

Paweł Jabłoński
Przemysław Kaczmarek
Mateusz Wojtanowski

Wolność ekspresji sędziego. Próba konceptualizacji¹

Wprowadzenie

Problematyka wolności ekspresji sędziego jest wyznaczana przez cechy współczesnych demokracji konstytucyjnych. Podejmowane zagadnienie wiąże się bowiem z wewnętrznym tarciem w obrębie uznawanych przez nie wartości. Z jednej strony sędzia jest przecież obywatelem, mogącym korzystać ze swoich praw i wolności, w tym swobody ekspresji, z drugiej jednak – pełni on szczególną funkcję publiczną, uzasadniającą ograniczenia w korzystaniu z nich. Problem wolności ekspresji sędziego „tkwi” więc w liberalnych demokracjach jako pewna potencjalność, a jego skala zależy od kontekstowych uwikłań. Można dziś przekonywać, że mamy do czynienia z rosnącym znaczeniem tego zagadnienia, co wydaje się wynikać z kilku dopełniających się powodów.

Po pierwsze, jest tak ze względu na obecny kryzys konstytucyjny w Polsce. W ocenie wielu prawników, w tym również piszących te słowa, od połowy drugiej dekady XXI wieku władza polityczna w Polsce kwestionuje liberalną aksjologię demokratycznego państwa prawnego, rozwijaną przez ponad dwa dziesięciolecia przez Trybunał Konstytucyjny oraz inne sądy i nauki prawne². Powyższe spowodowało radykalną zmianę społecznego kontekstu funkcjonowania sądownictwa, które stanęło przed nowymi wyzwaniami. Władza polityczna przedstawia się bowiem jako podmiot uprawniony do definiowania problemów wymiaru sprawiedliwości oraz ich rozwiązywania, co dotyczy również sędziowskiej wolności wypowiedzi³. Jak trafnie przy tym zauważa się w literaturze, jednym z kluczowych elementów

¹ Artykuł opublikowany został w czasopiśmie „Państwo i Prawo”, z. 1(923), 2023. Powstał w ramach realizacji projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki nr 2020/37/B/HS5/00297.

² Por. A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, PiP 2016, nr, 4, s. 3-14.

³ Zob. A. Machnikowska, *W krzywym zwierciadle? Kilka uwag o relacjach między sądami i obywatelami*, [w:] *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Gdańsk, 2016, s. 188–189.

podłoża rzeczzonego kryzysu konstytucyjnego jest postępująca od lat wieloaspektowa alienacja prawa⁴. To z kolei prowadzi nas do dwóch kolejnych z zapowiadanych powodów.

Po drugie zatem, rosnące zainteresowanie sędziowską wolnością ekspresji można łączyć z trudnościami dotyczącymi społecznej legitymizacji prawa⁵. Jednej z przyczyn tych trudności można upatrywać w wizji (obecnie już coraz częściej podawanej w wątpliwość) przedstawiającej rolę sędziego jako profesję niezależną od innych praktyk społecznych. To z kolei ma związek z uznawaniem prawa za autonomiczną praktykę, niezależną od systemu społecznego przy jednoczesnym wzroście oczekiwań społeczeństwa w zakresie responsywności władzy i upodmiotowienia obywatela⁶. Jedną z autorek, wskazujących na ten problem jest Anna Machnikowska, zdaniem której przyczyn kryzysu legitymizacji władzy sędziowskiej można upatrywać słabnącym, poczynawszy od końca lat 90. ubiegłego wieku, społecznym zaufaniu do sądów⁷.

Po trzecie, należy odnotować odpowiedzi na wspomniane trudności związane ze społeczną legitymizacją wymiaru sprawiedliwości, formułowane zarówno w środowisku sędziowskim, jak i w nauce prawa. Z jednej bowiem strony, dostrzec można większą aktywność sędziów w mediach społecznościowych, której celem jest objaśnianie prawa opinii publicznej. Na upowszechnianie się tego procesu niewątpliwie wpływ ma także rozwój technologii informacyjnych. Tworzą one kanały ekspresji, które nie istniały jeszcze dwie dekady temu. Z drugiej zaś strony, można dostrzeż zmianę w dyskursie prawniczym, polegającą na uznaniu istotnej roli sędziego w kształtowaniu wizerunku wymiaru sprawiedliwości, czego ważnym elementem jest objaśnienie prawa społeczeństwu⁸.

Celem artykułu jest prezentacja zagadnienia wolności ekspresji sędziego z uwzględnieniem realiów polskiego porządku prawnego. Dokonując jej zamierzamy zastosować

⁴ Zob. M. Pichlak, *Sytuacja autorytarna i rządy prawa. Socjologiczno-prawne wyjaśnienia kryzysu konstytucyjnego*, Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem 2021, nr 1.

⁵ Zob. A. Seibert-Fohr, *Judges' Freedom of Expression and Their Independence: An Ambivalent Relationship*, [w:] *The Rule of Law in Europe Recent Challenges and Judicial Responses*, red. M. Elósegui, A. Miron, I. Motoc Springer 2021, s. 89-91.

⁶ S. Burdziej, *Sprawiedliwość i prawomocność. O społecznej legitymizacji władzy sądowniczej*, Toruń 2017, rozdz. 4; M. Kaczmarczyk, *Legitymizacja roli sędziowskiej*, Studia Socjologiczne 2020, nr 4, s. 6.

⁷ A. Machnikowska, *O niezawisłości sędziów i niezależności sądów w trudnych czasach. Wymiar sprawiedliwości w pułapce sprawności*, Warszawa 2018, s. 347.

⁸ Wśród propagatorów tej zmiany w myśleniu znajdują się m.in. E. Łętowska, *Pozaprocesowe znaczenie uzasadnienia sądowego*, PiP 1997, nr 5 czy S. Burdziej, *Sprawiedliwość i prawomocność.... Sceptyczny względem niej, a przynajmniej będący zwolennikiem znacznie słabszego wariantu tej tendencji*, był A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2002, zwł. s. 163-164.

perspektywę granic władzy prawniczej (odnoszonych do interpretacji tekstów prawnych oraz innych aspektów wykonywania funkcji profesjonalnej obsługi prawnej), która to perspektywa potraktowana jest tutaj jako narzędzie strukturyzacji interesującego nas zagadnienia. Wyróżniamy cztery granice tej władzy: 1) kulturę polityczno-prawną, 2) tekst prawny, 3) kulturę prawniczą oraz 4) indywidualne wycucie aksjologiczne. Kultura polityczno-prawna wyznacza podstawowe ramy aksjologiczne, które nadają spójność całej strukturze. Granica druga, tekst prawny, rozumiana jest przez nas jako przepisy prawne (zbiór wszystkich przepisów prawnych obowiązujących w danym miejscu i czasie). Z kolei kultura prawnicza, trzecia z granic, stanowi niezbędny do poprawnego stosowania prawa zespół wiedzy i umiejętności, kształtowany w toku historycznego rozwoju wspólnoty prawniczej. Wreszcie granica ostatnia – indywidualne wycucie aksjologiczne – dotyczy podejmowanych przez stosującego prawo jurystę sądów wartościujących, które mogą być tematyzowane przy pomocy takich pojęć jak: poczucie stosowności, rozsądek, czy smak.

Przyjmujemy, że granice wcześniejsze w przyjętym wyżej porządku wymieniania stanowią – co do zasady – pierwotną faktyczność dla granic późniejszych. Oznacza to, że każda kolejna granica operuje w ramach wyznaczonych przez wcześniejsze i dookreśla to, czego one nie rozstrzygnęły (relacja dopełniania). Wyjątkowo jednak granica późniejsza może dostarczać argumentów do korygowania wyników ustalonych w oparciu o granicę wcześniejszą lub też korygowania samej tej granicy, zwłaszcza jeśli znajdzie to wsparcie w pozostałych dwóch granicach (relacja korekty)⁹.

W niniejszym artykule stosujemy zarysowaną wyżej strukturę teoretyczną jako optykę badania problematyki wolności ekspresji sędziego. Punkt odniesienia dla naszych rozważań stanowią zasadniczo ustalenia polskiego prawoznawstwa. Staramy się zwrócić uwagę na to, co jest w kontekście problemu wiadome oraz to, co pozostaje niejasne. Odnotujemy jeszcze, że poprzez ekspresję rozumiemy dowolny sposób wyrażania uczuć, przeżyć lub myśli. Wobec tego każda wypowiedź jest ekspresją, jednak nie każda ekspresja przyjmuje formę wypowiedzi. Jak

⁹ Na temat rozwijanej przez nas struktury władzy prawniczej zob. zwł. P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Granice władzy prawniczej w perspektywie polskiej tradycji socjologicznej*, Kraków 2017, s. 15-23; P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *O grze interpretatora z tekstem prawnym i czynnikami pozatekstowymi w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa*, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2020, nr 2, s. 51-52; M. Wojtanowski, *Strategiczna litygacja w czasach historycznego pożaru*, mpis., zwł. s. 11 (gdzie zaproponowano, w kontekście kryzysu konstytucyjnego, wyróżnienie dodatkowego elementu – relacji pierwotnego wyboru).

sądzimy, tak rozumiana ekspresja może mieć miejsce w różnych sferach aktywności sędziego: a) na sali sądowej, b) w życiu prywatnym, c) w życiu publicznym poza salą sądową.

1. Kultura polityczno-prawna

Jak już było wspomnianie, kultura polityczno-prawna rozumiana jest tu jako funkcjonująca w danym społeczeństwie moralność polityczna, dostarczająca podstawowych rozstrzygnięć aksjologicznych¹⁰. W rekonstrukcji tak ujmowanego polityczno-prawnego podłoża problematyki sędziowskiej wolności ekspresji warto wyróżnić dwa dopełniające się typy aspektów, które umownie można określić jako „strukturalny” i „treściowy”. Pierwszy z nich dotyczy właściwości kultury, zaś drugi jej zawartości treściowej. Jakkolwiek rozdzielenie takie nie jest wolne od pewnego uproszczenia, to wydaje się ono pożyteczne dla uporządkowania interesującej nas materii.

