

Politiškumas ir proporcingumas – konstitucinių vertybių kolizijų sprendimo metodai*

Milena Korycka-Zirk

<https://orcid.org/0000-0001-6441-1747>

Nikolaus Copernicus University in Toruń (Poland)

Torunės Mikalojaus Koperniko universiteto (Lenkija)

Teisės fakulteto Teisės ir valstybės teorijos katedros profesorė

socialinių mokslų daktarė (HP)

W. Bojarskiego 3, 87-100, Toruń, Poland

E-mail: Milena.Korycka@umk.pl

Šiame straipsnyje analizuojama politinio-teisinio diskurso polarizacija tarp liberaliojo konstitucionalizmo ir konstitucijos vientisumo viršenybės koncepcijos, filosofiniu-teisiniu požiūriu tapatinama su dviejų skirtingų konstitucinių vertybių kolizijos sprendimo metodų – proporcingumo ir politiškumo testų – galimu naudojimu šiuolaikiniame konstitucionalizme.

Pagrindiniai žodžiai: proporcingumas, politiškumas, testas, politinė vienybė, liberalusis konstitucionalizmas, šiuolaikinis konstitucionalizmas.

Politicity and Proportionality as Methods for Resolving Collisions of Constitutional Values

From a philosophical-legal point of view this article examines the polarisation of the politico-legal discourse between liberal constitutionalism and the concept of the primacy of the integrity of the constitution, which from the perspective of modern constitutionalism is identified with the possible use of two different methods of resolving collisions of constitutional values – the proportionality test and the politicity test.

Keywords: proportionality, politicity, test, political unity, liberal constitutionalism, contemporary constitutionalism.

Įvadas

Politinio-teisinio diskurso polarizacija tarp, viena vertus, liberaliojo konstitucionalizmo ir, kita vertus, jo antitezės, t. y. konstitucijos vientisumo viršenybės koncepcijos – filosofiniu-teisiniu požiūriu tapatinama su konfrontacija tarp dviejų metodų, kuriais vadovaujamosi sprendžiant vertybinius konfliktus dėl santykių „individas – kitas individas“ arba „individas – socialinė grupė“. Nurodydama, kad potencialų vertybių konfliktą galima depersonifikuoti ta prasme, kad jį galima vertinti kaip individo

* Straipsnis parengtas vykdant Nacionalinio mokslo centro finansuojamą mokslinių tyrimų projektą Nr. 2017/27/L/HS5/03245 „Constitutional Consciousness as a Remedy for the Crisis of Discourse and Democracy Deficit in the European Union“ (Nr. DEC-2017/27/L/HS5/03245). Tekstas lenkų kalba paskelbtas leidinyje „Constitutional Consciousness. In Search of a Remedy for the Crisis of Discourse and Democracy Deficit in the European Union“, Skirgailė Žalimienė, Bartosz Wojciechowski (eds.), Peter Lang 2023, 125–148.

ir grupės susidūrimą (tai nėra priimtina liberalioms doktrinoms), iš karto pažymiu, kad agreguojanti argumentacija, kuri išvelgia konstitucinių vertybių turėtoją ir grupėje, yra priimtina neliberalioms koncepcijoms, pavyzdžiui, konstitucinės vienybės viršenybės koncepcijai (pastarąją pateikiu kaip antitezę konstituciniam diskursui, besiremiančiam proporcingumo principu). Liberalusis konstitucionalizmas, kuris grindžiamas prielaida, kad konstitucinė norma yra individo gynybinis skydas nuo vertybių, įgijusių daugumos palaikymą teisėkūros diskurse, ir kuris daugiausia naudoja argumentacines teisės teorijas¹, konstituciniame diskurse (t. y. teisės akto konstitucingumo kontrolės procedūroje) remiasi individo autonomiją saugančių vertybių reliatyvumu (jei tai leidžia žalos principas²). Šios prielaidos pasekmė yra dvejopa. Pirma, tai leidžia konstitucionalizmo idėjai pasiremti materialinių konstitucinių normų (didžiojoje daugumoje teisės principų), ginančių besiskiriančius individo interesus bei nulemiančių pokonstitucinių normų turinį, daugetu. Antra, dėl šios prielaidos vertinimo akiratyje atsiduria ne pokonstitucinės (ordinarinės) normos atitiktis materialinei konstitucinei normai, bet procedūrinė norma ar normos. Liberaliajame konstitucionalizme toks vaidmuo tenka proporcingumo principui; viršnationalinėje teisėje šiame kontekste vartojama terminologija – „apribojimo išlygos“ (nes kolizija su materialinėmis normomis pirmiausia paliečia deklaratyviai apibrėžtas žmogaus teises ir laisves); o štai amerikietiška konstitucionalizme vartojamos testų sąvokos (pvz., angl. *strict scrutiny*) – R. G. Spece ir D. Yokum nurodo konstitucinę vertybių hierarchiją kaip tam tikro konstitucingumo testo taikymo pasekmę (Spece, Yokum, 2015, p. 287), N. Kilasonia kalba apie tris testus dėl teisės konstitucingumo (Kilasonia, 2016, p. 80–82). Kad ir kokia vartojama terminija, konfliktų dėl vertybių, kurias įkūnija materialinės normos, sprendimas perkeliamas į procedūrinę plotmę. Proporcingumo principas, pagal savo prigimtį laikomas savita argumentacijos teorijos rėmuose taikoma procedūra, remiantis ta pačia teorija, konstruojamas taip, kad užtikrintų etinį diskurso korektiškumą. Taigi šiame diskurse atitinkamos konstituciškai svarbios vertybės, susidūrusios *in concreto* kolizijoje, t. y. sugretinus konkretų teisės akto reguliavimą ir konstituciją, yra pasveriamos ir įvertinamos būtent taip, kaip to reikia diskursui. Kitaip tariant, testas dėl vienos vertybės apribojimo kitos vertybės naudai proporcingumo turi atitikti etinius diskurso reikalavimus – to iš esmės reikalauja liberalusis konstitucionalizmas. Tokie reikalavimai yra interpretacinė individo teisės ir laisvės pirmenybės prezumpcija, priešpriešinant jas vertybėms, ginančioms viešąjį interesą: kalbama apie tas individą ginančias vertybes, kurios nesulaukia palaikymo įstatyminiame diskurse, nes šis paprastai atspindi daugumos valią (tai parlamentarizmo, kaip rinkėjų daugumos valios atstovavimo, pasekmė). Viešasis interesas turėtų atspindėti ne abstrakčiai numanomą bei apibendrintai suprantamą valią, bet turi atstovauti tam tikram individualiam interesui, kuris sulaukia viešosios valdžios palaikymo. Taigi proporcingumo principas yra kiekvieno individualaus intereso, įtraukiamo į konstitucinį diskursą, svarbos pripažinimo pasekmė, o šio principo reikalavimai sukuria prielaidas vertybių pusiausvyrai, atitinkančiai liberaliojo konstitucionalizmo nuostatas.

Kalbant apie esminių konstitucinės tvarkos vertybių konfliktus, visiškai kitokią poziciją dėl pirmenybės tam tikrai vertybei suteikimo pateikia „politiškumo“ testo koncepcija. Šios koncepcijos archetipas yra C. Schmitto sukurta konstitucinės santvarkos „politinės vienybės“ koncepcija. Konstitucinių ginčų „politiškumo“ testo koncepcija yra neliberalių konstitucionalizmų emanacija, nesvarbu, ar tai būtų konstitucijos, sukurtos atmetant šias prielaidas, ar, dažniau, neliberalia kryptimi interpretuojant materialines konstitucines normas. Šios koncepcijos rezultatas – toks proporcingumo principo taikymas, kai atmetami pirmiau nurodyti etiniai konstitucinio diskurso korektiškumo principai (vertybių balansavimas remiantis individualaus intereso primatu).

