як одну з основних засад конституціоналізму. Також варто зазначити, що далекою від ідеалу є й ситуація з правами людини. Так ст. 4 закріплює, що всі цивільні, кримінальні, економічні, адміністративні, культурні, військові, політичні та інші закони й нормативно-правові акти повинні бути засновані на «ісламському критерії» (по суті це закріплення обов'язкової відповідності всіх прийнятих законів шариату). Цей принцип є абсолютним і застосовується винятково до всіх законів. За його виконанням слідує спеціальна Наглядова рада. Так, ст. 19 («немає дискримінації, немає привілеїв») зазначає, що все населення Ірану, незалежно від етнічної групи, до якої воно належить, користується рівними правами, при цьому за ознаками кольору шкіри, раси, мови тощо не можуть надаватися жодні привілеї. Стаття 20 проголошує принцип рівності перед законом: усі громадяни Ірану, чоловіки й жінки однаковою мірою користуються захистом закону та усіма людськими, політичними, економічними й соціальними правами відповідно до ісламського критерію.

Якби не останні слова цієї статті, можна було б говорити про певну демократичність і рівність, однак зрозуміло, що за «ісламським критерієм» можна розглядати багато порушень прав людини. Крім того, ні про яку рівність чоловіка та жінки в ісламських країнах не може бути й мови. Хоча наступна ст. 21, яка присвячена правам жінок і містить певні положення щодо їх правового захисту, однак «уряд повинен забезпечити права жінок відповідно до ісламського критерію». Знову ж таки закони шариату стоять вище за положення будь-якого світського закону, у тому числі конституції.

В інших статтях, присвячених правам людини, також є певні позитивні норми, хоча й із можливістю їх обходу. Так, згідно зі ст. 22 гідність людини, її життя, майно, місце проживання є недоторканими, за винятком випадків, санкціонованих законом. Остання фраза залишає можливості для недотримання цієї норми. Передбачається свобода преси (ст. 24), за винятком випадків, коли вона завдає шкоди основоположним принципам ісламу. Те ж саме стосується свободи об'єднань. Таким чином, фактично всі права людини, передбачені в цій державі, можуть бути обмежені, при цьому явно не дотримується принцип пропорційності як один з основних сучасних конституційних принципів у сфері прав людини, відповідно до якого права людини можна обмежувати лише для досягнення легітимної мети на основі закону; характер обмежень має бути співмірним із тією метою, що досягається. Очевидно, що дотримання в цьому випадку «ісламського критерію» є диспропорційним обме-

женням, що дозволяє державі здійснювати подібне фактично в будь-яких ситуаціях, підводячи аргументацію під релігійну мусульманську доктрину.

Таким чином, Конституція Ісламської Республіки Іран є класичним прикладом конституції мусульманської держави. Не дивно, що не існує ні принципу верховенства права (і конституції як основи конституційної законності), ні ефективного закріплення прав і свобод людини, ні народного суверенітету. Дуже часто в ній зустрічаються положення про те, що все повинно відповідати «ісламським критеріям». Положення шариату є головними, і вони мають верховенство над конституцією та всім законодавством, тому головним джерелом не лише конституційного, а й загалом права держави є положення шариату й Коран. Конституція має другорядне значення, хоча й існує, як і в більшості держав світу, та виступає джерелом конституційного права.

Цікавим також є Основний Закон Саудівської Аравії, що був прийнятий 1992 р. королівським указом [9]. Принципами державного управління, відповідно до ст. 8, є справедливість і вірність згідно з ісламським шариатом. У п'ятому розділі, присвяченому правам та обов'язкам, передбачено, що держава захищає іслам і реалізує принципи шариату, який наказує людям чинити добро й уникати зла, а також виконувати свої обов'язки за заклик Аллаха. Права людини також захищаються відповідно до шариату. Загалом питання дотримання прав людини в Саудівській Аравії постає особливо гостро. Це включає в себе не тільки жорстокі покарання за злочини, а й права жінок, релігійну дискримінацію, недостатній рівень релігійної свободи.

Хоча в період із 1996 р. до 2000 р. Саудівська Аравія приєдналася до деяких міжнародних конвенцій із питань прав людини, а уряд дозволив створення Національного товариства з прав людини, станом на сьогодні діяльність цього органу була обмежена, залишаються сумніви стосовно її нейтралітету та незалежності [10]. Саудівська Аравія була однією з восьми держав, які не приєдналися до Загальної декларації прав людини в 1948 р., і зараз лише вона одна залишається відкритою проти неї [11]. У відповідь на критику уряд Саудівської Аравії вказує на спеціальний ісламський характер держави та стверджує, що це виправдано в зв'язку з відмінним соціальним і політичним порядком. Критичним залишається також стан дотримання прав жінок, у державі відсутня самостійність жінок і відсутній закон, що забороняє насильство над жінками.