Zacznijmy zatem od odnotowania podstawowych cech wpisujących się w aspekt określony wyżej jako strukturalny. I tak, po pierwsze, polska kultura polityczno-prawna jest częścią i zarazem wariantem europejskiej kultury polityczno-prawnej, która z kolei sama jest fragmentem i odmianą kultury zachodniej. Oznacza to, że pewne treści polskiej kultury polityczno-prawnej mają charakter ogólnoeuropejski, zaś inne stanowią „warstwę regionalną”. Taka struktura kultury polityczno-prawnej znajduje swoje odzwierciedlenie w pozostałych wyróżnianych przez nas granicach. Funkcjonowanie tego, co Jacek Barcik określa jako „europejska przestrzeń sądowa”¹¹, stosowanie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka doktryny *margin of appreciation*¹², czy bezpośrednie stosowanie określonych norm prawa międzynarodowego, to tylko niektóre z istotnych przejawów wspomnianej cechy.

Po drugie, europejska kultura polityczno-prawna nie stanowi zwartego monolitu, lecz cechuje się rosnącym wciąż pluralizmem, wykraczającym poza odnotowany wyżej aspekt relacji między krajową regionalnością a europejską uniwersalnością. Nie oznacza to, że kultura ta

¹⁰ Szerzej zob. P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *Granice władzy ...*, s. 15-18.

¹¹ J. Barcik, *Standardy udziału sędziów w sferze publicznej w dokumentach międzynarodowych*, Krajowa Rada Sądownictwa 2017, nr 1, s. 35.

¹² Zob. J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Analiza porównawcza*, Toruń 2013, s. 369-388.

pozbawiona jest mocy regulacyjnej, lecz że znajduje się w jej obrębie wiele elementów spornych¹³.

Po trzecie, kultura polityczno-prawna jest tworem dziejowym, zaś jego treść nie jest raz na zawsze ustalona, lecz podlega przekształceniom. Treści te mogą być uzasadniane w sposób fundamentalistyczny (np. poprzez odwołanie się do religii lub jakiegoś obiektywnego porządku rzeczy) lub niefundamentalistyczny (np. poprzez takie odwołanie się do tradycji lub dokonanych przez społeczeństwo wyborów aksjologicznych, któremu nie towarzyszy negacja historycznego uwikłania tych czynników). Cechą europejskiej kultury polityczno-prawnej jest koegzystencja tych dwóch sposobów uzasadniania.

Po czwarte wreszcie, zachodnia kultura polityczno-prawna jest obecnie areną pewnych przewartościowań. Niezależnie od tego, czy będziemy je postrzegać w kategoriach sporów o kulturę, czy też raczej jako przejaw jej erozji lub nawet dekadencji¹⁴, to wydaje się, iż można mówić o pewnego rodzaju kryzysie. Terminu tego używamy zgodnie z jego starogrecko-medyczną etymologią, wedle której kryzys to czas w którym coś się waży i rozstrzyga. Skutki tak ujmowanego kryzysu mogą więc być tak negatywne, jak i pozytywne, np. w postaci wzmocnienia i poprawy tego, co kryzysowi podlega, a więc w tym wypadku kultury polityczno-prawnej. W kontekście niektórych krajów Europy Wschodniej, zwłaszcza zaś Polski i Węgier, na rzeczonych wcześniej przewartościowani nakładają się przemiany o charakterze lokalnym, prowadzące do zakwestionowania porządku liberalno-demokratycznego przez istotną część krajowych aktorów politycznych, a tym samym do podważania wskazanej wyżej przynależności tych państw do zachodniej kultury polityczno-prawnej¹⁵. Czasem mówi się nawet o zarysowującej się w Polsce opozycji między dwiema wizjami ładu politycznego, tj. demokracji konstytucyjnej z jednej strony, a republikańskim „zwierzchnictwem Narodu” z drugiej¹⁶. Odnotowany przez Sławomirę Wronkowską znikomy stopień wyartykułowania drugiej z tych

¹³ Zob. np. zastrzeżenia J. Barcika do operatywności testu racjonalnego obserwatora – J. Barcik, *Standardy udziału...*, s. 40.

¹⁴ Hipoteza o dekadencji współczesnej zachodniej kultury polityczno-prawnej zapożyczona została od Włodzimierza Gromskiego, zaczerpnięta z niepublikowanych notatek.

¹⁵ Zob. S. Holmes, I. Krastew, *Światło które zgasło. Jak Zachód zawiódł swoich wyznawców*, tłum. A. Paszkowska, Warszawa 2020, s. 7-32, 265-289. Zob. też: S. Holmes, I. Krastew, *Naśladowanie i bunt. Co się dzieje z Europą Wschodnią?*, tłum. M. Maraszek, Znak, marzec 2020.

¹⁶ S. Wronkowska, *O wolunatarystyce, instrumentalizacji i odpowiedzialności za prawo*, *Przegląd Konstytucyjny* 2019, nr 1, s. 13.

wizji, a także kontrkonstytucyjny charakter prób jej urzeczywistniania¹⁷, czyni z niej wyjątkowo kłopotliwy element rysowanego tu obrazu.

Odnosząc powyższe do wspomnianej wcześniej cechy niejednorodności kultury polityczno-prawnej można pokusić się o wyróżnienie dwóch typów toczonych w tej kulturze sporów. Pierwsze z nich mają miejsce w ramach dopuszczalnych przez rozwiązania liberalno-demokratyczne, zaś drugie lokują się między tymi rozwiązaniami, a lepiej lub gorzej wyartykułowanymi ideami alternatywnymi. Jakkolwiek przyporządkowanie konkretnego sporu wedle tej typologii nie zawsze będzie – jak to zwykle przy typologii – oczywiste i niekontrowersyjne, to wydaje się ona dosyć użyteczna. Dla przykładu, mimo całej niejednorodności tradycji liberalno-demokratycznej nie można na jej gruncie rozpatrywać modelu sędziego ujmowanego jako partyjnego aktywisty w kategoriach idei, która nadawałaby się na przedmiot rozsądnego sporu. O pewność taką dużo trudniej natomiast, gdy wykraczamy poza standardy związane z kulturą liberalno-demokratyczną, przynajmniej dopóty, dopóki nie zestawiamy jej z względnie klarownie wyłożonym modelem alternatywnym¹⁸.

Podsumowując uwagi dotyczące tych właściwości kultury polityczno-prawnej, które określiliśmy jako strukturalne odnotujmy, że w rodzimej literaturze prawniczej poświęconej wolności ekspresji sędziego powszechnie uwzględniana jest pierwsza z wymienionych cech, w niewielkim stopniu tematyzowana jest cecha druga i trzecia¹⁹, natomiast poza zakresem debaty znajduje się właściwość czwarta.

Przejdźmy teraz do tych cech kultury polityczno-prawnej, które umownie określiliśmy mianem treściowych. Od razu jednak zastrzeżmy, że wskazane zostaną tylko te z nich, które najściślej łączą się z zagadnieniem sędziowskiej wolności ekspresji, a nadto, że podstawowym przedmiotem odniesienia czynimy przede wszystkim ujęcie liberalno-demokratyczne. Nie robimy przy tym tajemnicy z pewnego – nieuchronnego chyba w takich sytuacjach – stopnia arbitralności sposobu wyodrębnienia wskazanych niżej elementów²⁰.

Po pierwsze zatem, wolność wypowiedzi należy do podstawowych wartości zachodniej kultury polityczno-prawnej. Istnieje przy tym zgoda co do tego, że problem ochrony tej wolności

¹⁷ S. Wronkowska, *O wolunatarystyce...*

¹⁸ W literaturze pojawiają się próby zarysowania takiego modelu – zob. np. A. Sulikowski, *Demoliberalizm, populizm, autorytaryzm. Kryzys hegemonii i poszukiwanie (nowego) prawniczego logosu*, Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem, 2020, nr 3.

¹⁹ Zob. np. J. Barcik, *Standardy udziału...*, s. 40-41.

²⁰ W literaturze przedmiotu można znaleźć inne wyliczenia najważniejszych elementów liberalizmu – zob. np. S. Holmes, *Anatomia antyliberalizmu*, tłum. J. Szacki, Kraków 1998, s. 24-25.

zaczyna się nie tam, gdzie ma miejsce jakakolwiek wypowiedź, lecz tam dopiero, gdzie pojawia się wypowiedź w jakimś stopniu kłopotliwa, na przykład budząca kontrowersje lub z innych powodów pociągająca za sobą pewną realną „cenę społeczną”²¹. Co do znającej wyjątki zasady przyjmuje się, że takie wypowiedzi muszą być chronione.