¹ Čia bus aktuali R. Alexy praktinio diskurso koncepcija (Alexy, 2001, p. 259 ir kt.) arba J. Habermaso komunikacinio veiksmo koncepcija (Habermas, 1979, p. 23).

² Kaip teigia J. S. Millas, individo autonomijos ribojimo pagrindas gali būti tik žalos kitiems užkirtimas (angl. *prevent harm to others*) (Mill, 1998, p. 13).

Kokia yra „politinės vienybės“ esmė? Pirmiausia tai yra savavališkai apibrėžtų vertybių išaukštinimas ir iš to išplaukiantis konstitucinio diskurso nukreipimas be argumentų. Tam tikrų materialinių normų, kaip esminių konstitucinei tvarkai, išaukštinimą pirmiausia lemia tai, kad jos sulaukė neigiamo „vienybės testo“ rezultato. Kitaip tariant, politine prasme jos neįgyja normos, kuri įkūnija nacionalinę vienybę, vardo. Šis neigiamas rezultatas gali reikšti tai, kad susidūre su vertybe, kuriai nepritaria dauguma (vertybė atskleidžia gyvenimo būdą, pažiūras, papročius, kuriems nepritaria visuomenės dauguma), arba tam tikruose režimuose jis gali atsirasti dėl to, kad slopinami gyvenimo būdai, neatitinkantys viešosios moralės, kurią valdančioji partija primeta savo įstatymų leidybos aktais. Taigi vienybę išreiškiančiu subjektu tampa suverenas, suprantamas kaip dauguma, arba, C. Schmitto supratimu, – subjektas, turintis aukščiausią galią (nebūtinai paisantis daugumos valios); o svarbiausia, kad suvereno valia, galimai suprantama dvejopai, nėra ribojama.

Būtinybės spręsti konstitucinių vertybių konfliktus neišvengiamumas yra ne tik politologinių apmąstymų objektas, bet visų pirma teorinė-teisinė problema, susijusi su konstitucinės normos neišbaigtumu.

Abiejuose minėtuose kolizijų sprendimo tipuose principų veikimo specifika išryškėja vis kitokiu konstituciniu momentu: taikant proporcingumo principą ir turint reikalą su neapibrėžtais principais, kurie egzistuoja subalansavimui atvirų materialinių normų pavidalu – proporcingumo vertinimo procedūros metu. Tai reiškia, kad principas gali būti nusvertas (optimizuotas) tik pritaikant jį konflikto metu. Taikant politiškumo testą, neabsoliutus konstitucinio principo formą įgijusios normos pobūdis išryškėja dar iki konflikto su kita vertybe. Politinis naratyvas siekia eliminuoti poreikį atlikti teisinį vertinimą ir panaikinti faktinę galimybę apriboti principo taikymą: vietoj to siūlomas naratyvas, atskleidžiantis pirminio konflikto pašalinimo būtinybės tezė. Poreikio spręsti vertybinį ginčą eliminavimas įvyksta tada, kai, aiškinant materialinę normą, šalinama jos esmė (pašalinama teisės ar laisvės šerdis, kuri nebuvo įgijusi politinio „vieningumo“ požymio). Tokiu būdu su vertybe, įgijusia viešojo politinio intereso palaikymą, konflikto nekyla apskritai, arba principo eliminavimas įvyksta proporcingumo principą konstitucinėje jurisprudencijoje pritaikius iškreiptai. Ši iškreipimą sudaro konstitucinio diskurso etinio korektiškumo reikalavimų atmetimas, t. y. atmetami proporcingumo principo taikymo reikalavimai, būdingi minėtam liberaliajam konstitucionalizmui.

Ši įvade gana plačiai nurodoma straipsnio tezė apie dviejų galimų konstitucinių vertybių kolizijos sprendimų pagrindimo metodų – proporcingumo ir politiškumo testų – sugretinimą šiuolaikiniame konstitucionalizme likusioje straipsnio dalyje bus analizuojama pirmiausia siekiant nurodyti filosofinius-teisinius archetipus ir teorinių-teisinių sąvokų sampratą.

1. Proporciumas

Proporcingumo principas – ribojanti nuostata, formulė, kurios pažodinis tekstas reiškia konstitucinę pirmenybių dėliojimo tvarką. Pagal šią tvarką teisių ir laisvių apsauga yra principas, o šių ribojimas – principo išimtis – yra liberaliojo konstitucionalizmo filosofinių ir teisinių prielaidų rezultatas. Tai reiškia, kad konstitucinis principas, kuriuo deklaruojama asmens teisių ar laisvių apsauga, pateikiamas pokonstitucinei teisėkūrai kaip sektinas pavyzdys. Tai liberaliosios demokratijos deklaracija, kai dauguma reiškia savo valią pokonstituciniuose teisės aktuose ir kartu nustato šios valios ribas. Tuo pat metu kiekvieno individo konstitucinės autonomijos apsaugos esmė potencialiai atveria konflikto – šių principų susidūrimo – problemą. Konstituciniai principai arba proporcingumo principas savo konstitucine formuluote (kuri yra sustiprinta jų genezės, t. y. liberalizmui būdingos politinės individualizmo filosofijos) sukuria pirmenybės suteikimo tvarką – teisių ir laisvių apsaugos primatą, įvykus kolizijai su pokonstituciniame reguliavime įtvirtintu interesu, ir kartu lemia jo ribojimo tvarką (konstitucinio

diskurso korektiškumas). Tiek *pro libertate* pirmenybė konstitucinei apsaugai, tiek apribojimo procedūros teisingumo sąlygos turi būti tarpusavyje suderintos ir nepaneigti liberaliojo konstitucionalizmo esmės, t. y. konstitucinės normos, traktuojamos kaip barjeras nuo neribotos visuomenės daugumos ar valdančiųjų valios. Konstitucinio principo reikšmės nustatymas vertybių balansavimo procedūros metu (taikant proporcingumo principą) siejamas su konstitucinės jurisprudencijos vertinimu *in concreto* bei su tarptautinių teisminių institucijų, įsteigtų teisėms ir laisvėms ginti, apribojimo nuostatų taikymu³. Tai reiškia du dalykus. Pirma, konstitucijos tekste ar tarptautinės apsaugos dokumente, kur apibrėžiamas asmens teisių ir laisvių turinys, nėra nurodomas siektinas konkrečios konstitucinės teisės ar laisvės realios apsaugos rezultatas (net jei tekstas suprantamas deklaratyviai, atsižvelgiant į prigimtinių teisės ir laisvės pobūdį, konstitucinių teisių ir laisvių sąvoka gali būti suprantama plačiau; arba net jei apsaugos objektu bus laikomos bendros konstitucinės tradicijos ir bendros vertybės, deklaruojamos tarptautinės asmens teisių ir laisvių apsaugos dokumentuose (Korycka-Zirk, 2012, p. 158–162), – pirmenybės suteikimas ir ribojimo lygis liks atviru klausimu). Antra, tai atveria tęstinumo ar nutrūkstamumo problemą ankstesnės jurisprudencijos (kuri yra teisių ir laisvių branduolys, jų esmė) atžvilgiu, t. y. kvestionuojamas tęstinumas tokios jurisprudencijos, kurioje aiškinamos tam tikros teisės ribos, kurių peržengimas poįstatyminiu aktu užtraukia šio akto konstitucinės ar sutartinės apsaugos išnykimą. Pastarieji du veiksniai savo ruožtu nulemia tai, kad konstituciniame diskurse teikiant pirmenybę politiškumui užmaskuojamas faktinės interpretacinės prezumpcijos *pro libertate* atmetimas konstitucinėje jurisprudencijoje.

