

AKSJOLOGIA ZAWODOWA

Aksjologia zawodowa to wiedza o wartościach zawodowych. Jest ona częścią aksjologii, która jako wyodrębniona dziedzina refleksji filozoficznej ukształtowała się na przełomie XIX i XX w. głównie pod wpływem neokantyzmu i fenomenologii. Jednakże problematyka wartości jest obecna w filozofii właściwie od jej początku i jest związana z badaniem kategorii dobra. Aksjologia może być rozumiana zarówno jako teoria wyjaśniająca istotę wartości, sposób ich powstawania i istnienia, jak i teoria dotycząca konkretnych wartości i relacji między nimi. W tym ostatnim obszarze zadaniem aksjologii jest wyodrębnianie poszczególnych wartości oraz ich uporządkowanie i do tego obszaru należy też aksjologia zawodowa.

Aksjologia zawodowa – pomijając stanowisko, według którego etyka zawodowa wyczerpuje się w sferze obowiązków zawodowych – jest, obok → **deontologii zawodowej**, elementem → **etyki zawodów prawniczych** i w związku z tym należy w analizach uwzględniać obydwie te obszary. Relacja między obowiązkami zawodowymi a wartościami zawodowymi może być ujmowana przede wszystkim w ten sposób, że obowiązki te powinny być zawsze interpretowane w sposób nie tylko zgodny z wartościami zawodowymi, ale także najpełniej je realizujący. Jest to podstawowa dyrektywa interpretacyjna w etyce zawodów prawniczych wyrażająca ścisły związek deontologii zawodowej i aksjologii zawodowej.

Włączenie aksjologii zawodowej do rozważań z zakresu etyki zawodowej pozwala na częściowe przynajmniej rozwiązanie problemu odrębności

obowiązków zawodowych w stosunku do obowiązków etyki uniwersalnej. Można bowiem przyjąć, że obowiązki zawodowe są powiązane w sposób instrumentalny z podstawowymi wartościami poszczególnych zawodów prawniczych. Społeczna doniosłość tych wartości powoduje, że sprzeczne z niektórymi obowiązkami uniwersalnymi postępowanie pewnych grup zawodowych, które chronią i realizują te wartości w życiu społecznym jest tolerowane i akceptowane.

Podziałem wartości, który może być przydatny w aksjologii zawodowej jest podział wartości na moralne, ekonomiczne, polityczne, estetyczne, religijne itd. Podział ten nie ma charakteru wyczerpującego i rozłącznego, jest więc raczej typologią wartości. Jego zastosowanie w aksjologii zawodowej nie prowadzi jednak do wyodrębnienia jakiegoś typu wartości prawniczych, ponieważ w przypadku zawodów prawniczych społeczeństwo powierza im pewne dobra uznawane za doniosłe, które są jednocześnie wartościami innego typu. Przykładowo, za zadanie prawników można uznać chronienie życia, zdrowia i wolności człowieka, a więc cele ze sfery wartości moralnych oraz ochronę jego stanu majątkowego i pomoc w osiąganiu celów gospodarczych, a więc działanie w sferze wartości ekonomicznych.

W związku z faktem, że wartości zawodowe pierwotnie mają charakter wartości innego typu pozostaje zagadnienie stosunku aksjologii zawodowej do aksjologii prawa. W przypadku tego ostatniego można bowiem również mówić o wyodrębnionych wartościach, które bądź przyjmują postać tzw. dóbr prawnie chronionych, jak na przykład w przypadku norm prawa karnego, którym – co do zasady – można przyporządkować przedmiot ochrony mający charakter określonego dobra, bądź wyrażone są w formie zasad prawnych rozumianych jako nakazy optymalnej realizacji danego dobra po uwzględnieniu kolizji z innymi zasadami oraz okoliczności faktycznych, czego najbardziej popularnym przykładem są zasady konstytucyjne.