Варто зазначити, що загалом багато авторитетних органів дійшли висновку, що шариат несумісний із прийнятими сучасними стандартами прав людини. У 2003 р. і 2004 р. Європейський суд із прав людини постановив: «Шариат є несумісним з основоположними принципами демократії. Його правила щодо спадкування, прав жінок і свободи віросповідання порушують права людини, встановлені в Європейській конвенції з прав людини» [12]. Палата Лордів звернула увагу на різкий конфлікт між шариатом і законодавством Великобританії, назвавши ісламський звід законів «абсолютно несумісним» із законодавством про права людини. Це зауваження було зроблене під час розгляду справи жінки, яка, якщо б її відправили назад у Ліван, була б змушена за законами шариату передати право опіки над своїм дванадцятирічним сином чоловікові, який бив її, викинув через балкон, а одного разу навіть намагався задушити [13].

Проблема полягає в тому, що тоді як західне право з плином часу змінювалося та модернізувалося, принципи шариату загалом залишаються незмінними з VII ст. Існують думки, що ісламська релігія все ще не досягла певного «просвітління»

та з плином часу адаптується до вимог сучасності. Однак переважає позиція про те, що реформа мусульманського закону є неможливою, а для того щоб його реформувати, необхідно, щоб він перестав існувати разом з ісламом, оскільки Шаріат розглядається як незмінні святі закони Аллаха.

У 1981 р. іранський представник в Організації Об'єднаних Націй заявив: «Загальна Декларація прав людини є світським тлумаченням іудео-християнської традиції, яка б не могла бути реалізована мусульманами» [14]. Таким чином, враховуючи неминучий конфлікт між ісламськими й західними уявленнями про права людини, у 1990 р. Організація «Ісламська Конференція», яка представляє 57 держав із населенням, де більшість – мусульмани, створила Каїрську декларацію про права людини в ісламі (далі – Декларація), використовуючи ісламські писання як єдине джерело [15]. Однак цей документ був підданий різкій критиці з боку багатьох західних держав і міжнародних організацій у зв'язку з його несумісністю з правами людини, правами жінок, релігійно свободою та свободою вираження думок шляхом введення обмежень на майже кожне з прав людини на основі ісламського шаріату [16]. Крім того, Міжнародна комісія юристів зазначала: 1) ця Декларація серйозно загрожує міжкультурному консенсусу, на якому засновані міжнародні інструменти із захисту прав людини; 2) вона вводить в ім'я прав людини нестерпну дискримінацію немусульман та жінок; 3) декларація має завідомо обмежувальний характер щодо деяких основних прав і свобод людини у зв'язку з тим, що деякі основні норми не мають характеру правового стандарту в дії в низці мусульманських держав; 4) вона підтверджує під прикриттям «ісламського шаріату» (закону) законність такої практики, як тілесні покарання, які завдають шкоди цілісності й гідності людини [17].

Таким чином, в ісламській концепції прав людини, яка зафіксована в цьому міжнародному акті, не можна говорити про рівність і взагалі розуміння прав людини так, як це має місце на увазі в західній правовій думці. Закони Шаріату не надають мусульманським жінкам і немусульманам рівні права з мусульманськими чоловіками. Шаріат не визнає право на рівність як гарантоване Загальною декларацією прав людини й іншими правовими актами, а отже, заперечує можливість повною мірою користуватися своїми правами людини тих, хто живе в державах, які слідує законам Шаріату. Таким чином, обмеження, які встановлюють закони Шаріату, підривають багато з прав, які повинна була б гарантувати Декларація.

Стосовно свободи віросповідання, то про таку також не можна говорити, оскільки в ст. 10 Декларації зазначається: «Іслам є релігією незайманой природи. Забороняється здійснювати будь-які форми примусу на людину або використовувати її бідність або незнання, щоб повернути в іншу релігію або атеїзм». Таким чином, вихід з ісламу є фактично забороненим.