W zagranicznej literaturze poświęconej problematyce wolności wypowiedzi przywiązuje się dużą wagę do rozpoznania powodów dla których stanowi ona tak istotną wartość w zachodniej kulturze. Przyjmuje się przy tym, że ekspozycja i gradacja tych powodów ma znaczenie nie tylko teoretyczne, lecz również praktyczne. Sposób wyznaczenia granicy wolności ekspresji w konkretnej sytuacji może bowiem po części zależeć od rozstrzygnięć w zakresie fundujących tę wolność racji²². I tak na przykład, Ronald Dworkin wyróżnia dwa typy uzasadnienia wolności wypowiedzi, które określa mianem instrumentalnego i konstytutywnego²³. Pierwsze z nich polega na odwołaniu się do różnie ujmowanych korzyści jakie przynosi ta wolność (a więc jej uznanie jest wynikiem pewnego społecznego rachunku zysków i strat), zaś drugie do idei szacunku dla członków społeczeństwa. Eric Barendt prezentuje z kolei cztery typy ważnych dla zachodniej kultury uzasadnień wysokiego statusu wolności wypowiedzi. Wskazuje on mianowicie, że wolność ta jest istotnym środkiem do: a) odkrywania prawdy, b) samorealizacji jednostki, c) obywatelskiego uczestnictwa w demokracji, d) zachowania podejrzliwości wobec szeroko ujmowanego rządu²⁴. Dosyć podobnie rekonstruuje to Wojciech Sadurski, który wskazuje na istotność wolności wypowiedzi dla: a) odkrywania prawdy, b) uznania dla indywidualnej autonomii jednostki, c) wspierania demokracji i społecznej samorządności, oraz – i tu nowy aspekt - d) pielęgnowania postawy tolerancji²⁵. Jeszcze inny badacz, Timothy Garton Ash, wymienia tę samą listę co W. Sadurski, określając jej zawartość jako cztery główne odpowiedzi oferowane przez zachodnią tradycję intelektualną, zaznaczając zarazem: „Każda z nich ma wiele filozoficznych, prawnych i literackich wariantów, jednak podstawowe myśli są zdumiewająco stałe”²⁶.

²¹ Zob. W. Sadurski, *Prawo do wolności słowa w państwie demokratycznym*, PiP 1992, nr 10, s. 3; M. Śladkowski, *Granice swobody wypowiedzi sędziego w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Wolność wypowiedzi i jej granice. Analiza wybranych zagadnień*, red. A. Biłgorajski, Katowice 2014, s. 212.

²² R. Dworkin, *Why Must Speech Be Free?*, [w:] R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of The American Constitution*, Cambridge/Massachusetts 1996, s. 199.

²³ R. Dworkin, *Why Must...*, s. 199-203.

²⁴ E. Barendt, *Freedom of Speech*, Oxford 2009, s. 6-23.

²⁵ W. Sadurski, *Freedom of Speech and Its Limits*, Dordrecht/Boston/Londyn 1999, s. 7-35.

²⁶ T.G. Ash, *Wolne słowo. Dziesięć zasad dla połączonego świata*, tłum. M. Godyń, F. Godyń, Kraków 2018, s. 123.

Drugim kluczowym dla interesującej nas problematyki elementem zachodniej kultury polityczno-prawnej jest uznanie zasady podziału władz. O ile w systemie amerykańskim zasada ta funkcjonowała od samego początku jego budowania i jest ściśle związana postrzeganiem praw konstytucyjnych jako praw zabezpieczających przed działaniami szeroko ujmowanego rządu, o tyle w europejskiej kulturze polityczno-prawnej zasada ta przeżyła renesans w związku z dwudziestowiecznymi doświadczeniami degeneracji niczym nieograniczonej władzy ustawodawczej i wykonawczej. W odniesieniu do zasady podziału władzy warto odnotować trzy istotne dla nas okoliczności. Po pierwsze, sama ta zasada nie rozstrzyga jeszcze dokładnie kim ma być sędzia i może być przekuwana na różne modele teoretyczne władzy sądowniczej, które z kolei nieco odmiennie prezentują rolę jaką sędzia ma do odegrania w społeczeństwie²⁷. Po drugie, zasada ta z jednej strony spotyka się z jednoznacznym poparciem kultury prawniczej – ETPCz mówi nawet o jej rosnącym wciąż znaczeniu²⁸ – z drugiej natomiast jest kwestionowanym elementem kultury polityczno-prawnej, która to kontestacja znajduje przejaw przede wszystkim w niektórych praktykach działania politycznego. Po trzecie, z zasadą tą łączy się cały szereg właściwości jakie sędziom są normatywnie przypisywane, takich jak: bezstronność, apolityczność, niezawisłość, powściągliwość, dbanie o dobro, autorytet i wizerunek wymiaru sprawiedliwości. W literaturze trafnie podkreśla się, że wartości te pozostają w pewnym napięciu do sędziowskiej wolności wypowiedzi i jako takie muszą być z nią balansowane²⁹.

Trzecim bardzo istotnym dla naszej problematyki składnikiem treściowym kultury polityczno-prawnej jest podział na sferę prywatną i sferę publiczną. Podział ten, podobnie jak zdecydowana większość pozostałych rozstrzygnięć liberalizmu, nie jest wynikiem założenia jakiegoś abstrakcyjnego modelu społeczeństwa, z którego rzeczona właściwość byłaby następnie derywowana, lecz stanowi on odpowiedź na doświadczenia historyczne. W tym kontekście trzeba wskazać takie czynniki jak: rosnące uznanie dla potrzeby zapewnienia wszystkim jednostkom wolności i możliwości realizacji osobistego szczęścia, konieczność kooperacji w warunkach pluralizmu światopoglądowego, a także łatwość przekształcania się rywalizacji między

²⁷ Zob. D. Dyzenhaus, *Form and Substance in the Rule of Law: A Democratic Justification for Judicial Review*, [w:] *Judicial Review & the Constitution*, red. C. Forsyth, Oxford, 2000, s. 141-172.

²⁸ Zob. E. Maniewska, *Apolityczność jako wyznacznik wolności wypowiedzi sędziego dotyczących ustawowych reform sądownictwa (i ich krytyki)*, PiP 2019, nr 7, s. 30.

²⁹ Zob. A. Seibert-Fohr, *Judges' Freedom...*, s. 96-108. Zob. też: E. Maniewska, *Apolityczność jako...*; M. Laskowski, *Uchybienie godności urzędu sędziego jako podstawa odpowiedzialności dyscyplinarnej*, Warszawa 2019, s. 165-194.

światoobrazmi i związanymi z nimi religiami w wojnę domową. Nawiązując do Andrzeja Szahaja podkreślającego, że jednostka jest wynalazkiem kultury europejskiej³⁰, można powiedzieć, iż rozdzielenie sfery publicznej i prywatnej służy pogodzeniu dbałości o dobro jednostki z troską o interes wspólnoty.

Istotą podziału na publiczne i prywatne jest uznanie, że są to dwie różne sfery rzeczywistości społecznej, rządzące się własnymi regułami dyskursu i wyznaczające odmienne granice tego, co dopuszczalne. W odniesieniu do osób pełniących funkcje publiczne rzeczony podział łączy się z problematycznością poruszania się między tymi sferami, przy czym wydaje się, że wymagające rozstrzygnięcia kwestie ogniskują tu wokół dwóch podstawowych pytań: W jakim stopniu to, co prywatne może wpływać na sposób wykonania roli publicznej? W jakim zakresie rola publiczna może ograniczać pole wolności w tym, co prywatne? Warto przy tym podkreślić, że wymogi „nieuprywatniania” sfery publicznej przez występujących w niej aktorów nie oznaczają jakiegoś nierealistycznego obowiązku zawieszania przez nich wszelkich swoich przekonań, lecz oznaczają konieczność odwoływania się do takich argumentów i wartościowań, które są koherentne z rozstrzygnięciami aksjologicznymi i instytucjonalnymi przyjętymi w danym społeczeństwie. Takich wymogów jak neutralność, apolityczność, czy bezstronność nie należy więc pojmować w sposób absolutystyczny – nie nawiązują one do działania w aksjologicznej próżni, lecz do wierności wartościom własnej wspólnoty politycznej oraz do powstrzymania się od upartykularniania tego, co publiczne.

Czwartym istotnym dla interesującej nas problematyki elementem kultury polityczno-prawnej – który przynajmniej sygnalizacyjnie musi tu być odnotowany – jest uznanie równej wartości wszystkich ludzi, czy też – nieco inaczej – uznanie godności ludzkiej jako podstawowej wartości chronionej przez prawo³¹.

Spośród wskazanych wyżej elementów kultury polityczno-prawnej w polskiej debacie na temat wolności ekspresji sędziego szeroko tematyzowany jest wątek roli sędziego, niemal równie szeroko problematyka rozdzielenia tego, co publiczne od tego, co prywatne, natomiast kwestia rodzajów i hierarchii racji za wolnością wypowiedzi wydaje się znacznie słabiej obecna, podobnie jak łączenie tej problematyki z równością. Wspomniana wyżej tematyzacja dokonywana jest przede wszystkim w oparciu o analizę szeroko ujmowanego tekstu prawnego

³⁰ A. Szahaj, *Relatywizm i fundamentalizm oraz inne szkice z filozofii kultury i polityki*, Toruń 2008, s. 20, 89.

³¹ Zob. W. Kymlicka, *Współczesna filozofia polityczna*, tłum. A. Pawelec, Warszawa 2009, s. 9-22.

oraz kultury prawniczej. Bez większego ryzyka można jednak stwierdzić, że dla kwestii tej istotne są również pozostałe dwie wyróżnione przez nas granice określające zakres normatywnej możliwości prawnika, kultura polityczno-prawna i indywidualne wyczucie aksjologiczne.