Proporcingumo principo taikymas teismų praktikoje – kuris yra paremtas teisės principų teorija ir todėl plačiai išplėtotas teisės teorijos⁴ – susikoncentruoja į materialinį ir teisinį aspektą (žinoma, svarbus ir formalusis aspektas, nagrinėjamas proporcingumo principo taikymo rėmuose, turimas omenyje reikalavimas pasirinkti atitinkamą poįstatyminio akto rūšį, kai juo planuojama atskirti konstitucines teises ir laisves, taip pat su tuo susijęs reikalavimas laikytis tinkamo teisinio reguliavimo principų. Pastarasis reikalavimas vis dėlto nesukuria diskrecijos laisvės taikyti ribojančią išlygą taip, kad būtų „užmaskuotas“ konstitucines ar sutartines nuostatas atitinkantis veiksmas). Taigi klausimas supaprastinamas iki dviejų problemų. Pirmoji – kaip pagrįsti konstituciškai teisingą proporcingumo testo taikymą, t. y. labai bendrai apibrėžtų principų–normų koliziją, net jei teismų praktikoje bei teisės teorijoje papildomai būna nurodyta, ką šis testas iš tikrųjų turėtų reikšti. Civilinės teisės kultūroje šiuo požiūriu vyrauja R. Alexy koncepcija, parengta remiantis Vokietijos Federalinio Konstitucinio Teismo jurisprudencija. Ši koncepcija, pirma, nediferencijuoja proporcingumo principo taikymo priklausomai nuo ribojamo konstitucinio reguliavimo rūšies. Antra, pagal šią koncepciją pozityvaus proporcingumo testo poveikis, t. y. apribojimo pripažinimas atitinkančiu konstitucija, papildomai apima kitą proporcingumo testo porūšį, vadinamąjį proporcingumo testą *sensu stricto*, kuris pagal savo esmę

³ Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencijoje vertinant *in concreto* santykius dėl vertybių, papildomai atsižvelgiama į dar vieną veiksni – vadinamąją vertinimo laisvę (angl. *margin of appreciation*); tai reiškia, kad naudojimosi teisėmis apribojimo aiškinimas ir vertinimas atliekamas atsižvelgiant į konkrečios valstybės kultūrinius ypatumus. Plačiau apie proporcingumo principo taikymą Europos Žmogaus Teisių Teismo praktikoje žr. (Bunikowski, Musiałkiewicz, 2008, p. 89–105).

⁴ Iš esmės reprezentatyviausiais šiuo požiūriu laikyčiau R. M. Dworkino (Dworkin, 1967) ir R. Alexy (Alexy, 2002) tekstus. Abi šios koncepcijos grindžiamos, pirma, prielaida, kad konstitucinės teisės ir laisvės yra normos, įgyjančios teisės principų formą, ir iš esmės yra skirtingai taikomų normų rūšis. Teisės teorijoje ginčijamasi tik dėl to, ar skirtumas tarp teisės principo kaip normos ir kitos rūšies normų (teisės normų) laikytinas loginiu skirtumu. A. Aarnio šį ginčą vadina ginču tarp vadinamosios stipriosios ir silpnosios demarkacijos tezės (Aarnio, 1990, p. 180–181). Pažymėtina (ypač po to, kai doktrininiu požiūriu buvo pripažintas R. M. Dworkino darbas), kad principai apibrėžiami kaip normos, parodant jų taikymo kitiškumą teisės normų atžvilgiu, todėl būtina naudotis H. L. A. Harto darbais (Hart, 1961). Tai pažymi ir J. R.-Toubes Muniz, žr. 1997 m. rugsėjo 3 d., p. 269.

tėra išimtinai teisinių apribojimo būdų vertinimas ir kurio neįmanoma pagrįsti remiantis priešasties ir pasekmės (instrumentinio racionalumo) principu. Šie proporcingumo testo taikymo bruožai Amerikos konstitucinėje jurisprudencijoje atrodo kitaip. Amerikoje proporcingumo testas bus taikomas skirtingai, priklausomai nuo teisinio reglamentavimo, kuriam taikomas apribojimas, rūšies bei nuo teismo diskrecijos laipsnio vertinant proporcingumą (Amerikos konstitucionalizme, vertinant konstitucinės teisės apribojimo proporcingumą, išskiriama tokia kontrolė (testai): angl. *strict scrutiny*, *intemediate scrutiny* ir *rationalle basis scrutiny* (Korycka-Zirk, 2022).

Tačiau grįžtant prie civilinės teisės sistemai itin svarbių proporcingumo principą sudarančių subprincipų analizės ir pereinant prie jų charakteristikų, reikėtų atkreipti dėmesį ir į labai svarbų kultūrinį bruožą, darantį įtaką proporcingumo principui taikyti, t. y. prisirišimą prie interpretacinio tekstualizmo, net kai interpretuojamas tekstas yra konstitucija ir jos pasekmė, o ne priešastis. Kitaip tariant, susiduriama su savita konstitucinio aiškinimo redukcija, pasireiškiančia tuo, kad teisės taikymo proceso metu eliminuojami filosofiniai ir teisiniai samprotavimai, kurie yra tolygūs savaime aiškiam konstitucinio teksto supratimui. Tik lingvistinio konstitucijos teksto aiškinimo tendencija yra ir pasekmė, ir kartu pati savo ruožtu lemia tokį proporcingumo principo taikymą, kada eliminuojamos (tai matyti konstitucinių teismų sprendimų motyvuojamosiose dalyse) ekstratekstinės aplinkybės, kurios yra svarbios atskiriems proporcingumo principo subprincipams suprasti ir aiškinti (ypač vertinant konstitucinės teisės teisinius reikalavimus, taikomus ribojimams), taip pat eliminuojamos kitos iš liberaliojo konstitucionalizmo kylančios sąlygos. Iš tokių sąlygų paminėtinas reikalavimas aiškinti *pro libertate*, arba konstitucijos neatitinkančio apibendrinančio samprotavimo – esą konstitucinės teisės ribojimo būtinumą galima vertinti remiantis utilitaristiniais samprotavimais netaikymas. Kitaip tariant, vertinant proporcingumą galima remtis parlamentiniam diskursui būdingu daugumos samprotavimu (turima omenyje situacija, kai, taikant proporcingumo principą, dominuojančiu konstitucinio sprendimo argumentu gali būti laikoma didesnio skaičiaus žmonių teisės apsauga, net jei ši teisė tuo konkrečiu atveju net turėtų drastiškos įtakos individo konstitucinių teisių apsaugai.

Proporcingumo principą konstitucinio taikymo požiūriu sudaro trys testai (subprincipai), kuriuos Konstitucinis Teismas pasitelkia vertindamas, ar poįstatyminis reguliavimas atitinka Konstituciją: (i) veiksmingumo principas, vadinamas dar efektyvumo reikalavimu (reikalavimas naudoti empiriniam vertinimui būdingą priešastinio ryšio argumentavimą; šiuo testu teismas įvertina, ar pokonstituciniu reguliavimu galima įgyvendinti juo siekiamą tikslą); (ii) būtinumo principas (vadinamasis faktinis-teisinis reikalavimas, šiuo testu teismas tiria, ar pokonstitucinis reguliavimas, kuriuo ribojama konstitucinė teisė, yra būtinas, t. y. ar tokio paties poveikio galima pasiekti kitaip, mažiau įsiterpiančią konstitucinės teisės sritį; šiuo atveju konstitucijos redukavimas iki paprasto teksto nepasitelkiant liberaliojo konstitucionalizmo logikos leidžia naudoti utilitaristinę argumentaciją, t. y. didesnės atstovaujamos grupės būtinybė gali persverti svarbų konstitucinį interesą, neturintį didesnio socialinio atstovavimo); (iii) proporcingumo *sensu stricto* principas (teisinis reikalavimas, kurio esmė – vertinti ir pasverti tik tas vertybes, kurios yra svarbios konstitucine prasme bei yra remiamos įstatymo).

