

Marek August Maliska¹

Kontrola konstytucyjności praw i demokracji legalności decyzji sądowych. zastosowanie tej kwestii w rozwoju demokracji Brazylijskiej i Polskiej

In work discussion about expected insufficiency of democratic legality of the judicial supervision recognizing laws unconstitutional is investigated. At these normative legal acts various functions in the constitutional state. The constitution establishes basic rights and regulates the government. The law is accepted and affirms parliament according to a majority rule. A question in how to settle the democracy understood as «a majority rule», with stability of the political legal system established by the Constitution, remote from political dispute in Parliament. In the constitutional jurisdiction discussion about principles excludes the political arguments applied to belief of the majority. The important role of the Constitutional Court consists in providing bases of a democratic law and order.

Key words: the legal supervision, the constitutional jurisdiction, the legislative power, the political system, the constitutional Court, the constitutional control.

Wstęp

Niniejszy tekst ma na celu ocenę polemiki wokół deklarowanej nielegalności demokratycznej decyzji prawnych, które oceniają ustawy i przepisy prawne jako niekonstytucyjne. Artykuł stanowi wprowadzenie do dyskusji na temat problematyki demokratycznej legalności kontroli konstytucyjności praw, w oparciu o doświadczenia brazylijskie, i w tym odniesieniu, zachęca do refleksji na ten temat w kontekście Polski.

Istnieje wiele możliwości wyboru aspektów w analizie tego tematu. Podejmując spór między Kelsenem i Carlem Schmittem, Habermas wskazuje na możliwość istnienia «samokontroli ustawodawcy», przed specjalną komisją utworzoną w samym środowisku władzy ustawodawczej, która mogłaby weryfikować teksty normatywne pod kątem zasad konstytucyjnych. W Brazylii sporo się dyskutuje na temat tak zwanego proceduralizmu i substancjalizmu w podejściu do Konstytucji. W znacznym stopniu skłaniająca się ku wersji substancjalizmu, doktryna brazylijska stoi przed wyzwaniem zrozumienia Konstytucji jako gwarantującej prawa grup wyłączonych, ale też jako umożliwiającej otwarty dialog między ustawodawcą i społeczeństwem cywilnym na temat wypełnienia istniejących w nim luk, utworzonych przez Konstytucję, a więc Konstytucja powinna nie tylko gwarantować pluralizm, ale też być na ten pluralizm otwarta.

1. Role Prawa i Konstytucji w społeczeństwach demokratycznych

Problem związany z polemiką na temat legalności decyzji trybunałów w kontrolowaniu konstytucyjności praw jest ściśle powiązany z podziałem, którego można by dokonać między Prawem a Konstytucją. Ściśle rzecz biorąc, oba statuty normatywne posiadają osobne funkcje w państwie konstytucyjnym. Z wyjątkiem Anglii, która opiera swój system polityczny na braku formalnej konstytucji, rozdział między prawem a konstytucją, reprezentowaną przez kontynentalne prawo konstytucyjne Europy, pociąga za sobą różnicę w charakterze i rolach tych dwóch jednostek normatywnych w systemie politycznym kraju. Konstytucja daje podstawy porządku politycznego, wyznacza podstawowe prawa, tworzy Państwo i określa kompetencje. Prawo jest z kolei wyrazem woli, reprezentowanej przez organy państwowe i wypracowanej przez parlament w oparciu o zasadę większości głosów. Problema polega na określeniu jak pogodzić demokrację, rozumianą jako regułę większości, z niezbędną stabilnością wyznaczoną przez porządek polityczno-prawny, gwarantowaną przez konstytucję daleką od starć politycznych parlamentu, ale jednocześnie przez ten parlament szanowaną i uznawaną. I tu pojawia się znacząca rola Trybunału Konstytucyjnego.