Також варто зазначити, що за положеннями шаріату в багатьох випадках відступництво від віри є злочином, який жорстоко карається. Також обмежується свобода висловлення своїх думок. Згідно зі ст. 22 Декларації особа може висловити свою думку тільки таким чином, якщо це не буде суперечити принципам Шаріату; свобода вираження своїх думок не може «послаблювати віру». Стаття 24 передбачає, що всі права та свободи, згідно з Декларацією, повинні відповідати ісламському Шаріату, а в ст. 19 зазначено, що не повинно бути ніякого злочину й покарання, за винятком випадків, передбачених у Шаріаті.

Цікавим із цієї точки зору є також розгляд Д.О. Вовком релігії в широкому сенсі [18, с. 53–63], релігійних еквівалентів чи

аналогів – секулярних ідеологій. При цьому надзвичайно влучною є думка, відповідно до якої «як еволюційне звууження релігійності внаслідок секуляризації, так і революційна руйнація традиційної релігії під час соціальних катаклізмів чи глобальних змін обумовлювали й обумовлюють продукування суспільством релігійних аналогів – ідеологій, у яких категорії, святість яких до певного періоду сприймалася як символічна (партія, нація, народ, світле майбутнє), набувають у свідомості індивіда чи спільноти характеру реальності, що є ознакою саме релігійної свідомості» [18, с. 56]. Не вдаючись детально в аналіз цієї тези, зазначимо лише, що автор дуже вдало аргументує певну сакралізацію таких тоталітарних ідеологій, як фашистська та комуністична, яка спрямовується на те, щоб замінити релігійні вірування певною ідеологією та стверджує наявність «комуністичного «Євангелія» про світле майбутнє, свою дихотомію «добра і зла» (буржуазія та пролетаріат), свій етичний компонент (комуністична мораль), міфологію (дитячі казки та оповідання про життя В.І. Леніна тощо), своїх апостолів (К. Маркс, Ф. Енгельс, В.І. Ленін, Й.В. Сталін), свої «сакральні» тексти (твори К. Маркса, Ф. Енгельса, скорочений курс історії ВКП(б), свою «церкву» (партія) з відповідною ієрархією, яка інтегрує власні інститути в державний апарат» [18, с. 61–62].

Як бачимо, ще одна з основоположних цінностей сучасного західного світу – плюралізм думок, толерантність – так само не дотримується. Таким чином, можна зробити висновок, що саме сучасні секуляризовані суспільства більш схильні до конституціоналізму, оскільки дуже часто будь-яка державна ідеологія – чи то релігійна, як це спостерігається в мусульманських державах, чи, як бачимо на останньому прикладі, квазірелігійна – схильна до надмірного злиття з державою, що не сприяє обмеженню державної влади, оскільки в демократичному суспільстві церква повинна виступати насамперед елементом громадянського суспільства, а не державного апарату. У таких державах роль конституції певною мірою нівелюється, її декларативний текст не можна вважати основою для конституціоналізму як насамперед практики обмеження та поділу влади на основі конституційних принципів.

У зв'язку із цим можна зробити два важливі **висновки**. Насамперед, це важлива роль прав людини для існування конституціоналізму. Підходів до визначення суті конституціоналізму є багато, однак більшість із них ґрунтуються на змістовній характеристиці цього явища, а також необхідності існування принципу верховенства права. Однак концепція прав людини, яка розвивалася протягом останнього часу, тісно пов'язана з верховенством права. Якщо останнє тлумачать переважно як панування права в суспільстві та певні ідеї справедливості, то зрозуміло, що західна модель прав людини, яка знаходить своє відображення як у міжнародно-правових актах, так і в національному законодавстві більшості держав (основи цієї концепції закріплені, як правило, у конституціях), стає неодмінною частиною конституціоналізму. По-друге, первинна роль конституціоналізму полягала саме в обмеженні свавілля державної влади, чого не спостерігається в державах, заснованих на Шаріаті. Таким чином, виникає логічне питання: чи можна говорити про ісламський конституціоналізм як явище? На нашу думку, таке явище, як конституціоналізм, у мусульманських державах не існує, і про нього говорити не можна, хоча часто виникають спроби охарактеризувати той правопорядок, який існує в мусульманських державах як «ісламський конституціоналізм». Основними цінностями конституціоналізму в сучасному світі є такі, як народний суверен-