Taip suprastas proporcingumo principas gali paspėsti spąstus pats sau, t. y. savo individualistinėms prielaidoms. Visų pirma teismų praktika nėra iškristalizavusi galimų konstitucinės teisės apribojimų kriterijų priklausomai nuo teisinio reguliavimo rūšies. Kitaip tariant, proporcingumo principo subprincipus taikant ypač griežtai, asmens autonomijai išsaugoti ypač „jautrių“ teisių, pavyzdžiui, žodžio laisvės atveju, gali susiklostyti tokia situacija, kad šios laisvės apribojimas poįstatyminiu aktu bus praktiškai neįmanomas. Konstitucinė jurisprudencija, ribojanti tokią pagrindinę teisę, ne tik turėtų pagrįsti *in concreto* proporcingumo principo taikymo teisingumą, o tai nėra sudėtinga situacijoje, kai konstitucijos aiškinimas apsiriboja tekstu ir paliekama diskrecija taikyti proporcingumo principą *sensu*

stricto, – tačiau toks konstitucinio teismo sprendimas turėtų paneigti teismų praktikoje suformuotus procedūrinius reikalavimus griežtai vertinti proporcingumą situacijoje, kai kalbama apie teisę, kuri teismų praktikoje pripažįstama kaip esminė (Amerikos teismų praktikoje tokiomis situacijomis proporcingumo reikalavimų griežtinimas ir diskrecijos ribojimas matomas taikant griežtąją kontrolę (angl. *strict scrutiny*). Apsauginio poveikio sustiprinimas taip pat turėtų būti pasiektas iš naujo apibrėžiant pokonstitucinių teisės aktų atitikties konstitucijai prezumpciją. Kalbant amerikietiško konstitucionalizmo kalba bei atsižvelgiant į apribojančių nuostatų tekstines formuluotes, teisės principą reikėtų traktuoti kaip teisės apsaugos, o ne kaip teisės apribojimo pagrindą, be to, reikia pasidaryti išvadą, kad būtina pakeisti argumentaciją bent jau asmens autonomijai jautrių teisių ir laisvių atžvilgiu, t. y. kad proporcingumo vertinimo procedūra turėtų būti grindžiama asmens autonomijai svarbios teisės ar laisvės apribojimo antikostitucingumo prezumpcija. Be to, teisės principų kolizijos įvertinimas tekstinėje teisinėje kultūroje leidžia konstituciškai pateisinti tokius proporcingumo principo taikymo padarinius, kurie nesuderinami su teisiniu konstitucionalizmu. Tai yra esminiai spąstai, leidžiantys įvesti liberaliojo konstitucionalizmo antitezės argumentaciją į tokius institutus, kurie buvo suformuoti kaip individualistinės minties pergalė, iškelianti esminę asmens autonomijos apsaugą ir būtinybę konstitucinėje jurisprudencijoje sukurti atsvarą parlamentiniam diskursui.

2. Politiškumas

Šiuo metu C. Schmitto konstitucijos „vienybės“⁵ tezė atlieka labai stipraus standarto vaidmenį, grindžiamą liberaliojo konstitucionalizmo revizija. Kritikos objektas – konstitucinių normų kolizijos sąvoka, kuri yra esminė šio darbo kontekste. Kadangi visi interesai laikomi vienodai svarbiais ir turi teisę į tai, kad į juos būtų atsižvelgta įgyvendinant valdžią (kalbama apie teisės akto turinio apribojimus), konstitucionalizmo esmė neišvengiamai tampa šių interesų pusiausvyra ir apsauga, grindžiama prieštaraujančių interesų bendro taikymo procedūra. Liberalusis konstitucijos saugomų vertybių pliuralizmas reiškia, kad reikia proporcingos šiuos interesus saugančių teisių kolizijos sprendimo procedūros. Liberaliojo pliuralizmo pasekmė yra konstitucinio diskurso daugialypiškumas ir sudėtingumas, todėl darytina prielaida, kad konstitucija neišreiškia vienovės ir kad reikalingas tam tikras subjektas, kuris sugebėtų šią koliziją pašalinti *in concreto*. Parlamentas buvo ir yra pirminis koliziją šalinantis subjektas, tačiau jis pasirodė esąs institucija, dažnai atskleidžianti tik tokius tikslus ir siekius, kurie užsitikrina sau legitimumą per daugumą. Asmeninės teisės ir laisvės, nesulaukusios tokios paramos, netenka politinio, o kartu ir teisinio atstovavimo. Taigi konstitucionalizmui besivystant, įgyvendinant jį grindžiančius liberalius postulatus, liberalių teisių ir vertybių saugotojo vaidmuo buvo pavestas teisminei valdžiai (t. y. bendrajam teismui, pavyzdžiui, Jungtinėse Amerikos Valstijose, arba konstituciniam teismui – tai labiau paplitę Europoje). Pati demokratija (suprantama kaip daugumos valdymas, nepridedant papildomai būdvardžio „liberalioji“ ir nesuteikiant institucinių garantijų šiam būdvardžiui įgyvendinti) nerealizavo konstitucionalizmo esmės. Santykį tarp suvereno – tautos – ir konstitucijos padėjo iki galo apibrėžti teisminė valdžia, galinti objektyviai (t. y. neatstovaudama politiniams interesams) išspręsti daugelį potencialiai tarpusavyje galinčių prieštarauti konstitucinių normų kolizijų.

Politiškumo koncepcijoje atitinkamų konstitucinių interesų, kuriems taikoma konstitucinė apsauga ir kurie neišvengiamai susiduria *in concreto*, įvairovė vertinama kaip grėsmė tautos identitetui, o natūralus individo poreikis turėti aiškumą suprantamas kaip teisės esmės (taip pat pačios konstitucijos) homogeniškumo pažeidimas. Taigi politiškumas, kaip konstitucinės kolizijos šalinimo forma, patei-

⁵ Analizuodama šią koncepciją, remiūsi savo ankstesniais tyrimais, įtrauktai į darbą (žr. Korycka-Zirk, 2017)

kiamas, pavyzdžiui, C. Schmitto konstitucinėje vizijoje, kalba apie poreikį pašalinti dviprasmiškumą konstitucijoje nustatant, kaip turi būti sprendžiamas konstitucinių vertybių konfliktas. Ši tezė kyla, žinoma, iš valdžios ir teisės vizijos. Pirmoji vizija pagrįsta ne teise, bet politika, o antroji neturėtų suteikti legitimumo nepolitinei, t. y. politiniams interesams neatstovaujančiai, valdžiai, o tokia yra būtent teisminės valdžios prigimtis. Tai reiškia, kad politiškumas, kaip konstitucinių vertybių kolizijų šalinimo, o ne sprendimo būdas, prieštarauja bet kokių įgaliojimų perdavimui teisminei valdžiai, ypač jei tie įgaliojimai yra diskreciniai. Todėl C. Schmitto vienybės sąvoka, kaip politiškumo emanacija, konstitucijos esmę sieja su konstitucijos turinio uždarmumu, o ne su jos kompleksiskumu ir atvirumu. C. Schmitto koncepcijoje tai pagrindžiama prielaida, kad politinė valia yra konstitucijos konstitucija, t. y. jos tekstas, tai konstituciją priėmusios galios išraiška (Schmitt, 2013, p. 54). Taigi taip suprantamos vienybės garantas yra aukščiausią politinę galią turintis subjektas. Jis, kalbant C. Schmitto vartojamais terminais, gali būti legitimus suverenas. Jei konstitucija turi išreikšti suvereno valią, ji išreiškia politiškai stipriausio valstybės valdžios turėtojo valią. Tai ne parlamentas (šioje vietoje liberaliojo konstitucionalizmo koncepcija ir C. Schmitto koncepcija sutampa), bet aukščiausiasis suverenas – tai yra tas, kuris sudėtingoje valdžios įgyvendinimo struktūroje iš tikrųjų gali užtikrinti šią vienybę. Taigi C. Schmittas įvykdo suverenumo įrankio relokaciją: nuo žmonių prie tikrojo suvereno, kuris atsiskleidžia esant krizei, konflikto metu. Galima sakyti, kad, kalbant apie valdžios vertinimą ir legitimizavimą, politiškumas atsiskleidžia vienybės stoka, t. y. neapibrėžtumą nurodant, kas *in concreto* yra suverenas. Pasirodo, kad pagal konstituciją veikianti valdžia gali būti netikra tiek dėl konstitucijos turinio, tiek ir dėl galimo asmens teisės ginančių principų kolizijos sprendimo būdo. Politiškumas – tai išbaigta individo padėties apibrėžties forma (kuria palaiko vienybės reikalaujanti konstitucija) ir išbaigta valdžios įgyvendinimo apibrėžties forma. Konstitucijos vienybės garantas potencialiai yra tas, kuris nulemia šią vienybę, o jo legitimumas ir įgaliojimai atlikti šią funkciją grindžiami jėgos argumentu, t. y. galimybe faktiškai įgyvendinti vienybę.