2. Kontrola sądowa

Kontrola konstytucyjności wiąże się z przekonaniem o supremacji konstytucji². To przekonanie wywodzi się z konstytucjonizmu amerykańskiego, gdzie jakkolwiek sędzia wezwany do rozstrzygnięcia sporu, w którym jakaś zwykła norma prawna okazuje się kolidować z normą konstytucyjną, nie powinien

¹ Wykładowca prawa konstytucyjnego na uniwersytecie Faculdades Integradas do Brasil — *UniBrasil*, w Kurytybie -PR, Brazylia. Email: marcosmaliska@yahoo.com.br

² ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madryt: Editorial Civitas, 1994, str. 50–51.

stosować tej pierwszej, ale tę drugą (konstytucyjną). Funkcjonalność tego modelu spoczywa jednakże w sile wiążącej decyzji sądowych, typowej dla krajów stosujących tzw. *common law*.³

Obok modelu amerykańskiego istnieje system skoncentrowanej władzy sądowniczej, naśladujący modele zaproponowane przez Kelsena w Konstytucji Austriackiej z 1920 roku, udoskonalonej w 1929, i przyjętej przez inne kraje. W ramach skoncentrowanej władzy sądowniczej istnieje Trybunał Konstytucyjny, czyli organ państwowy przeznaczony do rozstrzygania wszelkiego typu sporów konstytucyjnych.

Utworzenie trybunału konstytucyjnego wiąże się z poglądem, który zakłada, że prawo ustanowione przez organ wybrany demokratycznie musi również zgadzać się z porządkiem konstytucyjnym, z zasadami zatwierdzonymi przez konstytucję. Istnienie trybunału, czyli organu nie mającego nic wspólnego z funkcją ustawodawczą i administracyjną w jej ścisłym znaczeniu, wiąże się z inną koncepcją, według której nikt nie może być sędzią w swojej własnej sprawie. Praca trybunału konstytucyjnego, będąc związana z tekstem konstytucji, w pierwszej chwili jest pracą prawniczą, czyli polegającą na przystosowaniu poglądów i analizie form prawnych w kontekście formalnej zgodności prawa z tekstem konstytucji. Ta analiza obejmuje również aspekty merytoryczne, czyli treści ustaw, a przez to one też mogą zostać orzeczone jako niekonstytucyjne, jeśli merytorycznie podważają konstytucję. Stanowisko trybunału jest więc nie tylko prawnicze, lecz również polityczne. Jednakże nie zastępuje i nie miesza się z działalnością parlamentu, a to ze względu na osobne stanowiska instytucyjne, jakie oba organy zajmują. W języku Ronalda Dworkina, sędzia działa jako Stróż Zasad Konstytucyjnych, które nie powinny być poddawane dysputom politycznym parlamentu.⁴

3. Polemika między Kelsenem a Carlem Schmittem

W okresie międzywojennym, polemika dotycząca dwóch wielkich prawników znalazła się w centrum badań w dziedzinie prawa konstytucyjnego. Chodziło o kwestię kontroli konstytucyjności praw, w której Hans Kelsen i Carl Schmitt mieli przeciwstawne poglądy. Carl Schmitt opublikował w 1931 roku dzieło *Der Hüter der Verfassung — Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*⁵, w którym podtrzymywał, iż obrona Konstytucji powinna należeć do Prezydenta Imperium Niemieckiego. Kelsen, w odpowiedzi na stwierdzenia Schmitta, opublikował *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*⁶, starając się udowodnić błędność teorii Schmitta i podtrzymując swoją teorię, według której na straży konstytucji powinien stać niezależny trybunał.

Argumentacja Schmitta przeciw sądowej kontroli konstytucyjności skupiała się wokół dwóch podstawowych kwestii. Po pierwsze, podtrzymywała teorię, według której decyzja sądowa następuje *post eventum*, a więc jej misja może mieć charakter potwierdzający oskarżenie lub od niego uwalniający, zadośćuczyniający lub karzący, jednakże zawsze dotyczy faktów przeszłych, a ponadto jest ona przypadkowa i pomocnicza, czyli odnosi się do konkretnego i szczególnego przypadku, poddanego procesowi sądowemu, którego konsekwencje służyć będą jako prawniczy precedens. Po drugie, Schmitt twierdzi iż jednej normy prawnej nie można podierać inną normą, dokonując w ten sposób podziału między *tworzeniem prawa*, leżącym w kompetencji władzy ustawodawczej, i *stosowaniem prawa*, należącym do władzy sądowniczej.