Kwestią zasadniczą jest, czy aksjologia zawodowa prawników i aksjologia prawa są tożsame. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie powinna być negatywna, choć niewątpliwe wartości prawne współkształtują wartości zawodów prawniczych. Przede wszystkim należy pamiętać, że jeśli uzna się etykę zawodów prawniczych za część szerszej dziedziny, którą jest → **etyka prawnicza**, to jest ona tylko jednym z typów refleksji moralnej w prawie.

Należy również zwrócić uwagę na to, że wartości zawodów prawniczych, choć są w pewnym zakresie kształtowane przez prawo, które reguluje → **funkcje zawodów prawniczych**, związane z nimi → **czynności zawodowe prawników** oraz tworzy mniej lub bardziej spójny → **system zawodów**

prawniczych, to ma na nie wpływ także szereg pozaprawnych czynników społecznych, takich jak na przykład → **zaufanie** do zawodów prawniczych czy konieczność zachowania → **integralności** przez przedstawicieli tych zawodów. W szczególności, jeśli aksjologia prawa i ukształtowanie przez prawo zawodów prawniczych wchodzi w konflikt z oczekiwaniami społecznymi i samych prawników w stosunku do zawodów prawniczych, może to rodzić bardzo poważne napięcia. Przykładem może być tutaj historia niemieckiej → **tradycji etyki prawniczej**.

Innym podziałem wartości, który może mieć zastosowanie w przypadku aksjologii zawodowej jest podział na wartości samoistne i instrumentalne. W przypadku tych pierwszych określony stan rzeczy jest ceniony ze względu na niego samego, w drugim natomiast ze względu na to, że jest dobrym środkiem do osiągnięcia jakiegoś celu. W przypadku zawodów prawniczych wartościami samoistnymi są dobra powierzane im przez społeczeństwo i uznawane za społecznie doniosłe, jak na przykład wspomniane już życie, wolność, majątek itd.

Możliwe jest również wyodrębnienie wartości instrumentalnych etyki zawodów prawniczych, a więc takich, które służą osiągnięciu dóbr powierzanych zawodom prawniczym przez społeczeństwo. Wyodrębnienia takiego można dokonać w różny sposób, na przykład poprzez analizę → **cnót zawodowych**, będących stałymi dyspozycjami do postępowania w określony sposób, który służy realizacji pewnych wartości, analizę → **zasad etyki**, które nakazują optymalną realizację pewnych wartości lub wreszcie analizę obowiązków zawodowych nakazujących postępować w sposób, który instrumentalnie służy realizowaniu pewnych wartości.

W takim ujęciu za wartości zawodowe należałoby według różnych propozycji uznać → **godność zawodu**, → **honor**, → **uczciwość**, → **bezinteresowność**, → **takt**, → **uprzejmość**, odwagę, delikatność oraz powściągliwość (*J. Leubsdorf, Man In His...*) lub → **zaufanie** (lojalność), → **integralność**, → **niezależność**, → **niezawisłość**, → **bezstronność**, → **staranność** i → **odpowiedzialność** (*H. Izdebski, P. Skuczyński (red.), Etyka zawodów...*, s. 93 i n.) lub autonomię, kompetencję, uczciwość, poufność, → **konflikt interesów**, → **reklamę** i akwizycję oraz → **honoraria** (*R. Tokarczyk, Etyka prawnicza...*, s. 77 i n.).

Możliwe jest również rekonstruowanie takich wartości bezpośrednio na podstawie pewnych faktów społecznych mających wpływ na wyodrębnienie etyki zawodów prawniczych, np. do → **relacji prawnik-klient** lub → **ról zawodowych prawników**.

W tym ostatnim przypadku można uznać za wartości poszczególnych ról zawodowych na przykład → **lojalność** w odniesieniu do roli obrońcy i pełnomocnika, → **rzetelność** w odniesieniu do prawników udzielających porad prawnych, → **dobrowolność** w przypadku prawników będących mediatorami, → **bezstronność** w przypadku ról sędziego i arbitra, → **obiektywizm** i → **praworządność** w przypadku roli oskarżyciela (prokuratora), → **wiarygodność** w przypadku notariusza oraz sprawność w przypadku czynności egzekucyjnych (komornika).