2. Tekst prawny

Analizę tekstu prawnego warto poprzedzić przedstawieniem dwóch „kierunków myślenia” w zakresie wolności ekspresji sędziego. Należy zastrzec, że są one typami; faktycznie występujące rozwiązania prawne odzwierciedlają ich charakterystykę w pewnym natężeniu, nie na zasadzie jednoznacznego przypisania. W przypadku pierwszego z typów sędzia jest postrzegany zasadniczo jako zwykły obywatel, a wzmożone rygory w zakresie jego publicznej ekspresji mają charakter wyjątków. Natomiast w ramach drugiego typu sędzia jest szczególną kategorią obywatela, w której przypadku to raczej wolność publicznej ekspresji stanowi sytuację wyjątkową³². Przyjmujemy wskazane „kierunki myślenia” jako formę zorganizowania wyводу na temat tekstu prawnego. Odnosząc je do polskiego systemu prawnego zaczniemy od prawa wewnętrznego, a następnie przejdziemy do regulacji międzynarodowych ze względów kompozycyjnych (uzasadniających odejście od prezentacji w ujęciu ściśle hierarchicznym). Konstytucja RP stanowi w art. 54, że każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Należy odczytywać tę regulację łącznie z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej. Wedle tego przepisu ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Wspomniany przepis dodaje, że odnośne ograniczenia nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Z drugiej strony, Konstytucja stanowi w art. 178 ust. 3, że sędzia nie może należeć do partii politycznej, związku zawodowego ani prowadzić działalności publicznej nie dającej się pogodzić z zasadami niezależności sądów i niezawisłości sędziów. W odniesieniu do rygorystycznych uregulowań z poziomu ustawy należy przytoczyć jako ilustrację art. 82 ust. 2

³² Umocowanie konstytucyjne dla myślenia w kategoriach drugiego z wymienionych typów stanowiłaby tutaj wyjątkowo „mocna” interpretacja art. 178 ust. 3. Warto już w tym miejscu wskazać, że takie podejście wydaje się ignorować art. 54 Konstytucji i pokrewne uregulowania międzynarodowe. Niemniej jednak, można przekonywać, że ku takiej rygorystycznej interpretacji skłaniał się B. Banaszak, *Art. 175-187*, [w:] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, zwł. s. 892-893.

Prawa o ustroju sądów powszechnych³³ (dalej: p.u.s.p.), wedle którego sędzia powinien w służbie i poza służbą strzec powagi stanowiska sędziego i unikać *wszystkiego* (podkr. nasze), co mogłoby przynieść ujmę godności sędziego lub osłabiać zaufanie do jego bezstronności. O nacisku prawodawcy na szczególny charakter roli sędziego świadczą również takie uregulowania p.u.s.p. – pozostające w istotnym związku z wolnością ekspresji – jak dotyczące tajemnicy służbowej (art. 85), obligatoryjnej drogi służbowej (art. 89) czy odpowiedzialności dyscyplinarnej (rozdział 3). W odniesieniu do krajowych norm etyki zawodowej warto odwołać się do Zbioru Zasad Etyki Zawodowej Sędziów i Asesorów Sądowych³⁴, stanowiącego próbę konkretyzacji tego obszaru. Niektóre z uregulowań wskazanego aktu mają podobnie apodyktyczny charakter do art. 82 p.u.s.p. (np. kierowanie się określonymi zasadami „zawsze”, konieczność unikania zachowań, które „mogłoby...”, niemożność stwarzania „nawet pozorów...”, etc. – por. § 2, § 10, § 16)³⁵.

Dla zestawienia polskiego systemu prawa z przytoczonymi modelami „kierunków myślenia” niezbędne jest także nawiązanie do uregulowań międzynarodowych. Warto zacząć od odnotowania ogólnych gwarancji wolności wypowiedzi, zawartych w art. 19 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka³⁶, art. 10 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³⁷ oraz art. 11 ust. 1 Karty Praw Podstawowych UE³⁸. W kontekście rozpatrywanego zagadnienia można stwierdzić, że ich funkcja odpowiada, *mutatis mutandis*, art. 54 Konstytucji. Przechodząc do szczegółowych uregulowań w zakresie powinnego modelu sędziego w aktach międzynarodowych należy zaznaczyć, że mamy tutaj do czynienia jedynie z tzw. miękkim prawem (*soft law*). Jest to jednak przestrzeń istotna. W przypadku niektórych aktów miękkiego prawa międzynarodowego pojawia się bowiem próba odpowiedzi na postawione tutaj pytanie o

³³ Ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2072 ze zm.

³⁴ Zbiór zasad etyki zawodowej sędziów i asesorów sądowych – załącznik do uchwały Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 13 stycznia 2017 r. (Nr 25/2017).

³⁵ Na marginesie warto zauważyć, że atrybut charakterystyczny dla sędziego może także „wzmocniać” swobodę jego wypowiedzi. Mam konkretnie na myśli immunitet sędziowski. Zob. M. Śladkowski, *Granice swobody...*, s. 213-214. Z kolei M. Wróblewski, *Granice ekspresji i wypowiedzi sędziego – zarys problemu*, Krajowa Rada Sądownictwa 2017, nr 1, s. 31-32 pisze „Trzeba podkreślić, iż istnieje kategoria publicznych wypowiedzi sędziów, które należy zakwalifikować i potraktować jednak zdecydowanie w inny sposób, przyznając sędziom znaczny margines swobody wypowiedzi, warunkowany potrzebą ochrony interesu publicznego i społecznego w zakresie ochrony niezależności sądów i niezawisłości sędziów (art. 173 oraz art. 178 ust. 1 Konstytucji RP) oraz zasady podziału władz (art. 10 ust. 1 Konstytucji RP)”. O sytuacjach, w których sędzia jest zobligowany prawnie do wypowiedzi poza procesem pisze R. Mikosz, *Granice wolności wypowiedzi sędziego*, [w:] *Granice wolności wypowiedzi przedstawicieli zawodów prawniczych*, red. A. Biłgorajski, Warszawa 2015, s. 78-80.

³⁶ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III) przyjęta i proklamowana 10.12.1948 r.).

³⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

³⁸ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE 2012 C 326.

„kierunek myślenia” w zakresie rekomendowanego modelu wolności ekspresji sędziego. W punkcie 8 Podstawowych Zasad Niezależności Sądownictwa z 1985 r. (*Basic Principles on the Independence of the Judiciary – soft law* Organizacji Narodów Zjednoczonych) stwierdzono, że "w zgodzie z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka, sędziowie są *podobnie jak inni obywatele* (podkr. nasze) uprawnieni do wolności ekspresji, przekonań, stowarzyszania się i gromadzenia; pod warunkiem jednak, że w wykonywaniu tych praw sędziowie zawsze powinni postępować w taki sposób, by zachować godność ich urzędu oraz bezstronność i niezależność sądownictwa". Jak pisze Michał Laskowski „w dokumencie tym po raz pierwszy wyraźnie podkreślono, że zasadą jest, iż sędziowie, tak jak inni obywatele, mogą korzystać ze swoich wolności, w tym z wolności wypowiedzi³⁹". Podobnie sprawa została postawiona także w *soft law* Rady Europy. W tym kontekście należy wskazać na pkt. 4.2. Europejskiej Karty Statutu Sędziów z 1998 r. (*European Charter on the Statute for Judges*) oraz pkt 27 Opinii nr 3 Rady Konsultacyjnej Sędziów Europejskich z 2002 r. (*Opinion no. 3 of the Consultative Council of European Judges, CCJE*)⁴⁰.

Konkludując rozważania na temat tekstu prawnego można stwierdzić, że nie jest to bynajmniej czynnik, który miałby charakter przesądzający dla rozstrzygnięć w zakresie wolności ekspresji sędziego. Na wyróżnienie zasługują wszakże akty *soft law* prawa międzynarodowego. Niektóre z nich wyraźnie kreślą obraz sędziego jako mogącego zasadniczo korzystać z właściwych obywatelom wolności obywatelskich, a których ograniczenie ma charakter wyjątkowy. Wydaje się jednak, że zadekretowanie tego rodzaju obrazu przy jednoczesnym współistnieniu bardzo daleko posuniętych wymagań wobec postępowania sędziów generuje przekaz niekoherentny. Można przekonywać, że korzystanie ze swoich wolności „tak jak inni obywatele”, a dbałość o godność urzędu oraz bezstronność i niezależność sądownictwa (ujmowane często z użyciem apodyktycznych sformułowań i dużych kwantyfikatorów) stanowią odmienne dążenia, których tarcie widoczne jest zwłaszcza w przypadku kontestowanego charakteru kultury polityczno-prawnej. Tekst prawa „przerzuca” tym samym na inne wyróżnianie przez nas granice ciężar odnalezienia się w problematycznym układzie kolizyjnych oczekiwań. Jest to okoliczność, na którą zwracano już uwagę w doktrynie, używając innego języka teoretycznego⁴¹. Powstała sytuacja nie tyle stanowi jednak pochodną błędów w ramach

³⁹ M. Laskowski, *Uchybienie godności...*, s. 177.

⁴⁰ Por. M. Laskowski, *Uchybienie godności...*, s. 177-178; J. Barcik, *Standardy udziału...*, s. 38-39.

⁴¹ R. Mikosz, *Granice wolności...*, s. 56; E. Maniewska, *Apolityczność jako...*, s. 42.

działalności prawotwórczej, co raczej delikatnego charakteru podejmowanej materii, jako trudnej do uporządkowania *in abstracto* w wyrażeniach językowych.

3. Kultura prawnicza

Wskazana niekonkluzywność tekstu prawnego jest powodem do zwrócenia się w stronę kultury prawniczej jako ważnego czynnika dookreślającego jego znaczenie.

Przez kulturę prawniczą rozumiemy praktykę instytucjonalną na którą składają się – między innymi - wypowiedzi doktryny, stanowiska praktyki orzeczniczej oraz habitusy związane z wykonywaniem roli przez sędziego. W świetle tak ujmowanej kultury prawniczej postawmy pytanie, jaki zakres wolności wypowiedzi sędziego jest dopuszczalny, a jaki powinien być zdecydowanie odrzucony. Odpowiedzi na nie koncentrują się na stronie negatywnej, tj. ukazaniu postaw i zachowań sędziego, które nie zyskują szerszej akceptacji w kulturze prawniczej, ukierunkowanej na aspekt rolowy.