Kelsen, polemizując ze Schmittem, próbował wykazać ideologiczny charakter tez profesora z Berlina, mający swe źródło w zamieszaniu między nauką i polityką, i w znaczeniu bardziej ograniczonym — między teorią prawniczą i teorią polityczną. Kelsen zajął się zachowaniem obrony Konstytucji przed obrońcą zaproponowanym przez Schmitta, gdyż — jak twierdzi — «nikt nie może być sędzią w swojej własnej sprawie»⁷. Według Kelsena, doktryna XIX wieku, identyfikująca monarchę konstytucyjnego z naturalnym obrońcą konstytucji, w sposób ideologicznie ewidentny starała się zrekompensować władzę utraconą przez głowę państwa przy zamianie monarchii absolutnej w monarchię konstytucyjną.

4. Habermas i «samokontrola ustawodawcy»

Habermas krytykuje rolę i zakładaną legalność sądownictwa konstytucyjnego w zakresie funkcji ustawodawcy przy tworzeniu prawa i przy kontroli konstytucyjności, gdyż — jak twierdzi — a słuszność są-

³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, str. 53.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999, str. 146 i nast. «Dla Kelsena władza ustawodawcza dzieli się na dwa organy: parlament, odpowiedzialny za inicjatywę polityczną, czyli ustawodawcę rzeczywistego, i trybunał konstytucyjny, który eliminuje, w celu utrzymania wewnętrznej spójności systemu, ustawy nie respektujące wyznaczników konstytucji». ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norm*, str. 59.

⁵ W języku hiszpańskim: SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución - Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

⁶ W języku hiszpańskim: KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

⁷ KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, str. 5.

downictwa jest uzależniona od legalności obowiązującego prawa, a ta z kolei zależy od rozumnego procesu ustawodawczego, który z punktu widzenia podziału władzy nie znajduje się pod wpływem organów wykonawczych. Istnienie trybunałów konstytucyjnych nie jest samo w sobie oczywiste, gdyż instytucje tego typu nie istnieją w wielu modelach państwa prawnego. I nawet tam, gdzie istnieją (Habermas odnosi się w szczególności do Niemiec i Stanów Zjednoczonych), pojawiają się kontrowersje na temat ich pozycji w strukturze kompetencji porządku konstytucyjnego i na temat legalności ich decyzji.⁸

Z drugiej strony, Habermas uznaje ważność historycznej roli trybunału konstytucyjnego w gwarantowaniu podstawowych praw, które już nie mogą być chronione w tradycyjnych modelach państwa liberalnego.

Jego propozycja sprostania problemowi braku legalności w kontroli konstytucyjności prowadzonej przez trybunały polega na utworzeniu swego rodzaju «samokontroli ustawodawcy», która mogłaby pomóc ustawodawcy w zachowaniu treści normatywnej zasad konstytucyjnych w formułowaniu uchwał, a szczególnie gdy podczas debat parlamentu dokonuje się ponowne określenie kwestii etycznych i moralnych, przekształcające je w kwestie dyskusyjne, lub inaczej — w kwestie mogące podlegać zmianom i dopuszczające ustępstwa. Abstrakcyjna kontrola norm, jak twierdzi, to niepodważalna funkcja ustawodawcy. W ten sposób nie pozbawione sensu byłoby zarezerwowanie tej funkcji, nawet w drugiej instancji, pewnemu systemowi samokontroli ustawodawcy, który mógłby nabrać rozmiarów procesu sądowego.⁹

Habermas porusza temat legalności zakresu uprawnień Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w Niemczech nie tylko w aspekcie paradygmatycznym, czyli w kwestii jego adekwatności do modelu państwa opartego na podziale władzy, ale również w aspekcie metodycznym, będącym rezultatem przebiegu i treści decyzji podejmowanych przez Trybunał Konstytucyjny. W tym względzie decyzje Trybunału konkretyzujące normy konstytucyjne, wiedzione ideą realizacji wartości merytorycznych nieodłącznie związanych z tym porządkiem konstytucyjnym, stawiają sądownictwo w sytuacji konkurencyjnego ustawodawcy i zamieniają trybunał w instancję autorytatywną. «W przypadku zderzenia sprzecznych racji, wszystkie mogą przyjąć charakter argumentacji poprzez przedstawienie celów, co powoduje zawalenie się mistrzowskiej podpory wprowadzonej w dyskurs prawniczy przez deontologiczne zrozumienie norm i zasad prawnych. (...) W miarę jak trybunał konstytucyjny przyjmuje doktrynę porządku wartości i czyni z niej podstawę w podejmowaniu decyzji, rośnie niebezpieczeństwo ze strony nierozumnych sędziów, gdyż w tym przypadku argumenty funkcjonalne zaczynają przeważać nad normatywnymi»¹⁰.