Wśród klasycznych problemów aksjologii są dyskutowane także kwestie statusu wartości, które występują również w aksjologii zawodowej. Kluczowe dla etyki zawodów prawniczych w tym zakresie są następujące stanowiska. Według pierwszego możliwe jest takie uporządkowanie wartości, które umożliwia w każdej sytuacji rozpoznanie, jakie wartości są dla niej relewantne i podjęcie na tej podstawie odpowiedniej decyzji. Wiąże się to z istnieniem relacji preferencji między poszczególnymi wartościami, w szczególności z istnieniem hierarchii wartości. Stanowisko to można określić jako monistyczne.

Według drugiego stanowiska wartości nie mogą być uporządkowane i stanowić jednoznaczną podstawę do podejmowania decyzji w konkretnych sytuacjach, ponieważ ich istnienie i treść są uzależnione od woli poszczególnych podmiotów lub grup społecznych. Sprzeczne ze sobą relacje preferencji między wartościami, w szczególności ewentualne hierarchie wartości są tak samo uprawnione. Stanowisko to można określić jako relatywistyczne.

Według trzeciego stanowiska, które w ostatnim czasie jest coraz bardziej popularne, możliwe jest jedynie częściowe uporządkowanie wartości i wskazanie relacji preferencji między nimi. Jednakże ze względu na zjawisko, które określa się mianem niewspółmierności wartości, takie uporządkowanie nigdy nie może być zupełne i nie jest ono w stanie wyeliminować konfliktów wartości występujących w konkretnych sytuacjach. Ze względu na brak wspólnej miary pewne wartości są bowiem ze sobą nieporównywalne. Takie stanowisko można określić jako pluralistyczne.

W przypadku aksjologii zawodowej możliwe jest przyjęcie każdego z tych stanowisk, jednakże zarówno monizm, jak i relatywizm nastrożają pewne problemy. Wydaje się bowiem, że wartości zawodowe są powiązane z poszczególnymi zawodami prawniczymi i w ich ramach posiadają szczególny charakter. Z jednej strony, uznanie pewnych wartości za posiadające pierwszeństwo przed innymi lub wskazanie jakiejś wartości jako nadrzędnej w stosunku do pozostałych oznaczałoby więc istnienie również swego

rodzaju hierarchii zawodów prawniczych. Z drugiej strony, przyjęcie, że w ramach każdego zawodu można realizować dowolne wartości oznaczałoby płynność struktury zawodowej.

Dlatego też wydaje się, że stanowiskiem najbliższym aksjologii zawodowej jest pluralizm. Jego przyjęcie oznaczałoby, że w przypadku każdego zawodu prawniczego można mówić o wartościach z nim związanych, będących centralnymi, np. dla wykonywanych w jego ramach ról zawodowych prawników. Realizacja ich wszystkich jest równie istotna, co odzwierciedla wagę etycznego wykonywania wszystkich zawodów prawniczych dla poprawnego funkcjonowania prawa we współczesnych społeczeństwach. Wartości te są jednocześnie wobec siebie nieporównywalne, a więc nie można stwierdzić, że któryś z zawodów prawniczych jest ważniejszy od innych.

Niemożliwe jest także łączenie w ramach jednego zawodu prawniczego takich ról zawodowych prawników, z którymi wiążą się wartości z reguły wchodzące w konflikty, np. bezstronności i lojalności, a więc nie należy kwestionować potrzeby istnienia struktury zawodów prawniczych, często rozbudowanej.

Literatura:

- H. Izdebski, P. Skuczyński* (red.), *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, Warszawa 2006;
- J. Leubsdorf*, *Man In His Original Dignity. Legal Ethics in France*, Aldershot–Burlington USA–Singapore–Sydney 2001;
- E. Łojko, M. Dziurnikowska-Stefańska*, *Wartości a sukces zawodowy prawników – granice kompromisu?*, Warszawa 2011;
- R. Tokarczyk*, *Etyka prawnicza*, Warszawa 2005.

[P.S.]