Przykładu dokumentującego zaprezentowany sposób przedstawiania wolności ekspresji sędziego dostarcza wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 27 maja 2014 r. w sprawie Baka przeciwko Węgry⁴². Przypomnijmy, że András Baka był sędzią Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który został następnie wybrany przez parlament węgierski na stanowisko prezesa Sądu Najwyższego na okres 6 letniej kadencji. W trakcie jej trwania podawał krytyce niektóre z reform odnoszących się do wymiaru sprawiedliwości. W tym czasie na Węgrzech podjęta została także zmiana konstytucji na skutek której przyjęto przepisy przewidujące zmianę Sądu Najwyższego na Kúria (tj. historyczna nazwa węgierskiego Sądu Najwyższego). W wyniku tej zmiany wygaszono kadencję prezesa A. Baki, jednocześnie przyjmując takie przepisy, które powodowały, że nie mógł on już zostać prezesem nowego sądu (wprowadzono bowiem warunek pięcioletniego pełnienia funkcji sędziego na Węgrzech). W skardze do Trybunału A. Baka zarzucił w szczególności, że „został pozbawiony dostępu do sądu z powodu tego, że wymóg wcześniejszego zakończenia kadencji prezesa został wpisany do Ustawy Zasadniczej i w rezultacie nie mógł stać się przedmiotem kontroli sądowej nawet przez Trybunał Konstytucyjny”⁴³. Ponadto skarżący podniósł, że skrócenie jego kadencji było

⁴² Wyrok ETPCz z 27.05.2014 r., Baka v. Węgry, skarga nr 20261/12.

⁴³ Wyrok ETPCz z 27.05.2014 r., Baka v. Węgry, skarga nr 20261/12 (opracowanie Marek Antoni Nowicki).

rezultatem wyrażanej przez niego opinii na temat polityki partii rządzącej i miało na celu wywołanie „efektu mrożącego”, tj. zniechęcenie innych sędziów do udziału w debacie publicznej i wyrażania krytycznego stanowiska wobec reform ustrojowych dotyczących wymiaru sprawiedliwości. Trybunał w wyroku przyznał racje skarżącemu, uznając, że doszło do naruszenia art. 10 Konwencji (wolność wypowiedzi), a także art. 6 ust. 1 Konwencji (prawo do sądu). Niemniej jednak warto odnotować, że w orzeczeniu tym, z jednej strony, podkreślono, iż od sędziów można oczekiwać powściągliwości w wykonywaniu prawa do wolności wyrażania opinii, zwłaszcza gdy w jej wyniku może być podana w wątpliwość bezstronność i powaga władzy sędziowskiej. Eksponując te właściwości Trybunał podkreślił rolę społecznego zaufania do wymiaru sprawiedliwości jako kluczowej wartości w państwie prawa. Ten tok argumentacji wzmacnia również stanowisko, zgodnie z którym prawodawca krajowy może nakładać na sędziów pewne obowiązki np. dyskrekcji, związane z wykonywaną profesją, zwłaszcza jeśli sprzyjają one społecznemu zaufaniu. Z drugiej jednak strony, Trybunał wyraźnie przeciwstawił się czynieniu z sędziów depozytariuszy władzy ustawodawczej czy wykonawczej. Uzasadniając ten głos, wskazano na zasadę podziału władzy na prawodawczą, wykonawczą i sądową oraz zasadę równowagi i wzajemnego hamowania się poszczególnych ośrodków władzy.

Zaprezentowana strategia interpretacyjna koncentrująca się na naświetleniu negatywnych punktów odniesienia w przedstawianiu wizji sędziego obecna jest także w wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 8 grudnia 2020 r., w sprawie Panioglu przeciwko Rumunii⁴⁴. Daniela Panioglu – pełniąc funkcję sędziego apelacyjnego – w wyniku postępowania dyscyplinarnego została skazana prawomocnym wyrokiem. Na jego podstawie Panioglu nie utraciła stanowiska, ani też nie poniosła kary pieniężnej, a jedynie odnotowano, że informacja o sprawie sądowej zostanie załączona do jej akt osobowych i może być brana przy ocenie pracy zawodowej (co może się przekładać na karierę zawodową). Podstawą tego wyroku była opublikowanie przez D. Panioglu artykułu w prasie na temat pani prezes sądu kasacyjnego, która w czasach komunistycznych pełniła stanowisko prokurator. Fakt ten stanowił, według skarżącej, podstawę do podania w wątpliwość jej kwalifikacji moralnych i zawodowych, sprawującej jedno z najwyższych stanowisk w rumuńskim wymiarze sprawiedliwości. W wyniku tej publikacji, koncentrującej się na działalności zawodowej i drogach awansu prezes sądu kasacyjnego, wszczęto postępowanie, w którym uznano, że D. Panioglu naruszyła normy etyczne związane z

⁴⁴ Wyrok ETPCz z 8.12.2020 r., Panioglu v. Rumunia, skarga nr 33794/14.

zachowaniem powściągliwości w przedstawieniu poglądów. Ponadto wskazano, że „artykuł mógł wywołać u rozsądnego obserwatora wątpliwości co do moralnych i zawodowych kompetencji osoby, której dotyczył, szkodził dobremu imieniu wymiaru sprawiedliwości oraz narażał godność urzędu sędziego oraz niezawisłość i bezstronność sądownictwa”⁴⁵.

Trybunał odnosząc się do przedmiotowej sprawy podtrzymał wyrok sądu krajowego. Uzasadniając takie stanowisko zwrócił uwagę na kilka powodów takiej decyzji. Pierwsza z racji zaznaczała, że sądy krajowe lepiej aniżeli sąd międzynarodowy, mogą ocenić konsekwencje wypowiedzi, zwłaszcza to jak będzie ona odbierana przez społeczeństwo i jak to może przełożyć się na wizerunek wymiaru sprawiedliwości w przestrzeni publicznej. Druga z podniesionych przez Trybunał kwestii dotyczyła konieczności zachowania umiaru i taktu w wypowiedzi, którego brakowało w słowach D. Panioglu. Normy w tym zakresie mogą być określane przez prawodawcę krajowego jako wyznaczające standardy orzekania i zachowania sędziego. Trzeci z argumentów odnosił się z kolei do proporcjonalności kary. Brak utraty stanowiska oraz kary pieniężnej, przy jednoczesnym odnotowaniu, że okoliczność ta może być brana przy ocenie pracy zawodowej Trybunał uznał za karę proporcjonalną wobec podważenia kompetencji zawodowych i moralnych innej sędzi, a także naruszenia powagi i wizerunku wymiaru sprawiedliwości w Rumunii. W tym zakresie Trybunał stwierdził, że „krajowe organy władzy zachowały sprawiedliwą równowagę pomiędzy potrzebą ochrony powagi wymiaru sprawiedliwości i dobrego imienia oraz praw innych osób, z jednej strony, a z drugiej strony potrzebą ochrony prawa skarżącej do wolności wyrażania opinii. Zaskarżona ingerencja była zatem «niezbędna w demokratycznym społeczeństwie» w rozumieniu art. 10 ust. 2 Konwencji”⁴⁶.

Wymienione orzeczenia w swej argumentacji wydają się w większym stopniu koncentrować na negatywnych punktach odniesienia w przedstawieniu wolności ekspresji sędziego, tj. wskazaniu, czego osobie piastującej to stanowisko nie wolno. Z jednej bowiem strony, podana jest w wątpliwość wizja sędziego jako w pełni niezależnego od czynników instytucjonalnych, kształtowanych także przez prawodawcę krajowego, z drugiej zaś strony, nie ma zgody na obraz sędziego jako depozytariusza władzy politycznej. Zwraca także uwagę, że zdaniem Trybunału sędzia powinien być świadom ryzyka, wiążącego się z konsekwencjami, jakie może wywołać jego wypowiedź czy zachowanie.

⁴⁵ Wyrok ETPCz z 8.12.2020 r., Panioglu v. Rumunia, skarga nr 33794/14.

⁴⁶ Wyrok ETPCz z 8.12.2020 r., Panioglu v. Rumunia, skarga nr 33794/14.

Przedstawione ujęcie problemu wolności ekspresji sędziego, eksponujące negatywne punkty odniesienia, jest obecne w literaturze przedmiotu. Dokumentując to, odwołajmy się do ustaleń Jacka Barcika, zdaniem którego w debacie nad standardami publicznego zachowania sędziego dominują dwa stanowiska: a) zdepersonalizowanego sędziego i b) aktywisty⁴⁷.

Pierwsze z wymienionych ujęć przedstawia sędziego w szklanej wieży. Wskazana metaforyka ilustrować ma apolityczność i bezstronność sędziego, która nakierowana jest na uwzględnianie racji prawa stanowionego. W wizji tej sędzia jest osobą „w wariacie idealnym pozbawioną przekonań politycznych, światopoglądu i zacięcia społecznikarskiego, niemanifestującą swojej religii i wyznania”⁴⁸. W ujęciu tym działająca w imieniu obywateli władza polityczna (wykonawcza i ustawodawcza) stawia sobie za cel definiowanie problemów wymiaru sprawiedliwości oraz ich rozwiązywanie, a zadaniem sędziów pozostaje orzekanie w sposób mechanistyczny⁴⁹. Stosowanie prawa staje się zatem realizacją polityki parlamentarnej. W wizję tę wpisuje się odczytywanie zasady powściągliwości sędziowskiej jako odbierającej sędziom prawo do zabierania głosu na temat zmian w prawie, zwłaszcza tych o charakterze ustrojowym, czy też bezpośrednio wpływających na funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Na podstawie tej argumentacji uznaje się, że „każda wypowiedź sędziego, poza formą czynności procesowych, ma znamiona polityczne, gdyż taki jest charakter przestrzeni publicznej, pozostaje zatem w sprzeczności z jego niezawisłością i bezstronnością”⁵⁰. Uzasadniając taki obraz wskazuje się, że każde inne stanowisko sędziego, aniżeli to zaprezentowane w orzeczeniu i odwołujące się do zastosowania przepisów prawnych w danej sprawie jest obarczone potencjalnym zarzutem braku obiektywizmu i stronnictwa⁵¹. W prezentowanej wizji „niezawisły sędzia to sędzia nieobecny w przestrzeni publicznej, niezawisłość jest tożsama z apolitycznością; tę z kolei należy sprowadzić do nakazu milczenia bez względu na treść obowiązującego prawa”⁵².