Grėsmė vienybei nustatoma pagal faktą, o ne teisiškai, tad konkrečių oficialių valstybės institucijų sprendimų, kuriais būtų skelbiama vienybės stoka (o tai yra išimtinė situacija), nėra reikalaujama. Išimtinė situacija, galimai ir konstitucinių vertybių kolizija, yra priskirtina valstybės būklės sričiai (Schmitt, 2012, p. 45). Suvereniteto turėtojas šios būklės apraiškoms gali priskirti viską ir nieko. Liberaliose konstitucijose išreiškiamas pliuralizmas yra nukreiptas prieš valstybę, jis reliatyvizuoja valstybę (Schmitt, 2012, p. 233–234). Vienybė yra konkreti valstybės realybė, vienybės praradimas diskredituoja valstybę, pakerta jos viršenybę, o teisė pagal politiškumo koncepciją (ši koncepcija grindžiama valstybės pirmenybe prieš teisę) negali funkcionuoti nenormalios būsenos, t. y. valstybėje, kuri šios vienybės neišreiškia (Schmitt, 2012, p. 232, 227–228). Vienybė yra būtinas teisės, taip pat konstitucijos elementas – tokią išvadą galima daryti iš C. Schmitto koncepcijos. Taigi konstitucingumo kontrole siekiama išsaugoti vienybę, o šios vienybės negali užtikrinti teisminės institucijos, kurių veikla yra ginčų sprendimas. Konstitucijos garantas, skirtas konstitucinių vertybių ginčui šalinti, C. Schmitto nuomone, tėra institucija, kontroliuojanti tokius parlamento ekscesus, kurie pasireiškia vienybę griaunančių įstatymų kūrimu. Kartu išimtinė situacija, t. y. nukrypimo nuo normalios padėties būseną, nėra tiksliai apibrėžta, lygiai taip pat kaip nėra tiksliai apibrėžta pati vienovė, tai yra teisės ir tvarkos priešprieša.

Valstybė liberaliojo konstitucionalizmo koncepcijoje tapatinama su konstitucija, konstitucija išreiškia valstybės (t. y. jos galios) ribas ir taip su ja susiduriančiam individui suteikia autonomijos garantijų. Įstatymo konstitucingumo kontrolė yra laikoma išorine politinės valdžios organų (subjektų) atžvilgiu. Vis dėlto, pagal vienybės koncepciją, konstitucijos esmė yra valstybės apsauga, o kontrolės subjektas negali būti išorinis valdžios atžvilgiu: jis turi būti ne šiaip valdžios centras, o stipriausias

centras, nes tik toks subjektas gali atskleisti savo suverenitetą, t. y. aukščiausiąją valdžią. Teisminės funkcijos negali būti sutrikdytos; pavyzdžiui, C. Schmitto nuomone (kalbant politiškumo koncepcijos žodžiais), teismai, vykdančys konstitucingumo kontrolę, taptų valdžios organais ir minėtą teisminę funkciją prarastų (Dyzenhaus, 1999, p. 110–111). Konstitucinis teismas sukurtų teisingumo regimybę, konstitucijos vertinimas politizuotų teisingumo vykdymą, todėl, anot C. Schmitto, geresnis sprendimas būtų politikos suteisminimas (Schmitt, 2013, p. 210), t. y. konstitucijos sergėtojo funkcijos perdavimas kitai iš esmės politinei institucijai.

Politiškumo sąvoka grindžiama prielaida, kad visuomenei reikia autoriteto, kuris suprantamas kaip stiprus galios centras, o liberalizmas atveria kelią ginčams, todėl, manoma, kad jis autoriteto nesukuria.

Politiškumo koncepcijoje valstybė, kaip vienovė, išreiškia savo valią ne per valdančiąją daugumą (C. Schmitto koncepcija): demokratinės daugumos procedūros negeba išreikšti tapatybės principo (t. y. tautos susitapatinimo su politine vienove), šis principas atsispindi tik tiesioginėje demokratijoje (Schmitt, 2013, p. 347). C. Schmitto nuomone, įstatymo vaidmens politiniame diskurse sumenkinimas leido atverti kelią „naujai“ suvereno, t. y. suvereno, turinčio faktinę valdžią išimtinės situacijos metu, sampratai. Panašiai jis kalba apie teismus, kurie, jo nuomone, negali išreikšti vienybės, nes neturi suverenios galios.

Politiškumo koncepcijai būdingas kitoks suverenaus subjekto (kaip aukščiausios ir daugiausiai politinių priemonių turinčios valdžios), nesusieto su tauta, pozicionavimas. Minėtas požiūris grindžiamas, pirma, tuo, kad toks nesprendžiantis subjektas (išskyrus tiesioginės demokratijos situacijas) politiškai neišreiškia savo valios; antra, jis pats savaime nereprezentuoja faktinės vienovės, nes išreiškia labai skirtingus individualius interesus. Todėl, pavyzdžiui, C. Schmitto politiškumo koncepcijoje „tauta“ yra abstrakti sąvoka, o ne faktinis politinis subjektas. Taigi ji apibrėžiama kaip vieninga visuma, abstrakti valia, todėl ją galima laikyti politinės vienybės išraiška (Schmitt, 2013, p. 31, 36). Koncepcijai būdinga tai, kad tauta nėra suvokiama kaip konstitucijos saugomų vienodų individualių interesų klasė, bet yra abstraktus subjektas, politinės vienybės turėtojas, konstitucinio akto, konstitucijos esmės variklis. Abstrakcija tampa aukštesne forma už konstitucijos tekstą, šia abstrakčia forma gali remtis realiai politinę valdžią įgyvendinantis subjektas, kad pateisintų tam tikrą konstitucijos teksto supratimą. Vienybę išreiškianti valia yra pirmesnė už tekstą. Politinė vienybė yra nedaloma, o atstovavimas šiai vienybei per konstituciskai reguliuojamas valdžios institucijas visada yra tik atstovavimas, o ne šios vienybės pakaitalas. Konstitucinis aktas yra suteikiamas, t. y. kyla ne iš prigimties, o yra susitarimo, kuriame svarbus vaidmuo tenka suvereniui subjektui, rezultatas (Cristi, 1998, p. 195). Taigi konstitucijos genezė glūdi politinėje subjekto galioje, nepriklausančioje nuo jokios kitos valdžios. C. Schmittas sutinka su suvereno apibrėžimu kaip būtent tokio, kurio galia nėra išvestinė iš kitos galios ir kurio vienas iš aspektų yra konstitucinė galia (Cristi, 1998, p. 190). Vis dėlto jis pažymi, kad, pirma, konstitucijos tekstas nėra vien tik apie konstitucinę galią (Cristi, 1998, p. 198), ir, antra, suvereni galia, kaip nurodyta pirmiau, yra abstrakti sąvoka ir tampa reali išimtinėmis situacijomis (Cristi, 1998, p. 190). Faktinis suverenitetas yra susijęs su išimtinėmis situacijomis. Taigi grėsmės politinei vienybei situacija atskleidžia, kas yra suverenas, ir kartu jis yra save apibrėžiantis, nes konstitucijos prasmei nustatyti reikia apibrėžti suvereną. Konstitucija, kaip vienybės apraška, visada yra laikoma tokio subjekto galios aktu, kuris tą politinę galią turi (Cristi, 1998, p. 54–55).