5. System proceduralny czy substancjalny? Droga brazylijska i polska.

Jeśli polemika między proceduralistami i substancjalistami na temat roli prawa konstytucyjnego ogranicza się tylko do obrony zasad proceduralnych demokracji lub obrony konstytucji jako systemu wartości wiążącego w ramach prawodawstwa wewnątrz konstytucyjnego, powinna być analizowana na podstawie historycznych doświadczeń każdego kraju. W przypadku Brazylii, konstytucyjna doktryna większościowa skłania się ku wersji substancjalistycznej, argumentując, iż demokracja brazylijska nie ma idealnych warunków do swojego funkcjonowania, i że ograniczenie zakresu kompetencji kontrolnych nad konstytucyjnością praw do zwykłej kontroli postępowania demokratycznego, przy pozostawieniu kwestii zasadniczych do swobodnej dyspozycji ustawodawcy, pociągnęłoby za sobą prawdziwe cofnięcie się w stosunku do dotychczasowych osiągnięć. Innymi słowy, prawodawstwo konstytucyjne spełniałoby jedynie rolę gwaranta demokracji, korygującego ewentualne «ekscesy», będące rezultatem woli większości parlamentarnej.

Jeśli chodzi o doświadczenia Polski, temat tu poruszany spełnia jedynie rolę kwestionującą i pobudzającą do refleksji. Autor nie ośmieliłby się wskazywać jaka droga byłaby najwłaściwsza w przypadku Polski, gdyż nie mając wystarczająco dogłębnej wiedzy na temat polskiego systemu politycznego, nie może wypowiadać swojej opinii na ten temat.

Ważnym aspektem tej dyskusji jest niepojmowanie proceduralizmu jako opcji pluralistycznej i substancjalizmu jako opcji monistycznej. Doktryna brazylijska, przywołana wcześniej w tej dyskusji, przejęła ten niezbędny podział w sposobie rozumienia tak autorów, jak i trendów ideologicznych w szerszej perspektywie, mogącej wykazać wiele punktów wspólnych.¹¹

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Fuhrkamp, 1998, str. 292 i następne.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. str. 295.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. str. 315–316.

¹¹ I tak, na przykład, Lenio Luiz Streck pisze: «różnice w postawie substancjalistów (...) i proceduralistów (...) nie mogą nasilać się do tego stopnia, że można by myśleć iż, na przykład, substancjalizm nie jest pluralistyczny, i proceduralizm może ograniczyć się

Jeśli chodzi o wyzwania stawiane przez konstytucyjne prawo brazylijskie, próba znalezienia odpowiedzi na kwestie wypływające z konstytucji nie prowadzi do adekwatnych rozwiązań, jeżeli wychodzi się z perspektywy wyłączającej, innymi słowy, ograniczają się analizę do punktu widzenia albo proceduralnego, albo substancjalnego. Takie podejście zdecydowanie nie powinno być punktem wyjściowym. W centrum uwagi powinien znaleźć się poruszany problem: jak zapewnić równość szans w społeczeństwie, jednocześnie respektując różnorodność, i jak zrozumieć konstytucję wprowadzoną w procesy otwarcia, współpracy i integracji międzynarodowej i ponadnarodowej.