AKTYWIZM I PASYWIZM SĘDZIOWSKI

Aktywizm i pasywizm sędziowski były pierwotnie przedmiotem badań w dziedzinie nauk politycznych (filozofii polityki), a później doktryny prawa konstytucyjnego. Pojęcia te wyrażały oceny zakresu działania sądów i sędziów formułowane ze względu na zgodność z tradycyjnym modelem podziału władz. Często jednak odgrywały rolę retoryczną: miały służyć krytyce sędziów lub nawet dyskredytować ich, a nie być podstawą pogłębionej analizy praktyki orzekania. Samo użycie terminu „aktywizm” w wersji rzeczownikowej sugerowało, że jest to wypaczenie, odstępstwo od prawidłowej praktyki itd. Dopiero tak ukształtowane koncepcje aktywizmu i pasy-

wizmu sędziowskiego stały się przedmiotem rozważań w dziedzinie etyki zawodów prawniczych.

Istotny w analizie aktywizmu i pasywizmu sędziowskiego jest kontekst historyczny. Pojęcie aktywizmu sędziowskiego pojawiło się po raz pierwszy w piśmiennictwie w 1947 r. w pracy *A. Schlesingera Jr.*, który charakteryzował w ten sposób postawy wybranych sędziów SN USA. Był to wyraz krytyki SN, który po 1932 r. interweniował w reformy gospodarcze inicjowane przez *F.D. Roosevelta* w ramach tzw. Nowego Ładu. Spór o aktywizm sędziowski zaognił się w związku z progresywnym orzecznictwem SN kierowanego przez *E. Warrena* (1953–1969). Zarzucano mu prowadzenie polityki reform społecznych poprzez przełamywanie wcześniejszych precedensów i zasadniczą zmianę sądowej wykładni konstytucji oraz przepisów ustawowych. Wobec takiej działalności *R. Nixon*, kandydat na prezydenta w 1968 r. z opozycji „aktywizm sędziowski – ścisła wykładnia konstytucji” uczynił swoje hasło wyborcze, a później powołał do SN konserwatywnego sędziego *W.H. Rehnquista*. Ponownie spór o aktywizm sędziowski rozgorzał w okresie prezydentury *R. Reagana* w związku z nominowaniem do SN takich sędziów, jak *R. Bork* i *A. Scalia*. W tym czasie odwrócił się też polityczny kierunek krytyki sędziów: to intelektualiści określane jako „liberałowie” lub „progresywiści” krytykowali sędziów za podważanie liberalnego ustawodawstwa przy pomocy „tekstualizmu”, a zwłaszcza „oryginalizmu” jako teorii wykładni konstytucji USA. Tkwił w tym pewien paradoks, gdyż powrót do oryginalnych intencji Ojców Założycieli stanowił reakcję na dwa dziesięciolecia liberalnego aktywizmu sędziowskiego w orzekaniu opartego na wartościach, które nie zostały wywiedzione ani z tekstu konstytucji USA, ani ze struktur ustrojowych przez konstytucję zaprojektowanych (*H. Belz*, *A Living Constitution...*, rozdz. 8).

Współcześnie spory o aktywizm sędziowski toczą się przede wszystkim w USA, ale także m.in. w Wielkiej Brytanii, Kanadzie, Brazylii, Niemczech, Szwajcarii, Izraelu i Japonii, a niekiedy przy użyciu innej terminologii również w Polsce. W naszym kraju z praktyką aktywizmu sędziowskiego mieliśmy do czynienia przede wszystkim od początku działalności TK, a zwłaszcza w okresie transformacji ustrojowej od 1989 r. do uchwalenia Konstytucji RP w 1997 r. Wówczas to TK nadawał przepisom konstytucji z 1952 r. nowe znaczenia umożliwiające wprowadzanie rozwiązań prawnych zgodnych ze zmieniającą się rzeczywistością społeczną lub z pożądanym modelem ustrojowym (demokratycznego państwa prawnego), mimo że rozwiązania takie nie znajdowały oczywistej podstawy prawnej. Działalność taką inter-

pretowano jako faktyczne prawotwórstwo sądowe lub wprowadzanie „precedensów *de facto*”, ale efekty takiego orzecznictwa nie były na ogół kwestionowane. Spory powróciły w latach 2005–2007 w związku z zarzutami prowadzenia przez TK, a w mniejszym zakresie także SN, polityki „imposybilizmu prawnego”, czyli hamowania zmian prawnych inicjowanych przez pravicową koalicję rządową.