Darytina išvada, kad konstitucijos, t. y. politinės vienybės, sergėtojui reikia, pirma, patvirtinti, kad konfliktas kelia grėsmę valstybės (taigi ir konstitucijos) vienybei, ir, antra, nustatyti aukščiausią politinę galią turinčią valdžią. Pastaroji, remiantis politiškumo koncepcija, siekia pašalinti konfliktą ir atkurti vienybės valstybę. Konstitucija politiškumo koncepcijoje pirmiausia suprantama kaip organizacija (Schmitt, 2016, p. 278), kuri tęsia politinės vienybės liniją, kurdama viešąją tvarką ir užtikrindama

normalią valstybės būseną. Politiškumo koncepcijoje pirmenybė teikiama organizacinio pobūdžio konstitucinei normai, o ne materialinei normai, kuria deklaruojama asmens autonomija. Viešoji tvarka ir saugumas yra vienybės sinonimai.

Konstitucinių nuostatų pakeitimas ar jų panaikinimas yra konstitucijos funkcionavimo pasekmė, tai išreiškia įstatymų leidžiamosios valdžios tęstinumą, nenutrūkstumą ir nekelia grėsmės politinei vienybei (Schmitt, 2013, p. 170). Taigi išimtinė situacija nelaikytinas konstitucinių nuostatų keitimas, konstitucinių įstatymų keitimas (vartojant C. Schmitto terminologiją) ar net konstitucijos atsisakymas, t. y. konstitucijos panaikinimas nekeičiant įstatymų leidžiamosios valdžios (kitoks politinės valdžios subjektų apibrėžimas) (Schmitt, 2013, p. 179). Konstitucija yra konstitucija ne tiek dėl joje įtvirtinto turinio, kiek dėl to, kad ji aukščiausia forma išreiškia politinės valdžios vienybę. Konstitucija yra valstybės vienybės, taigi ir jos tapatybės padarinys ir kartu šaltinis bei galutinis tikslas. Tai absoliuti vertybė, kurią reikia saugoti ir kuri pateisina net konkrečių konstitucinių nuostatų pažeidimus – su sąlyga, kad taip siekiama atkurti konstitucijos visumą, absoliučią konstituciją, t. y. vienybės apraišką (Schmitt, 2013, p. 62).

Konstitucijos, suprantamos kaip vienybės, esmė atsiskleidžia tik išimtinių situacijų ar interesų konflikto sąlygomis. Grėsmė vienybės, viešosios tvarkos ir saugumo būklei čia traktuojama kaip būseną, kurioje atsiskleidžia suverenai. Išimtinė situacija parodo, kas valstybėje turi aukščiausią politinę galią. Taip teigdamas, C. Schmittas nepaaiškina, kas būtent turi būti tas suverenai subjektas, kai valstybė funkcionuoja normaliai – monarchas, tauta ar galinga valstybės grupė (Cristi, 1998, p. 198). Kadangi konstitucijos šaltinis yra ne abstrakti norma ar prigimtinė būklė, bet konkreti steigiamoji valdžia, o pati konstitucija yra sprendimas dėl politinės vienybės tipo ir formos, būtent ji yra vertybė, kurią reikia saugoti (Bokenenforde, 1997, p. 11). Iš to kyla, kad steigiamoji valdžia gali pakeisti savo turėtoją, ir būtent taip reikėtų suprasti C. Schmitto suvereno, kuris interesų konflikto metu reiškiasi kaip steigiamosios valdžios atstovas, sampratą.

C. Schmitto konstitucionalizmo vizija ir visa politiškumo samprata grindžiama politinės minties diskontinuitetu, o ne jos istoriniu tęstinumu (Seitzer, 1997, p. 216). Tai taip pat iš esmės skiriasi nuo liberaliojo konstitucionalizmo koncepcijos. Pastarasis dėl neatsiejamo poreikio tęsti liberaliojo konstitucionalizmo mintį suteikia materialinį pagrindą asmens interesų apsaugai taikyti pirmenybę (kalbama apie situacijas, kai remiamasi konstituciniu proporcingumo principu). Politiškumas iškelia abstrakčią tautos valios sampratą, egzistuojančią vienybės labui, taigi reikalingas ir tos vienybės sergėtojas: juo gali būti tik stiprią politinę galią turintis subjektas, nes tik toks gali užtikrinti tvarką ir saugumą, o juk būtent iš to kyla socialinis valdžios autoritetas. Konstitucijos kaip politinės valdžios įgyvendinimo rezultato ir kaip teisės vienybės įkūnijimo suvokimas nereiškia (kaip liberaliojo konstitucionalizmo atveju) konkretaus konstitucijos turinio. Dėl taip suprantamos politinės vienybės ir atvirumo keisti konstitucinių nuostatų turinį susiklosto tokia situacija, kad suvereniteto turėtojas, t. y. aukščiausiojo valdžios centro, vieta tampa mobili. Konstruodamas suvereno sąvoką, jos esmė C. Schmittas laiko veiksmingumą: turimas omenyje politinės vienybės užtikrinimo veiksmingumas, kai kyla grėsmė konstitucijai. Kadangi suverenitetas pasireiškia kaip autoritetas priimanč galutinį sprendimą dėl išimtinės situacijos, t. y. valstybės, esančios išimtinėje situacijoje (Bokenenforde, 1997, p. 9), tada būtina paaiškinti, kada šis autoritetas turi pasireikšti, t. y. kada atsiranda konflikto būseną (išimtinė situacija, gresianti vienybei) ir kodėl ji yra nepageidautina.

C. Schmittas suvereną laiko subjektu, įgaliotu gelbėti politinę socialinę vienybę, kuriai gresia pavojus (Bokenenforde, 1997, p. 9). Ką tai reiškia? Grėsmę valstybei kelia pliuralizmas, taip pat politinės vienybės, t. y. valstybės vientisumo, išnykimas (Leydet, 1997, p. 53). Panašiai grėsmę supranta C. Schmittas savo politiškumo koncepcijoje, kai teisės norma arba nepolitinė-teisminė valdžia įtvirtina

faktiškumo bei *ad hoc* politinių sprendimų dominavimą teisinio teksto atžvilgiu. Manoma, kad tai neišvengiamai veikia veiksmingumą, t. y. sumažina sprendimų priėmimo greitį ir sukelia neapibrėžtumą, kuris kelia grėsmę viešajai tvarkai ir saugumui (politinei vienybei). Pliuralizmas⁶, neišreiškiantis vienybės idėjos tarpininkaujant politinėms-teisinėms institucijoms, kelia grėsmę konstitucijos, kuri turi būti visuomenės ir valstybės susiliejimo, t. y. vienybės, rezultatas, sampratai. Pagal politiškumo koncepciją konstitucija yra valstybė, o pagal proporcingumo koncepciją konstitucija yra kliūtis valstybei. Ekstra-konstitucingumas, t. y. abstrakti tautos vienybės valia, kuri gali skirtis nuo konstitucijos teksto, yra neliečiamas konstitucionalizmo branduolys visoje politiškumo koncepcijoje. Šis branduolys – tai principai, lemiantys žmonių vienybę, arba principai, kuriais remiantis galima spręsti socialinius konfliktus (Seitzer, 1997, p. 213). Šis esminis (turinio) branduolys neturėtų būti keičiamas, daugiausia gali būti keičiama konstitucija, t. y. minėtą vienybę galima tiesiog išreikšti kitaip. Vienybės politika siekiama apsaugoti konstitucinę santvarką nuo politinių krizių. Konstitucijos sergėtojas saugo konstitucinę tvarką nuo atskirų politinių krizių, tačiau taip pat yra tas, kuris geba charizmatiškai artikuliuoti konstitucinę tvarką (McCormick, 1997, p. 163).