Kiedy konstytucja gwarantuje pluralizm jako podstawową zasadę porządku konstytucyjnego, odnosi się do mniejszości budujących społeczeństwo brazylijskie i wzywa państwo i społeczeństwo cywilne do przyznania tym grupom słusznej godności, nie rezygnuje w ten sposób ze swojej funkcji elementu gwarantującego te prawa, mimo że w samej idei pluralizmu istnieje pewna nieograniczoność treści, która powinna być wypełniona przez same grupy.¹² Tekst konstytucji jest otwarty i państwo nie rezerwuje sobie, i nie powinno, wyłącznej odpowiedzialności za jego wypełnienie. Ten dialog ze społeczeństwem cywilnym jest potrzebny do umocnienia demokracji i nie ma mocy pomniejszania głównej roli, jaką konstytucja pełni w tworzeniu i gwarantowaniu tych praw. Można by nawet myśleć, że istnienie pluralizmu jest tylko możliwe ze względu na tę rolę konstytucji, ponieważ patrząc z innej strony, historia ukazuje, że sprawy związane z mniejszościami nie miały swego miejsca w demokracjach opartych tylko i wyłącznie na prawie większości głosów. W tym kontekście Habermas ma dyskurs odpowiedni dla tych otwartych społeczeństwa, oparty na elemencie rozjemczym złożoności społecznej, który wyznacza kierunek rzeczywistości konstytucyjnej. Zaangażowany w problem europejski, Habermas styka się ze społeczeństwami niejednorodnymi, społeczeństwami, które nie posługują się jednym i tym samym językiem, i które były rozdzielone przez systemy totalitarne przez wiele pokoleń. Jego teoria dyskursyjna w tym środowisku jeszcze niedawno bez dialogu, to rzeczywista próba wprowadzenia demokratycznego obszaru publicznego, skierowanego na demokratyczną opinię publiczną. To trudne zadanie, może nawet utopijne, ale potrzebne, jeśli brać pod uwagę znaczne postępy w nie-obywatelskich dziedzinach rozwoju, takich jak ekonomia nadmiernie oparta na walorach konsumpcyjnych i produkcyjnych.¹³

6. Demokracja i prawo konstytucyjne w społeczeństwach pluralnych.

Pojęcia republikańskie i liberalne o wolności, jak również prądy proceduralistyczne i substancjalistyczne posiadają znaczne wpływy na stosunek między demokracją i prawem konstytucyjnym. W głębi rzeczy, chodzi przecież o fundamentalne prawa, stopień regulamentarnej dyspozycji ustawodawcy, i wreszcie — o definicję demokracji.

Z punktu widzenia podziału na proceduralizm i substancjalizm, próba odpowiedzi w tej kwestii, nie lekceważąc kompleksowości tego tematu, powinna szukać punktu równowążącego, gdyż demokracja deliberacyjna jest podstawą gry politycznej, i w kwestii reprezentatywności i legalności, gwarancja konstytucyjnych zasad jest czynnikiem stabilności porządku prawno-konstytucyjnego, z którego również zrezygnować nie można. Chodzi o podział zadań o odrębnym charakterze, z których każde opiera się na swoich racjach, i swoich podstawach legalności.¹⁴

do perspektywy jedynie "formalnej" STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, str. 23.

¹² Przywołuje się tu zrozumienie, dalekie od opisanego przez Ackermana, kiedy ten rozważa różnice między wersją dualistyczną demokracji i konstytucji (będącą jego punktem widzenia) i wersją tych (na przykład Rawlsa i Dworkina), których on nazywa fundamentalistami (*rights foundationalists*): "Według dualistów, opieka nad prawami zależy od deklaracji demokratycznej wyrażonej wcześniej przez instancję wyższą niż ustawodawca. W tym znaczeniu, konstytucja dualistyczna jest przede wszystkim demokratyczna, jak również — zapewniająca prawa. Fundamentalista odwraca te priorytety: rola konstytucji polega przede wszystkim na strzeżeniu praw; dopiero w dalszej kolejności upoważnia naród do wyrażenia swojej woli w innych kwestiach". ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, str. 17.

¹³ W tym kontekście zobacz, na przykład, tekst *Braucht Europa eine Verfassung?* W dziele: HABERMAS, Jürgen. *Zeit der Übergänge*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, str. 118 i nast. Autor porusza temat potrzebę zaistnienia społeczeństwa cywilnego europejskiego, publicznego obszaru europejskiego i wspólnej kultury; e Was ist ein Volk? Zum politischen Selbstverständnis der Geisteswissenschaften im Vormärz, am Beispiel der Frankfurter Germanistenversammlung von 1846. In: HABERMAS, Jürgen. *Die postnationale Konstellation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, str. 13 i nast., na których przedstawione są historyczne doświadczenia Niemiec z XIX wieku, w toku formowania się Narodowego Państwa Niemieckiego, jak również polityczne wyzwania stojące przed Unią Europejską.