Analizując pojęcia aktywizmu i pasywizmu sędziowskiego należy zauważyć, że są one ideologiami sądowego stosowania prawa w rozumieniu J. Wróblewskiego. Różnią się m.in. w kwestii roli sądów (i sędziów) we współczesnym społeczeństwie, podstaw legitymizacji ich władzy, metod rozumowań prawniczych, w tym metod wykładni prawa, zwłaszcza wykładni konstytucji, a także zakresu swobodnego uznania (dyskrecjonalnej władzy) sędziów. Koncepcje aktywizmu i pasywizmu sędziowskiego zostały sformułowane w ramach systemu *common law*, ale w istotnym zakresie można je stosować w systemie prawa kontynentalnego (*civil law*). Analiza literatury światowej sugeruje, że przez aktywizm sędziowski należy rozumieć taki typ działania sędziów, który jest charakteryzowany przez odwołanie się do kilku istotnych okoliczności. Po pierwsze, kluczowym wyznacznikiem jest szczególnie przedmiot i skutki orzekania, tzn. za aktywistyczne są uważane przede wszystkim orzeczenia, które dotyczą zasad regulacji i ochrony praw obywatelskich (praw człowieka). W typowym ujęciu przez aktywizm sędziowski pojmuje się praktykę sądownictwa polegającą na ochronie lub rozszerzaniu zakresu ochrony praw jednostki poprzez decyzje, które odchodzą od ugruntowanych rozstrzygnięć precedensowych albo są niezależne bądź nawet w opozycji do literalnie interpretowanego tekstu oraz przypuszczalnych celów konstytucji lub ustawodawstwa zwykłego.

Analizując aktywizm sędziowski przez pryzmat konsekwencji określonych orzeczeń sugeruje się, że aktywistyczne będą takie orzeczenia sądowe, których treść jest odbierana jako zdecydowanie bardziej korzystna dla określonych grup społecznych, zwłaszcza słabszych, mniejszościowych lub dotychczas nieuprzywilejowanych, przy czym uznanie określonych przepisów lub rozwiązań za zgodne z konstytucją lub niekonstytucyjne jest doniosłe społecznie, politycznie lub ekonomicznie (M. Smolak, *Etyczne...*, s. 123).

Po drugie, za cechę aktywizmu sędziowskiego uważany jest zwykle szczególnie kontekst ustrojowy pracy sądów. Orzeczenie sądowe jest przejawem aktywizmu sędziowskiego, jeśli wyróżnia je spośród innych bezpośrednie lub choćby pośrednie odniesienie się do wzajemnej roli organów sądowych oraz organów sądowych i pozasądowych (legislatywy i egzeku-

tywy), w szczególności, jeśli polega na przyjęciu rozszerzającej wykładni przepisów określających kompetencje sądu (M. Zubik, M. Wiącek, Kompetencje sądu..., s. 47). W systemie prawa kontynentalnego przykładem aktywizmu sędziowskiego będzie orzeczenie polegające na faktycznym formułowaniu norm prawnych, które nie wynikają wprost z obowiązujących przepisów prawa. Czyni to sąd stając się organem uczestniczącym w prowadzeniu polityki społecznej lub gospodarczej, niezależnie od, a niekiedy wbrew parlamentowi. Zasadą ustrojową często podważaną przez zwolenników aktywizmu sędziowskiego jest przede wszystkim zasada podziału władz na ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą, jeśli prowadziłyby ona do ograniczenia kompetencji sądów.