нітет, обмеження та розподіл державної влади, верховенство права та конституції як нормативної основи конституціоналізму, максимальне гарантування прав і свобод людини. На жаль, усі ці поняття є чужими для мусульманських держав; незважаючи на те, що там існують конституції, існує Каїрська декларація з прав людини, вони є дуже викривленими та не відповідають тим уявленням, які склалися про конституціоналізм. У мусульманських державах існують абсолютно інші принципи організації життя, інші цінності мусульманської державно-правової теорії та практики, які протиставляються ціннісній теорії конституціоналізму. Очевидно, що конституціоналізм, незважаючи на те, що сам по собі є транснаціональним явищем, притаманний західній культурі з її традиціями поваги до права, індивідуалізму й усвідомлення цінності прав і свобод людини. Східна ж цивілізація, базована на колективних цінностях, дуже часто із сильним акцентом на ролі релігії в державному житті, передбачає зовсім інші моделі державного управління, які не можна назвати конституційними.

Література:

1. Конституція УРСР 1978 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1978.html>.
2. Конституція СРСР 1977 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/red_1977/1549448/chapter/8.
3. Constitute. The world's constitutions to read, search and compare [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.constituteproject.org>.
4. List of National Constitutions [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_national_constitutions.
5. Волянська Г.М. Класичний конституціоналізм vs. харизматичний пострадянський конституціоналізм / Г.М. Волянська // Юридичний журнал. – 2008. – № 7. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2986>.
6. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – пер. с нем. – Т. 1 : Основы. – М. : Междунар. отношения, 2000. – 480 с.
7. Правовые системы стран мира : [энциклопедический справочник] / отв. ред. А.Я. Сухарев. – 2-е изд. – М. : Норма – Инфра-М, 2001. – 840 с.
8. Islamic Republic of Iran Constitution [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iranonline.com/iran/iran-info/Government/constitution.html>.
9. Basic Law of Saudi Arabia [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.constituteproject.org/constitution/Saudi_Arabia_2013?lang=en.
10. Madawī Al-Rasheed. A History of Saudi Arabia / Al-Rasheed Madawī. – 2010. – P. 251–252.
11. Weiss T.G. The United Nations and Changing World Politics / T.G. Weiss, D.P. Forsythe, R.A. Coate, 1994. – P. 116.
12. European Court of human rights (ECHR) // Cambridge Encyclopedia [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.webcitation.org/query?url=http://encyclopedia.stateuniversity.com/pages/7197/European-Court-Human-Rights-ECHR.html&date=2011-11-01>.
13. Afua Hirsh. Sharia law incompatible with human rights legislation, Lords say / Afua Hirsh // The guardian. – 2008. – October 23. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.webcitation.org/query?url=http://www.guardian.co.uk/world/2008/oct/23/religion-islam&date=2011-11-01>.
14. Littman D.G. Human Rights and Human Wrongs / D.G. Littman // National Review. – 2003. – January 19. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.webcitation.org/query?url=http://article.nationalreview.com/?q=ODkzM2Q2NGE5ODQzZWl2Y2QyMzh1YjA4NWRIOWYzMzE=&date=2011-11-01>.
15. Cairo Declaration on Human Rights in Islam for Aug. 5, 1990 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>.
16. The Cairo Declaration and the Universality of Human Rights – International Humanist and Ethical Union for May 28, 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.webcitation.org/query?url=http://www.ihcu.org/node/3162&date=2011-11-01>.
17. Joint Statement to the UNCHR. The International Commission of Jurists and the International Federation for Human Rights (Feb. 1992) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.webcitation.org/query?url=http://article.nationalreview.com/?q=ODkzM2Q2NGE5ODQzZWl2Y2QyMzh1YjA4NWRIOWYzMzE=&date=2011-11-01>.
18. Вовк Д.О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення : [монографія] / Д.О. Вовк. – Х. : Право, 2009. – 224 с.

Забокрицький І. І. Допустимість існування «формальних» моделей конституціоналізму (на прикладі концепції «ісламського конституціоналізму»)

Анотація. Стаття присвячена аналізу концепції «ісламського конституціоналізму» на предмет відповідності сучасним представленням о конституціоналізмі як доктрині обмеження влади.

Ключевые слова: конституціоналізм, ісламський конституціоналізм, мусульманське право, формальний конституціоналізм.

Zabokrytskyy I. Admissibility of the “formal” constitutionalism models existence (on the example of “Islamic constitutionalism” concept)

Summary. This paper analyzes the concept of “Islamic constitutionalism” in compliance with modern concepts of constitutionalism as a limitation of power doctrine.

Key words: constitutionalism, Islamic constitutionalism, Islamic law, formal constitutionalism.