¹⁴ Zgodnie z tym co pisze Gustavo Binbenbajm, "funkcje prawodawstwa konstytucyjnego i organów ustawodawczych pojmuję się jako procesy rozwojowe demokracji, przy czym każdy z nich ma sobie właściwy zakres działania i swój własny wzorzec słuszności". BINENBOJIM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, str. 89–90.

Podział na pojęcie demokracji deliberacyjnej i skonsolidowanej w zasadzie nie oznacza oceny jednej z opcji ze szkodą dla drugiej. Obie świetnie się godzą i mieszczą w ramach legalności konstytucyjnej. Aby podkreślić ten podział, warto przypomnieć nauki myśliciela argentyńskiego, Carlosa Santiago Nino¹⁵, według którego konstytucjonalizm łączy w sobie te dwa elementy: prawo i demokrację. Takie połączenie stoi przed wyzwaniem: (i) znalezienie punktu wspólnego między zasadą większości i mniejszości, a także (ii) respektowanie historycznej konstytucji i systemu prawnego, czyli legalizowanie demokracji deliberacyjnej i stanowisk większościowych, ale jednocześnie zważanie na prawa mniejszości, historyczny wymiar konstytucji i wszystko to, co ona reprezentuje w istnieniu wspólnoty politycznej, w której się żyje, i w systemie prawnym jako całości. W tym znaczeniu prawo konstytucyjne z pewnością ma powinność i instytucjonalny obowiązek nadzorować przestrzeganie praw mniejszości, historycznej konstytucji i systemu prawnego.

Rzeczywistość krajów rozwijających się, naznaczonych zróżnicowaniem rasowym i socjalnym, stawia konstytucję tak na pozycji gwaranta praw grup wyłączonych, i w tym aspekcie jest ona faktorem stabilności i gwarancji praw, jak i na pozycji umożliwiającej otwarty dialog ustawodawcy ze społeczeństwem cywilnym na polu dotyczącym wypełnienia luk przez nie utworzonych. W ten sposób konstytucja nie tylko gwarantuje, ale też i otwiera się na pluralizm.

Brazylijskie prawo konstytucyjne musi zdawać sobie sprawę, że wyzwania w tym kraju są o wiele bardziej złożone i trudne niż w Europie, skąd pochodzi największy wpływ doktrynalny i prawniczy. Wyzwaniem jest utworzenie państwa dobrobytu społecznego nie na podstawie charakterystyk wyznaczających kierunek europejskiemu *welfare State*, opartego głównie na zasadzie jednorodności. Na przykład: poprawa warunków bytowych rdzennej ludności brazylijskiej nie oznacza wcielenie jej w europejskie standarty cywilizacyjne, ale raczej poprzez odpowiednią politykę publiczną pobudzanie tych społeczności do rozwoju swoich własnych kultur, języków i tradycji, czyli rozwijanie różnorodności i pluralności. Obywatelstwo ma inne znaczenie w społeczeństwach pluralnych. Obywatelstwo nie oznacza tylko równe traktowanie wobec prawa, ale raczej równe traktowanie wobec prawa zgodnie z odrębnością danej grupy, jej cechami socjo-kulturowymi, historycznymi itd. Jeśli chodzi o czarnych, konstytucja uznaje istnienie hiatusu dzielącego ludność białą od czarnej w Brazylii, istnienie warunków niekorzystnych dla czarnych, wykluczenie społeczne, uprzedzenia, mówiąc krótko — różnorodne aspekty negatywne wpływające na fakt, iż czarni brazylijscy żyją w warunkach gorszych niż biali. Prawo konstytucyjne musi więc konkretyzować treść konstytucji w oparciu o zrozumienie tej konstytucyjnej rzeczywistości.