Aktywizm sędziowski może też polegać na częstszym niż zwykle orzekaniu o niekonstytucyjności ustaw i aktów władzy wykonawczej, które regulują kwestie polityczne, gospodarcze lub socjalne, jeśli polityka prawodawcza prowadzi do istotnej zmiany dotychczasowych rozwiązań (np. kazuś wspomnianego „imposybilizmu prawnego”), albo przeciwnie, gdy parlament nie podejmuje (nie jest w stanie lub nie ma zamiaru) zdecydowanych reform oczekiwanych przez opinię publiczną (np. kazuś tzw. akcji afirmatywnej i polityki antydyskryminacyjnej w USA). Podkreśla się też, że przez aktywizm sędziowski rozumiemy z reguły wykroczenie sądu poza rozstrzygnięcie konkretnych spraw i uczestniczenie sędziów w szerzej pojętym procesie rozwiązywania problemów społecznych czy też kształtowania koncepcji państwa.

Po trzecie, istotną zmienną wyjaśniającą istotę aktywizmu sędziowskiego jest szczególnie przedmiot interpretacji: zarzut aktywizmu sędziowskiego pojawia się najczęściej, gdy podstawą orzeczenia są przepisy konstytucji lub innego aktu krajowego lub aktu prawa międzynarodowego, który reguluje kwestie praw człowieka lub wyraża podstawowe wartości konstytucyjne (ustrojowe, ogólnoludzkie itd.). Podkreśla się, że takie przepisy (np. zasada niedopuszczalności „pozbawiania kogoś życia, wolności lub mienia bez prawidłowego postępowania sądowego”, czyli tzw. klauzula *due process of law* wyrażona w V Poprawce do konstytucji USA) są „notorycznie abstrakcyjne” i przez to mogą być przedmiotem rozbieżnych interpretacji.

Po czwarte, dodatkowym kryterium wyróżniającym aktywizm sędziowski może być szczególnie metoda wykładni przepisów lub – szerzej – metody rozumowań prawniczych. Z uwagi na charakter tekstów prawnych będących przedmiotem sądowego stosowania kluczową przesłanką aktywizmu sędziowskiego jest sposób rozumowania sądu (sędziego). Polscy auto-

rzy (m.in. W. Gromski, Legitymizacja..., L. Morawski, Główne problemy..., K.J. Kaleta, Aktywizm...) zwracają uwagę, że aktywizm sędziowski polega przede wszystkim na przyjęciu, że: a) stosowanie prawa ma charakter argumentacyjny, a decyzja powinna być wynikiem ważenia argumentów i wyboru najlepszej decyzji spośród dostępnych alternatyw; b) sędzia podejmując decyzję, bierze pod uwagę zarówno argumenty prawne, jak i pozaprawne, i to nawet wtedy, gdy przepisy prawne do nich wprost nie odsyłają; c) standard poprawnej decyzji jest określony nie tylko przez jej zgodność z kryteriami prawnymi, ale także kryteriami pozaprawnymi; d) w sytuacji, gdy przepisy prawne naruszają elementarne wymogi sprawiedliwości lub racjonalności, sędzia może skorygować w drodze wykładni istniejące przepisy prawne, odstąpić od nich, a nawet otwarcie ustanowić nowe reguły.

Natomiast zdaniem M. Smolaka dla aktywizmu sędziowskiego problematyka wykładni jest pierwszoplanowa, gdyż jest to podstawowy sposób współkształtowania przez sądy stosunków politycznych w państwie. Aktywny sędzia będzie zwykle odstępować od wykładni językowej, nie uznając jej hierarchicznego pierwszeństwa, o ile wykładnia funkcjonalna będzie prowadzić – jego zdaniem – do pożądaných skutków politycznych i społecznych.

Po piątę, szczególną przesłanką decyzji sądowej (prowadzącą do aktywizmu sędziowskiego) są osobiste i polityczne przekonania sędziego (sędziów). Aktywizm sędziowski jest ideologią decyzji sądowej, która nie kwestionuje praktyki polegającej na tym, że sędzia rozstrzygając sprawę bierze pod uwagę swoje osobiste poglądy na *public policy* oraz nie czuje się związany wyłącznie tekstem stosowanych przepisów i ewentualnie ich *ratio legis*. Powtarza się też, że aktywizm sędziowski występuje wówczas, gdy sędziowie ze względów politycznych chcą się wypowiedzieć o wartościach konstytucyjnych (B.C. Canon, Defining...).