Išvados

1. Atsižvelgiant į kelis variantus, kai sugretinama kelių konstitucinių vertybių apsauga, t. y. teisiškai labiau išbaigtą proporcingumo testą, ir politiniu diskursu grindžiamą vienybės koncepciją, pirmiausia darytina išvada, kad akademinė tyrimų dėmesys neliberalioms koncepcijoms jokiū būdu nereikiška, jog šiuo atveju jos priimamos kaip viena iš alternatyvų sprendžiant konstitucinių vertybių konfliktus. Tačiau tai leidžia įsisąmoninti, kaip lengvai gali būti pakenkta konstitucionalizmo ir tinkamai išaiškinto konstitucinio akto pamatams. Konstitucinės vienybės koncepcija grindžiama pagrindine socialine ir psichologine tendencija – saugumo ir tikrumo poreikiu. Remiantis tokia politine-teisine argumentacija, kuriama konstitucijos ir jos sergėtojo vizija, kuri iš esmės skiriasi nuo liberaliojo konstitucionalizmo. Laikoma, kad „dvi prasmės“ kelia grėsmę konstitucijai. Teisės ir laisvės – kertiniai akmenys, sudarantys konstitucinę vertybę, neišvengiamai susiduria ir reikalauja *in concreto* pasverti ir įvertinti poįstatyminių aktų (kurie dažnai įtvirtina kokią nors kitą konstitucijos saugomą vertybę) konstitucingumą – tačiau vienybės koncepcija tai menkina, teigdama, kad konstitucija (tiksliau konstitucijos tekstas) iš esmės yra tuščias aktas, o tai, kokia yra konstitucija, sprendžia konstitucinis teismas, t. y. institucija, kuri neatstovauja žmonėms (tautai). Ir argumentai gali būti tuo gilesni, kuo mažiau skaidrus balansavimo procesas, atliekamas taikant proporcingumo principą. Taigi liberalusis konstitucionalizmas susiduria su disonansu, su kruopščiai išvystyta teisine kultūra, kuri daugiausia grindžiama tuo, ką R. M. Dworkinas pavadino politine morale, t. y. prielaida, kad viena po kitos ateinančios teisininkų kartos tik papildo tą pačią knygą naujais skyriais, taip išsaugodami knygos naratyvo esmę su nepalankia politine aplinka, o neretai ir su nenoru tęsti šį naratyvą teisininkų sluoksniuose. Išplėtooto proporcingumo principo metodo taikymo kryptingumo nepakanka situacijoje, kai, pirma, šis kryptingumas nebėra atskleidžiamas, ir, antra, kai proporcingumo principo subprincipų taikymas (ypač proporcingumo *sensu stricto* taikymas balansuojant konstituciškai svarbias vertybes) leidžia pateisinti revoliucinius rezultatus esamos politinės moralės atžvilgiu.

⁶ Kaip pabrėžia D. Leydet, Schmitto nuomone, liberali valstybė yra pavaldi valdančiosios partijos, kurios nariai parlamente privalo balsuoti tam tikra kryptimi, interesų įgyvendinimui. Tai reiškia, kad žmonės nesuvokia savo interesų, o tai savaime nėra norma (Leydet, 1997, p. 53–54).

2. Šių dviejų iš esmės skirtingų konstitucinių ginčų sprendimo modelių analizė atskleidžia, kaip sunku atskirti teisinį diskursą nuo politinio. Tai savo ruožtu nepastebimai net gali sukelti pavojų teisinės valstybės pagrindams: proporcingumo principo taikymo teisėtumas, suprantamas taip, kad nekryptinga įstatymus taikančio organo diskrecija *pro libertate* – iš tikrųjų reiškia antikonstitucinę interpretaciją. Susidūrus su antikonstituciniu konstitucijos supratimu, atsiranda antiteisėtumas kaip atsvara teisinės tvarkos principui ir šiuo atveju. Konstitucija, kaip ji suprantama tiesiogine prasme (t. y. remiantis jos istorinėmis ir kultūrinėmis kūrimo prielaidomis, siejamomis su liberaliuoju konstitucionalizmu), nebėra tas aktas. Išlieka esminis klausimas, kodėl neliberalios koncepcijos ir toliau eksploatuoja terminą „konstitucija“?
3. Neliberalios koncepcijos remiasi prielaida, kad individualizmas nėra optimali sprendimų forma tokiai normatyvinei sistemai kaip teisė: Todėl neliberalios koncepcijos neturėtų vartoti termino „konstitucija“, nes jis sukelia išskirtinai liberalias konotacijas ir, pasitelkęs liberalizmo doktriną, turi užsitikrinęs stabilią vietą politiniame ir teisiniame diskurse. Kitaip tariant, konstitucijos, kaip teisinei ir socialinei kultūrai aktualaus akto, socialinis ir psichologinis suvokimas jau aprašytas minėtoje R. M. Dworkino knygoje: šios knygos pagrindinis naratyvas – socialinis liberalizmas, nuo kurio nukrypti reiškia nebe papildyti tą pačią knygą dar vienu skyriumi, bet pradėti rašyti naują knygą tuo pačiu pavadinimu. Toliau logika diktuoja dvi išvadas. Pirma, neliberalios koncepcijos nesugeba nuo nulio (nesinaudodamos liberalių doktrinų sukurtomis sąvokomis, turinčiomis vertę teisinėje ir socialinėje kultūroje) sukonstruoti savo teisinės kultūros naratyvo. Antra, neliberalios koncepcijos suvokia, kad liberalioje kultūroje sukurta konstitucijos samprata turi tokią vertę, kad ją sunku pakeisti kita, nebent konstitucijos pavadinimo supratimą grįsti prielaida, kad tai homonimiškai dviprasmiškas pavadinimas, t. y. kad jis gali turėti itin skirtingas konotacijas, o nukrypimas nuo pavadinimo „konstitucija“ parodo, kokią poveikį konstitucinės vienybės samprata turi pagrindinių asmens teisių apsaugai. Todėl kartais prisidengiant sąvoka „konstitucija“ maskuojami tokie atvejai, kai nuostatoms suteikiamas antikonstitucinis turinys.
4. Realiai asmens pagrindinių teisių apsaugai liberaliojo konstitucionalizmo modelyje proporcingumo principas yra itin reikšmingas, todėl svarbu parengti procedūrinės jo taikymo gaires, t. y. diferencijuoti jo taikymą priklausomai nuo pažeistos teisės rūšies, taip pat konstitucingumo prezumpciją pakeisti į antikonstitucingumo prezumpciją ypač svarbių konstitucinių teisių pažeidimo atveju, tai nulemtų įrodinėjimo naštos pasikeitimą (taip būtų išryškintas toks konstitucijos supratimo pagrindimas, kuris yra aiškiai neliberalus).