Z kolei druga z wymienionych wizji – przedstawia obraz sędziego aktywisty. Taki model, według J. Barcika, jest typowa „dla państw autorytarnych, w których nie istnieje trójpodział

⁴⁷ J. Barcik, *Standardy udziału...*, s. 38.

⁴⁸ J. Barcik, *Standardy udziału...*, s. 38.

⁴⁹ Zob. K. Daniel, *Kryzys społecznego zaufania do sądów*, Studia Socjologiczne 2007, nr 2, s. 71 i n.; G. Maroń, *Integralność religijna sędziego oraz argumentacja religijna w amerykańskim procesie orzecznym*, Rzeszów 2018, s. 113 i n.

⁵⁰ A. Machnikowska, *W krzywym zwierciadle?...*, s. 189.

⁵¹ A. Machnikowska, *O niezawisłości sędziów...*, s. 402.

⁵² M. Laskowski, *Uchybienie godności...*, s. 175.

władzy, sędzia jest jedynie urzędnikiem państwowym, który jest zobowiązany do publicznego wspierania oficjalnej ideologii państwowej”⁵³. W ujęciu tym sędzia staje się przedłużonym ramieniem władzy państwowej, realizującym w procesie stosowania prawa rację zgodnie z oczekiwaniem danego ośrodka politycznego. Stanowisko to znajduje swoje oparcie w radykalnej wersji supremacji parlamentu, w której nie funkcjonuje tradycyjnie rozumiana zasada trójpodziału władzy, a także naruszona zostaje równowaga między poszczególnymi ośrodkami władzy⁵⁴.

Przedstawione obrazy sędziego, jak odnotowuje J. Barcik, są dominujące w debacie na temat wolności wypowiedzi, ale naszym zdaniem warto podkreślić, że zasadniczo istnieje zgoda co do tego, że mogą one stanowić tylko negatywne punkty odniesienia⁵⁵. W debacie tej poddaje się krytyce wizję bezosobowego sędziego, który w roszczeniu do bezstronnej oceny sprawy zapomina o człowieku, którego ta sprawa dotyczy⁵⁶. Taka wizja roli sędziego nie sprzyja społecznej akceptacji, a także budowaniu autorytetu prawa. I z tych również powodów jest podawana w wątpliwość.

Podobnie przedstawia się sytuacja z drugim z wyróżnionych przez J. Barcika obrazów. W jego naświetleniu chcielibyśmy jednak dokonać pewnej korekty. Obraz sędziego aktywisty nie powinien być sprowadzony tylko do roli funkcjonariusza ideologii państwowej⁵⁷. Zwraca na to uwagę Grzegorz Maroń przedstawiając obraz sędziego jako arbitra moralnego⁵⁸. Wizja ta oparta jest na trzech ujęciach. Pierwsze z nich dotyczy sytuacji, w której sędzia w wyniku rozumowania moralnego wyprowadza wnioski, które pozostają w sprzeczności z rozwiązaniami przyjętymi w przepisach prawnych. Z drugim ujęciem mamy do czynienia wówczas, gdy na poziomie aktów normatywnych brakuje rozstrzygnięcia kwestii podejmowanej przez sąd i w ten sposób interpretator „dokonując osądu moralnego nie konfrontuje się z prawodawcą, lecz zastępuje go”⁵⁹. Ostatnie ujęcie dotyczy stosowania pojęć prawnych silnie uwikłanych aksjologicznie do spraw, które w swej ocenie etycznej nie są jednoznaczne.

⁵³ J. Barcik, *Standardy udziału...*

⁵⁴ P. Kardas, *Dyscyplinowanie sędziów. Model odpowiedzialności dyscyplinarnej a zagrożenia dla sędziowskiej niezawisłości*, Kraków 2000, s. 12.

⁵⁵ Zob. G. Maroń, *Integralność religijna...*, s. 113-125.

⁵⁶ W. Świerczyńska-Głównia, *Komunikowanie z perspektywy sali sądowej*, Kraków 2019, s. 72.

⁵⁷ Szerzej na temat różnych form aktywizmu sędziowskiego, zob. L. Morawski, *Czy sądy mogą się angażować politycznie?*, PiP 2006, nr 3, s. 7 oraz 12-13.

⁵⁸ G. Maroń, *Sędziowie jako „arbitrzy moralni” i „moralisci” na przykładzie wybranych orzeczeń sądów karnych*, Prokuratura i Prawo 2020, nr 10-11, pkt. 2.

⁵⁹ G. Maroń, *Sędziowie jako...*, s. 6.

Spśród trzech wymienionych sytuacji najbardziej problematyczna jest pierwsza z nich. Wątpliwość tę wzmacnia eksponowanie w uzasadnieniu orzeczeń indywidualnych przekonań jako racji, którymi powinni kierować się uczestnicy postępowania sądowego czy szerzej życia publicznego. Taki obraz wykonywania roli sędziego G. Maroń definiuje jako moralistyczny. Prezentowana wizja roli sędziego nie tylko rozluźnia funkcjonalny podział władzy, ale podaje w wątpliwość aspekt kontrolowania władzy sędziowskiej, a w szerszym wymiarze zasadę wzajemnego równoważenia się poszczególnych ośrodków władzy.

Wydaje się, że obraz aktywisty można przyporządkować do wizji sędziego jako arbitra moralnego, zwłaszcza w wariancie moralistycznym. Przyjmując takie stanowisko aktywizm sędziowski może obejmować, co najmniej, dwie postacie. Pierwsza z nich polega na zaangażowaniu moralnym wspieraniu władzy państwowej. Z kolei druga postać polega na zaangażowaniu aksjologicznym, które znamionuje traktowanie indywidualnej moralności jako racji wyłączającej inne racje.

Debata o wolności wypowiedzi sędziego w polskim piśmiennictwie wskazuje zatem, że zarysowane dwa modele wykonywania roli sędziego: pasywizm i aktywizm wyznaczają – w znacznym stopniu – przedmiot zgody, co do tego, kim nie powinien być sędzia. Z jednej bowiem strony, podaje się w wątpliwość postawę i zachowanie sędziego, która sprowadza się do bycia bezosobowym wykonawcą aktów normatywnych, swoistym pasem transmisyjnym władzy ustawodawczej czy wykonawczej. Z drugiej zaś strony, nie zyskuje szerszej akceptacji wizja sędziego jako głównego architekta relacji społecznych, który przy użyciu prawa nie tylko je określa, ale również definiuje w kategoriach moralnych. Wniosek ten dobrze dokumentuje stanowisko Antoniego Górskiego, sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku, zdaniem którego niebezpieczne są dwa skrajne poglądy, które zakładają: a) „chowanie się za paragrafem”, „co grozi bezdusznym formalizmem w stosowaniu prawa i nie jest do pogodzenia z funkcją sprawowania wymiaru sprawiedliwości” oraz b) aktywizm sędziowski, który może grozić „przesadnym subiektywizmem ocen sędziowskich i prowadzi do zastępowania czy wyręczania ustawodawcy przez sędziego, co – ze względu na arbitralność – jest także groźne dla praworządności”⁶⁰.

⁶⁰ A. Górski, *Niektórzy sędziowie przekroczyli granicę* (<https://www.rp.pl/opinie-prawne/art1586001-niektorzy-sedziowie-przekroczyli-granice>, dostęp: 02.01.2022 r.).

Zaprezentowany wniosek o dwóch skrajnych obrazach, jako przedmiocie zgody, co do tego, czego sędziom nie wolno, nie jest jedynym, jaki można wyprowadzić z debaty o roli sędziego. Odnotujemy również – po pierwsze – akceptację stanowiska, zgodnie z którym poszczególne interakcje dokonywane przez sędziów, nie tylko na sali sądowej, mają wpływ na wizerunek wymiaru sprawiedliwości w przestrzeni publicznej⁶¹. Uwagę tę wzmacnia postępujący proces wizualizacji prawa, co wiąże się z rosnącą dostępnością mediów do wymiaru sprawiedliwości, a także coraz powszechniejszym korzystaniem przez sędziów z różnego rodzaju mediów, również tych społecznościowych. Powoduje to, jak zauważa, Weronika Świerczyńska-Głownia, że: „Wyzwanie przed jakim stają obecnie sędziowie, to nie decyzja, czy uczestniczyć w debacie w mediach społecznościowych, ale w jaki sposób zabierać tam głos, aby z jednej strony nie uchybić godności urzędu sędziego, z drugiej natomiast mieć wpływ na toczącą się dyskusję, a w rezultacie na kształtowanie obrazu sądu i sędziów we współczesnej przestrzeni społecznej”⁶².

Po drugie, w krajowych badaniach w mniejszym stopniu podejmuje się problem wolności wypowiedzi sędziego z uwzględnieniem takich zmiennych, które dookreślają pozycję wykonawcy roli w strukturze instytucjonalnej. Wyrazem tego jest brak szerszej ekspozycji problemu wolności ekspresji sędziego ze względu na rodzaj sądu, w którym się pracuje (Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy, sąd rejonowy) czy też pełnioną funkcję w wymiarze sprawiedliwości, np. prezes sądu, rzecznik czy też stan spoczynku.

4. Indywidualne wycucie aksjologiczne

Przedstawione dwie wizje, odpowiednio sędziowskiego pasywizmu i aktywizmu, jako negatywne punkty odniesienia odsłaniają odmienne – modelowo – postawy etyczne, w których sędzia: a) spełnia rolę pasa transmisyjnego woli prawodawcy, albo b) wynosi wartości moralne ponad racje instytucjonalnego zaplecza.

Zgoda co do problematyczności obu postaw jest konsekwencją niebezpieczeństw do których może prowadzić ich przyjęcie. Zwraca na nie uwagę Paweł Skuczyński przedstawiając problem podwójnej instrumentalizacji⁶³. Jego źródłem jest rozstrzygnięcie napięcia między

⁶¹ Zob. W. Świerczyńska-Głownia, *Komunikowanie z perspektywy...*, rozdz. 3.