W zrozumieniu rzeczywistości nie ma miejsca na wyjątki, czyli — potwierdzając wersję Petera Häberle'a — «interpretacja konstytucyjna jest jednak zawsze «czynnością» odnoszącą się — potencjalnie — do wszystkich».¹⁶ Dlatego też, jeśli w historii demokracja większościowa stanowiła przeszkodę w realizacji praw mniejszości, w tym samym stopniu wersja substancjalna demokracji, nieprzygotowana do zrozumienia różnorodności nieodłącznie obecnej w konstytucji krajów takich jak Brazylia, może okazać się równie wielką przeszkodą. Rozwiązanie tego problemu leży w gestii prawa konstytucyjnego, które powinno analizować od wewnątrz tę rzeczywistość pluralną i różnorodną, charakteryzującą społeczeństwo. Dyskurs konstytucyjny musi dostosować się do rzeczywistości kraju, powinien być przemyślany i tematycznie dostosowany do jego potrzeb, którymi dziś są przede wszystkim równość szans przy uszanowaniu różnorodności, a także kwestia otwarcia tekstu konstytucyjnego na struktury międzynarodowe i ponadnarodowe oraz na wszelkie konsekwencje z tego wynikające.

¹⁵ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003, str. 25.

¹⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição* (*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‚prozessualen‘ Verfassungsinterpretation*). Tłum. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Wydawnicwo Fabris, 1997, str. 24.

Бразилия және Польшада демократияның дамуы үшін соттық қадағалау мен оның демократиялық заңды маңызы шешімінің

Мақалада заңдарды конституцияға сәйкес емес деп танитын соттық қадағалаудың демократиялық заңдылығының ықтимал жеткіліксіздігіне қатысты пікірталастар зерттеледі. Бұл нормативтік-құқықтық актілердің конституциялық мемлекеттегі атқаратын қызметтері әр түрлі. Конституция негізгі құқықтарды бекітеді және мемлекеттік билікті реттейді. Заң Парламентпен көпшілік дауыс арқылы қабылданады және бекітіледі. «Көпшілік дауыс» түріндегі демократия Парламентте дау тудырмай Конституцияда бекітілген саяси-құқықтық жүйенің тұрақтылығын қамтамасыз етеді. Конституциялық юрисдикцияда қағидалар туралы пікірталастар көпшілікті сендіру үшін саяси негіздемелерді жоққа шығарады. Конституциялық соттың маңызды рөлі демократиялық құқықтық тәртіптің негіздерін қамтамасыз етуде болып табылады.

В работе исследуется дискуссия о предполагаемой недостаточности демократической законности судебного надзора, признающего законы неконституционными. У этих нормативно-правовых актов различные функции в конституционном государстве. Конституция устанавливает основные права и регулирует государственную власть. Закон принимается и утверждается парламентом согласно правилу большинства. Вопрос в том, как урегулировать демократию, понятую как «правило большинства», со стабильностью политической правовой системы, установленной Конституцией, удаленной от политического спора в Парламенте. В конституционной юрисдикции дискуссия о принципах исключает политические аргументы, применяемые для убеждения большинства. Важная роль Конституционного Суда состоит в обеспечении основ демократического правопорядка.

УДК 341.4. (574)

Н.В.Сидорова

Карагандинская академия МВД РК им. Б.Бейсенова

Имплементация конвенции ООН против пыток или других видов жестокого или унижающего достоинство обращения и наказания в Республике Казахстан

В статье рассмотрены вопросы внедрения Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания в уголовное законодательство Республики Казахстан. Проанализированы законодательные и институциональные механизмы внедрения Конвенции. Внесены предложения по совершенствованию механизма внедрения данной Конвенции в уголовное законодательство Республики Казахстан. Раскрыты смысл таких понятий, как «сильная боль», «физическое страдание» и «психологическое страдание». Автором также внесены предложения по изменению ст. 347-1 Уголовного Кодекса Республики Казахстан. Исследование основано на официальных и альтернативных источниках по правовому положению человека в Республике Казахстан.

Ключевые слова: Конвенция ООН против пыток и других видов жестокого или унижающего достоинство обращения и наказания, «Всеобщая декларация прав человека», «Международный пакт о гражданских и политических правах», пытка, сильная боль, физическое страдание, психологическое страдание.

С первого дня независимости Казахстан признал общепризнанные принципы защиты прав человека, провозглашенные в Уставе ООН и Всеобщей декларации прав человека. Республика Казахстан является участником более шестидесяти многосторонних универсальных международных договоров в сфере прав человека, семь из которых — правозащитные конвенции ООН, так называемые «международные инструменты защиты прав человека». К числу таких правозащитных конвенций относится Конвенция ООН против пыток и других видов жестокого или унижающего достоинство обращения и наказания 1984 г. (далее — Конвенция против пыток).