Literatūra

- Aarnio, A. (1990). *Taking Rules Seriously*. Stuttgart: ARSP.
- Alexy, R. (2001). *Theorie der Juristischer Argumentations. Die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der Juristischen Begründung*. Suhrkamp: Suhrkamp taschenbuch science.
- Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Vertė J. Rivers. Oxford: Oxford University Press.
- Bokenforde, E. W. (1997). The Concept of Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 10(1), 5–19.
- Bunikowski, D., Musiałkiewicz, R. (eds.) (2008). *Koncepcje integracji w Europie w XX i XXI wieku*. Toruń: Interdyscyplinarne Koło Naukowe Doktorantów UMK.
- Cristi, R. (1998). *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*. Cardiff: University of Wales Press.
- Dworkin, R. M. (1967). The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*, 35, (1), 14–46.
- Dyzenhaus, D. (1999). *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press.
- Habermas, J. (1979). *Communication and the Evolution of Society*. Vertė T. McCarthy. Boston: Beacon Press.

- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford Clarendon Press (1st edn.).
- Kilasonia, N. (2016). Constitutionality of Differential Approach in Electoral Disputes – scrutiny tests. *Constitutional Law Review*, 9, 78–95.
- Korycka-Zirk, M. (2012). *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*. Warszawa: LexisNexis.
- Korycka-Zirk, M. (2017). *Filozoficzno-prawny wymiar kontroli konstytucyjności*. Toruń: TNOiK.
- Korycka-Zirk, M. (2022). Rodzaje testów judicial review a zasada proporcjonalności. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, 2(31), 54–69.
- Leydet, D. (1997). Pluralism and the Crisis of Parliamentary Democracy. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 10(1), 49–64.
- McCormick, J. P. (1997). The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 10(1), 163–187, <https://doi.org/10.1017/S0841820900000291>
- Manis, J. (red.) (1998). *J. S. Mill. On Liberty*. Pennsylvania State University, Electronic Classics Series.
- Schmitt, C. (2012). *Teologia polityczna i inne pisma*. Vertė M. Cichocki. Warszawa: Altheia.
- Schmitt, C. (2013). *Nauka o konstytucji*. Vertė M. Kurkowska, R. Marszałekas. Warszawa: Teologia Polityczna.
- Schmitt, C. (2016). *Dyktatura*. Vertė K. Wudarska. Warszawa: Kronos.
- Spece, R. G., Yokum, D. (2015). Scrutinizing Strict Scrutiny. *Vermont Law Review*, 40, 285–351.
- Seitzer, J. (1997). Carl Schmitt's Internal Critique of Liberal Constitutionalism: Verfassungslehre as Response to Weimar State Crisis. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 10(1), 203–224.

Politicity and Proportionality as Methods for Resolving Collisions of Constitutional Values

Milena Korycka-Zirk

(Nikolaus Copernicus University in Toruń (Poland))

S u m m a r y

From a philosophical-legal point of view, this article examines the polarisation of the politico-legal discourse between liberal constitutionalism and the concept of the primacy of the integrity of the Constitution, which, from the perspective of modern constitutionalism, is identified with the possible use of two different methods of resolving collisions of constitutional values – the proportionality test and the politicity test.

A comparison of the two types of justifications for giving priority to the protection of specific constitutional values makes it possible to see how easily the foundations of constitutionalism and a properly interpreted constitutional act can be undermined. The concept of constitutional unity is based on a fundamental social and psychological tendency – the need for security and certainty – and on the basis of such politico-legal reasoning, ‘ambiguity’ itself is considered to be a threat to the Constitution. For the sake of avoiding this threat, a vision of the Constitution and its guardian is being developed. This vision is fundamentally different from what liberal constitutionalism declares. Liberal constitutionalism is therefore confronted with a dissonance, with a carefully developed legal culture based largely on what R. M. Dworkin called *political morality*. In this respect, it should be noted that the developed directionality of the proportionality approach is insufficient in a situation where, firstly, this directionality is no longer discernible and, secondly, where the application of the sub-principles of the proportionality principle allows revolutionary results to be justified in terms of existing political morality.

The analysis of the two fundamentally different models of constitutional dispute resolution raises the question of how difficult it is to distinguish between the legal and the political discourse, which, in turn, can imperceptibly jeopardise the foundations of the rule of Law. The legitimacy of the application of the principle of proportionality is understood in such a way as to imply that the unguided discretion of the law-making body *pro libertate* under the tendentious guise of the concept of ‘Constitution’, in fact, constitutes an unconstitutional interpretation.

The principle of proportionality is crucial to the real protection of the individual’s fundamental rights in the liberal model of constitutionalism, and it is therefore important to draw up procedural guidelines for its application in order to highlight a justification for an understanding of the constitution that is manifestly illiberal.

Politiškumas ir proporcingumas – konstitucinių vertybių kolizijų sprendimo metodai

Milena Korycka-Zirk

(Torunės Mikalojaus Koperniko universitetas (Lenkija))

S a n t r a u k a

Šiame straipsnyje analizuojama politinio-teisinio diskurso polarizacija tarp liberaliojo konstitucionalizmo ir konstitucijos vientisumo viršenybės koncepcijos, filosofiniu-teisiniu požiūriu tapatinama su dviem skirtingų konstitucinių vertybių kolizijos sprendimo metodų – proporcingumo ir politiškumo testų – galimu naudojimu šiuolaikiniame konstitucionalizme.

Aptariamų dviejų tipų pagrindimų, kaip suteikiama pirmenybė konkrečių konstitucinių vertybių apsaugai, sugretinimas leidžia įsisąmoninti, kaip lengvai gali būti pakenkta konstitucionalizmo ir tinkamai išaiškinto konstitucinio akto pamatams. Konstitucinės vienybės koncepcija yra grindžiama pagrindine socialine ir psichologine tendencija – saugumo ir tikrumo poreikiu, o remiantis tokia politine-teisine argumentacija, laikoma, kad „dviprasmiškumas“ kelia grėsmę konstitucijai. Saugantis šios grėsmės, kuriama konstitucijos ir jos sergėtojo vizija, kuri iš esmės skiriasi nuo liberaliojo konstitucionalizmo. Todėl liberalusis konstitucionalizmas susiduria su disonansu, su kruopščiai išvystyta teisine kultūra, kuri daugiausia grindžiama tuo, ką R. M. Dworkinas pavadino politine morale. Šiuo aspektu pažymėtina, kad išplėto proporcijumo principo metodo taikymo kryptingumo nepakanka situacijoje, kai, pirma, šis kryptingumas nebėra atskleidžiamas, ir, antra, kai proporcijumo principo subprincipų taikymas leidžia pateisinti revoliucinius rezultatus esamos politinės moralės atžvilgiu.

Aptariamų dviejų iš esmės skirtingų konstitucinių ginčų sprendimo modelių analizė verčia susimąstyti apie tai, kaip sunku atskirti teisinį diskursą nuo politinio, o tai savo ruožtu nepastebimai gali sukelti pavojų teisinės valstybės pagrindams – proporcijumo principo taikymo teisėtumas, suprantamas taip, kad nekryptinga įstatymų taikančio organo diskrecija *pro libertate*, prisidengiant sąvoka „konstitucija“, iš tikrųjų reiškia antikonstitucinę interpretaciją.

Realiai asmens pagrindinių teisių apsaugai liberaliojo konstitucionalizmo modelyje proporcijumo principas yra itin reikšmingas, todėl svarbu parengti procedūrinės jo taikymo gaires, kad būtų išryškintas toks konstitucijos supratimo pagrindimas, kuris yra aiškiai neliberalus.

Milena Korycka-Zirk yra Torunės Mikalojaus Koperniko universiteto Teisės fakulteto Teisės ir valstybės teorijos katedros profesorė. Mokslinių interesų sritys – teisės teorija, konstitucinė teisė, formalioji argumentacija jurisprudencijoje.

Milena Korycka-Zirk is professor at the Department of Law and Theory of State, Faculty of Law, Nicolaus Copernicus University in Toruń. Areas of scientific interest: Theory of Law, Constitutional Law, Formal Reasoning in Jurisprudence.