⁶² W. Świerczyńska-Głownia, *Komunikowanie z perspektywy...*, s. 229.

⁶³ P. Skuczyński, *Integralność sędziego w orzekaniu i zachowaniu*, Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem 2021, nr 3.

wymogami rolowymi (kształtowanymi zwłaszcza na podstawie tekstu prawnego) a indywidualnymi przekonaniem w taki sposób, który wyłącza jedno racje kosztem drugich. Zdaniem P. Skuczyńskiego akt instrumentalizacji (prawa przez sędziego oraz sędziego przy użyciu prawa) prowadzi do wniosku, że „nie należy wyłączać sędziowskich przekonań z orzekania, ani się na nich opierać”⁶⁴. Oba te rozwiązania w swych skrajnościach, jak odnotowuje Jerzy Zajadło, są niebezpieczne: „Z jednej strony grożą nadmierną symplifikacją i ignorancją moralną, z drugiej zaś – nadmiernym moralnym arbitralizmem i subiektywizmem”⁶⁵.

Jak w świetle wskazówki, jaką formułują obaj autorzy, można usytuować miejsce indywidualnych racji aksjologicznych w sędziowskim orzekaniu oraz zachowaniu? Rozpoznając bliżej to zagadnienie odwołajmy się do ustaleń J. Zajadło w zakresie sędziowskiego sumienia. Na wstępie powiedzmy, że pojęcie to jest kategorią normatywną (zob. art. 66 Prawa o ustroju sądów powszechnych). Odwołanie się niej może mieć aspekt negatywny bądź pozytywny. J. Zajadło posługując się tym rozróżnieniem wskazuje, że z pierwszym z wymienionych aspektów mamy do czynienia, w sytuacji gdy odwołanie się do kategorii sumienia charakteryzuje nieujawnianie przez sędziego przekonań społecznych, ekonomicznych, czy politycznych. W ujęciu tym pojęcie sędziowskiego sumienia staje się niedostępne dla opinii publicznej⁶⁶. Można jednak kategorią sumienia posługiwać się w aspekcie pozytywnym, przedstawiając zaplecze kultury prawno-politycznej na której jest ono fundowane. W tym przypadku sumienie jest wewnętrznym trybunałem, którego celem jest ochrona konkretnych wartości z obszaru moralności publicznej.

Różnica polega zatem na roli, jakie przypisujemy indywidualnym racjom. Mogą one pełnić funkcję drogowskazu, którym należy się kierować w sędziowskim orzekaniu albo strażnika, którego celem jest ochrona określonego porządku publicznego. W pierwszym przypadku pojęcie sumienia jest kategorią indywidualną, do której odwołuje się sędzia. Z kolei w drugim z wymienionych przypadków pojęcie sumienia wiąże się z kulturą prawno-polityczną, jak i prawniczą. Rozróżnienie to ma swoją konsekwencję, która uwidacznia się w sytuacji napięcia między racjami z tekstu prawnego a indywidualnymi przekonaniem. O ile bowiem sumienie rozumiane jako drogowskaz będzie w takiej sytuacji prowadziło częściej do orzekania *contra*

⁶⁴ P. Skuczyński, *Integralność sędziego...*, s. 69.

⁶⁵ J. Zajadło, *Sumienie sędziego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2017, z. 4, s. 40.

⁶⁶ Jerzy Zajadło odnotowuje: „W sumieniu sędziego chodzi bowiem w mniejszym stopniu o wierność własnym indywidualnym poglądom, daleko bardziej chodzi o wierność wartościom leżącym u podstaw demokratycznego państwa prawa”. Zob. J. Zajadło, *Sumienie sędziego...*, s. 33.

legem, w sposób często nieujawniony, o tyle sumienie jako strażnik przyjmie raczej postawę aktywizmu, ale w granicach, które wyznacza pojęcia prawa⁶⁷.

Wydaje się, że przedstawione rozważania o kategorii sumienia można zestawić z rozróżnieniem Richarda Rorty'ego na figury pełnomocnika miłości oraz pełnomocnika sprawiedliwości formalne⁶⁸. Pełnomocnik miłości dąży do bezkompromisowego urzeczywistnienia materialnego ideału sprawiedliwości, który preferuje. Pełnomocnik sprawiedliwości formalnej pomny jest tymczasem, że jego funkcja społeczna wymaga podporządkowania się kryteriom dyskursu. W naszym przekonaniu tego rodzaju zdolność do „przecinania” osobistych fantazji aksjologicznych wiąże się z przedstawionym wcześniej podziałem na sferę publiczną oraz prywatną. Stanowią one dziedziny rzeczywistości społecznej, które dysponują osobnymi słownikami i powinny uszanować wzajemne autonomie⁶⁹. W przypadku sędziów istnieje dość powodów by twierdzić, że realizowanie przez nich prywatnych projektów doskonałości zdeorganizowałoby władzę sądowniczą. Jednocześnie jednak – co trafnie podkreśla figura sumienia jako strażnika – podporządkowanie się pełnionej funkcji publicznej nie oznacza wyparcia pierwiastka twórczego. Aksjologia konstytucyjna nie stanowi bytu, który pozwalałby na ujęcie w optyce podmiot – przedmiot⁷⁰. Jest prawdą, że powinno wzorce zachowania sędziów nie budzą praktycznych wątpliwości przy analizie prostych sytuacji faktycznych. Nie jest na przykład kontrowersyjne stwierdzenie o nagannym charakterze takich sformułowań, wypowiedzianych na sali rozpraw, jak „czemu ma Pan taką przechlaną twarz?”, „czy spadła Pani z księżycy?”⁷¹, etc. Niemniej jednak, kultura nie ma tak stabilnego i uporządkowanego charakteru, aby dyktować „do ostatniego szczegółu” powinno wzorce w zakresie sędziowskiej ekspresji; odciążyć w bardziej skomplikowanych sytuacjach faktycznych. Wydaje się, że właśnie tego rodzaju trudne przypadki miał na myśli Michał Laskowski, gdy w

⁶⁷ Por. J. Zajadło, *Sumienie sędziego...*, s. 36. Zob. także M. Smolak, *Niezawisłość sędziowska a zjawisko aktywizmu sędziowskiego*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawecki, Warszawa 2010, s. 131.

⁶⁸ R. Rorty, *O etnocentryzmie* [w:] R. Rorty, *Obiektywność, relatywizm i prawda*, Warszawa 1999; M. Wojtanowski, *Odczarować zaklęciem? Uwagi na marginesie monografii Rafała Mańko o krytycznej filozofii orzekania*, *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2020, nr 4, s. 126.

⁶⁹ Por. P. Jabłoński, *W stronę postanalizycznej filozofii prawa. O konsekwencjach metafizologii Richarda Rorty'ego*, *Przegląd Prawa i Administracji* 2015, CII, s. 105-107.

⁷⁰ Por. M. Pichlak, *Między aksjologią a ontologią dyskursu konstytucyjnego. Obiektywizacja wartości w prawie*, *Przegląd Prawa i Administracji* 2014, XCVI.

⁷¹ Przykłady pochodzą z badań przeprowadzonych przez S. Burdzieja, zob. *Sprawiedliwość i prawomocność...*, s. 120.

odniesieniu do sędziowskiej ekspresji zestawiał sytuacje niebudzące wątpliwości z obszarami „szarości”⁷².

Pytanie o miejsce indywidualnych przekonań można zatem ująć jako zagadnienie dotyczące polityki konstytucyjnej państwa prawa⁷³. W tym kontekście warto odwołać się do tekstu R. Dworkina poświęconego roli sędziego we współczesnej kulturze Zachodu. Na pytanie zawarte w tytule swojego artykułu *The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count?*⁷⁴ autor *Imperium prawa* odpowiada twierdząco, rozumiejąc przez to, że sędzia nie tylko może, lecz nawet musi angażować swoje osobiste przekonania w proces rozumienia prawa. Po to bowiem aby odpowiedzieć na pytanie czego prawo wymaga, a także – co teraz dla nas kluczowe – jaka jest dokładnie rola sędziego w społeczeństwie, musi on przyjąć, choćby *implicite*, określone rozumienie rzeczywistości kulturowo-politycznej oraz związanych z nią pojęć, takich jak demokracja, czy sprawiedliwość⁷⁵. W świetle rozważań R. Dworkina nie ma wątpliwości, że chodzi tu o osobiste przekonania sędziego na temat tego, co my określamy kulturą polityczno-prawną⁷⁶. Jakkolwiek takie czynniki jak edukacyjna socjalizacja sędziów, czy odpowiedni sposób ich doboru sprawiają, że rzadko znajdują się wśród nich osoby, których poglądy byłyby wyjątkowo radykalne, to poza jakimkolwiek rozsądnym sporem jest, że sędziowie różnią się między sobą pod względem tych poglądów⁷⁷. Z punktu widzenia interesujących nas tu spraw szczególnie istotne jest sprzężenie między kulturą polityczno-prawną a indywidualnym wyczuciem aksjologicznym. Oto bowiem z jednej strony przedmiotem przekonań jest kultura polityczno-prawna (w terminologii Dworkina – „moralność polityczna”), ale z drugiej ustalanie jej treści jest zapośredniczone przez element podmiotowy. Sprawą sędziowskiej uczciwości, rzetelności, ale też i mieszczącej się w granicach poczucia stosowności preferencji będzie to, w jaki sposób treści te będą ustalone. Co więcej, podobnie wydaje się kształtować relacja między indywidualnym poczuciem aksjologicznym a tekstem prawnym i kulturą prawniczą. Również tutaj sposób ustalania elementów niepodmiotowych zapośredniczony jest przez element

⁷² Nawiązujemy tutaj do wypowiedzi M. Laskowskiego, która miała miejsce podczas seminarium na temat wolności ekspresji sędziego, zorganizowanego przez piszących te słowa dnia 16 grudnia 2021 r. (wydarzenie online na platformie Microsoft Teams).