Po szóste, istotne są wreszcie szczególne wybory w sferze filozofii politycznej: podkreśla się, że aktywizm sędziowski może być rozpoznany poprzez określenie stosunku sędziego lub sądu do sześciu istotnych punktów odniesienia dla sądowego procesu decyzyjnego: 1) zasady wierności prawu przyjmowanemu przez parlamentarną większość, 2) pewności prawa rozumianej jako stabilność interpretacji, 3) wierności językowej wykładni aktów prawnych: ustaw, wcześniejszych orzeczeń itd. (*interpretative fidelity*), 4) formalnego lub materialnego pojmowania demokracji jako ustroju politycznego, 5) uznawania szczególnej roli sądów wobec programów i kierunków polityki (*policies*) realizowanych przez władze publiczne: prezyden-

ta, rząd, parlament itd. oraz 6) zasadniczej roli sądów w systemie władz państwa. W takim ujęciu wyraźnie widoczny jest ideologiczny charakter koncepcji aktywizmu sędziowskiego.

Analizując kryteria aktywizmu sędziowskiego należy dodać, że mamy z nim do czynienia, nie tyle gdy jedna lub dwie powyższe przesłanki są równocześnie spełnione, ale gdy dzieje się to w istotnym stopniu. Dokonanie wykładni rozszerzającej lub zawężającej, albo sięgnięcie po kontekst konstytucyjny nie sprawia jeszcze, że sędziemu można postawić zarzut popełnienia błędu aktywizmu sędziowskiego. Dopiero znaczne natężenie realizacji takich przesłanek może uzasadniać ów zarzut.

Innym zagadnieniem jest pasywizm sędziowski. Należy przede wszystkim zauważyć, że przedstawiona wyżej charakterystyka aktywizmu sędziowskiego jest w sposób nieunikniony nieostra. Nie jest także możliwe osiągnięcie pełnej zgody co do jego alternatyw, które pozostają do dyspozycji sędziów. Najczęstsze są dwa stanowiska. Po pierwsze, jeżeli aktywizm sędziowski jest rozumiany wąsko, jako szczególny rodzaj rozumowania prawniczego, to jego przeciwieństwem jest pasywizm sędziowski (*judicial passivism*). B. Wojciechowski spór o aktywizm i pasywizm sędziowski interpretuje jako rywalizację zwolenników i przeciwników formalizmu prawniczego. Formalizm prawniczy jest w takim przypadku utożsamiany z pasywizmem sędziowskim i polega na stosowaniu prawa ściśle według brzmienia tekstu prawnego, a w skrajnej wersji nawet wówczas, gdy prowadzi to do niesprawiedliwego albo też absurdałnego rozstrzygnięcia. Dlatego przedstawiciele formalizmu postulują oparcie decyzji interpretacyjnych na formalnych aspektach prawa (na literalnym tekście prawnym) oraz unikanie przez sędziów czy inne podmioty uprawnione do stosowania prawa zaangażowania aksjologicznego (B. Wojciechowski, *Spór między...*, s. 190). Szczegółowa analiza prowadzonych sporów skupia się na dwóch zasadniczych pytaniach: czy sędzia może tworzyć prawo oraz, czy sędzia może bądź powinien czynnie uczestniczyć w rozstrzygnięciu spornego przypadku przez angażowanie się na rzecz określonych rozwiązań politycznych, czy też powinien zająć jedynie postawę biernego arbitra? Istotą pasywizmu sędziowskiego jest negatywna odpowiedź na oba pytania. Problem prawotwórstwa sędziowskiego zdecydowanie wykracza jednak poza ramy aksjologii prawa, gdyż wymaga uwzględnienia m.in. takich fundamentalnych problemów filozofii prawa, jak natura języka tekstów prawnych (w tym jego semantyczna otwartość), istota i funkcje procesu interpretacji, relacja między interpretacją a stosowaniem prawa itd.