⁷³ J. Zajadło, *Sumienie sędziego...*, s. 40; M. Smolak, *Etyczne problemy aktywizmu sędziowskiego*, [w:] *Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy*, red. H. Izdebski, P. Skuczyński, Warszawa 2008, s. 121 i n.

⁷⁴ R. Dworkin, *The Judge's New Role: Should Personal Convictions Count?*, *Journal of International Criminal Justice* 2003, nr 1.

⁷⁵ R. Dworkin, *The Judge's...*, s. 8.

⁷⁶ R. Dworkin, *The Judge's...*, s. 9.

⁷⁷ R. Dworkin, *The Judge's...*, s. 8-9.

podmiotowy. Warto przy tym dodać, że akcentowana przez R. Dworkina idea integralności prawa dostarcza istotnego argumentu na rzecz zarysowanego wyżej ujmowania sędziowskiego sumienia jako strażnika.

Zakończenie

Zadanie hermeneutyczne polegające na ujęciu problemu wolności ekspresji sędziego w ramach zaproponowanej struktury granic (kultura polityczno-prawna, tekst prawny, kultura prawnicza, indywidualne wycucie aksjologiczne) prowadzi do wniosku o braku samowystarczalności traktowanych z osobna czynników. Kultura polityczno-prawna, chociaż stanowi pierwotną faktyczność względem pozostałych elementów struktury, wymaga dalszej operacjonalizacji. Jej niekonkluzywność – niedająca się uniknąć także w stabilniejszych okresach historycznych – stanowi obecnie wzmożony problem ze względu na dokonujące się przewartościowania. Kolejna z granic, tekst prawa, dekretuje potencjalnie kolizyjne dążenia, „przerzucając” ciężar ich odpowiedniego wyważenia na pozostałe czynniki. Z kolei kultura prawnicza, jak przekonywaliśmy, koncentruje się w znacznym stopniu na negatywnych punktach odniesienia; konsens dotyczy raczej tego, kim sędzia być nie powinien. To wkład istotny, niezapewniający jednak bynajmniej mirażu pełnego odciążenia sędziego, który rozważa dopuszczalność określonej ekspresji. Ostatnia z granic, indywidualne wycucie aksjologiczne, stanowi ważkie dopełnienie, co uwidacznia się zwłaszcza w bardziej złożonych sytuacjach faktycznych. Należy jednak podkreślić, że w świetle przedstawionej propozycji teoretycznej indywidualne wycucie nie może być czynnikiem samoistnym, bowiem poprzednie granice w istotnym stopniu strukturyzują myślenie sędziego.

Na gruncie prowadzonych wyżej rozważań warto spojrzeć na problematykę sędziowskiej wolności wypowiedzi przez pryzmat dobrze zakorzenionego w prawoznawstwie rozróżnienia między łatwym a trudnym przypadkiem stosowania prawa. Adaptując tę typologiczną dychotomię do przyjętej przez nas struktury można uznać, że o łatwym przypadku należy mówić wtedy, gdy pierwsze trzy granice nie pozostawiają poważniejszych wątpliwości co do poprawnej odpowiedzi na określone pytanie prawne. Jak staraliśmy się wyżej pokazać, w sytuacjach takich nie tyle negujemy znaczenie indywidualnego wycucia aksjologicznego, ile raczej przyjmujemy, że jego rola sprowadza się do odpowiedniego ustalenia wymogów pozostałych granic. Łatwe

przypadki to zatem te, w których rozsądnych wątpliwości nie będzie, jeśli tylko wymogi prawa będą interpretowane w sposób dostatecznie rzetelny i profesjonalny. Na gruncie interesującej nas problematyki jest jasne, że sędzia nie powinien przyjmować takich ról jak: polityczny aktywista, realizujący interesy partyjne określonej siły społecznej, wizjonerski moralista, narzucający własne fantazje aksjologiczne podśadnym i opinii publicznej, czy wreszcie odizolowany od społeczeństwa mieszkawiec „szklanej wieży”, szukający legitymizacji swojego orzekania w dostojnym milczeniu wobec polityczno-społecznej codzienności. Jasne jest też, że cała sfera zachowań lokuje się poza tym, na co sędzia może sobie pozwolić: nie może on obrażać uczestników postępowania, nie może zapominać o dobru reprezentowanego przez siebie wymiaru sprawiedliwości, kiedy zabiera publicznie głos, nie może lekceważyć znaczenia formy wypowiedzi itd.

Warto przy tym podkreślić, że wspomniana wyżej sytuacja łatwych przypadków, a więc takich w których kultura polityczno-prawna, tekst prawny i kultura prawnicza dostarczają precyzyjnej odpowiedzi na pytanie prawne nie wynika z konkluzywności każdej z tych granic branej z osobna, lecz z zachodzących między nimi sensotwórczych interakcji. Innymi słowy, rozwiązanie poszczególnych nasuwających się problemów są nie tyle sprawą znalezienia odpowiedniej granicy, ile interpretacyjnego ruchu między tymi granicami. Na przykład, poruszana przez nas alternatywa między ujmowaniem sędziego jako zwykłego obywatela, którego wolność ekspresji jest ograniczana wprowadzonymi wyjątkami, a ujmowaniem jego jako obywatela szczególnej kategorii, którego wolność ekspresji ma charakter raczej wyjątku niż reguły, może wydawać się realnym dylematem tylko na gruncie samego tekstu prawnego, rozpatrywanego w izolacji względem kultury polityczno-prawnej i prawniczej. Jeśli bowiem spojrzeć na ten problem z punktu widzenia wartości kultury liberalnej, w tym pierwszorzędno znaczenia wolnej debaty oraz równego traktowania wszystkich ludzi, a także przez pryzmat tradycji jurydycznej (w tym orzecznictwa dotyczącego artykułu 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, zwłaszcza zaś relacji między pierwszym i drugim paragrafem tego artykułu), to jest jasne, że jedynym poprawnym rozwiązaniem jest to, które przyjmuje że wolność ekspresji sędziego jest zasadą, zaś wprowadzane do niej ograniczenia wyjątkami.

Oprócz tak rozumianych łatwych przypadków, czy też – nieco szerzej – „łatwych pytań”, występują również przypadki trudne, przy czym w świetle przyjętej przez nas optyki będziemy o

nich mówić wtedy, gdy rola indywidualnego wycucia aksjologicznego nie sprowadza się do samego tylko poprawnego ustalenia wymogów kultury polityczno-prawnej, tekstu prawnego i kultury prawniczej. Wydaje się, że tak ujmowane trudne przypadki występują w co najmniej dwóch typach sytuacji. Pierwszy z nich łączy się z relacją dopełniania i polega na tym, że indywidualne wycucie aksjologiczne jest konieczne do tego, by dookreślić znaczenie wymogów wynikających z pozostałych granic w odniesieniu do danej konkretnej sytuacji, jeśli w jej kontekście treść i aplikacja tych wymogów nie jest oczywista. Są to zatem wspomniane wcześniej – w nawiązaniu do wypowiedzi M. Laskowskiego – „odcienie szarości”, sytuacje w których sędzia skazany jest na własne wycucie, gdyż inne wyróżniane przez nas czynniki nie dają mu jednoznacznej odpowiedzi. Drugi z typów trudnych przypadków łączy się z relacją korekty i polega on na tym, że indywidualne wycucie aksjologiczne skłania do przełamania wyników którejs z wcześniejszych granic. Jest to sytuacja wyjątkowa, ale nie można jej całkowicie wykluczyć o tyle, o ile sędzia może sprzeciwić się niektórym praktykom przyjętym w kulturze prawniczej (albo w jakiejś jej części) lub też może odrzucić literalne odczytanie tekstu prawnego na rzecz wykładni rozszerzającej, czy zwężającej.

Sygnalizowany wyżej kilkakrotnie problem kryzysu konstytucyjnego w Polsce, wpisującego się w szersze procesy kontestowania liberalno-demokratycznej kultury polityczno-prawnej, pozwala wyróżnić jeszcze jeden element w proponowanej strukturze, który można określić mianem „relacji pierwotnego wyboru”⁷⁸. Najogólniej mówiąc, chodzi tu o pewien mniej lub bardziej świadomy – wszakże dający się analitycznie wyróżnić – moment akceptacji lub odrzucenia podstawowych treści tej kultury. Gdy kontestacja taka przekracza wymiar indywidualny i staje się realnie działającą siłą polityczną, dochodzi do dodatkowej komplikacji w aplikowaniu wartości danej kultury polityczno-prawnej.

Na koniec odnotujmy jeszcze jakie zadania badawcze rysują się na gruncie przedstawionych rozważań. Wydaje się, że główna praca jaka jest na tym polu badawczym do wykonania łączy się z trudnymi przypadkami stosowania prawa. Z jednej więc strony chodzi to o rozpoznawanie i porządkowanie wspomnianych „odcieni szarości”, przy czym mogą być one badane na poziomie normatywno-teoretycznym, lecz również na poziomie empirycznym, koncentrującym się wokół społecznego odbioru różnych zachowań sędziowskich. Z drugiej natomiast strony przedmiotem badań powinny pozostać miejsca napięć i niespójności między

⁷⁸ Zob. M. Wojtanowski, *Strategiczna litygacja...*, zwł. s. 11.

poszczególnymi granicami, a więc te obszary interesującej nas problematyki, które mogą być miejscem zaistnienia relacji korekty. Jeśli przyjąć sygnalizowaną wyżej relację pierwotnego wyboru i nie traktować jej jako pewnego szczególnego przypadku relacji korekty, to być może należy wyodrębnić też trzecie zadanie badawcze, tj. pewnego rodzaju zaangażowanie w spór o kształt kultury polityczno-prawnej.