

## (Nie) zdeterminowane orzekanie *ex aequo et bono*?

### Wstęp

Znakomita część międzynarodowych aktów prawnych regulujących zarówno prawno-publiczne jak i prawno- prywatne procedury arbitrażowe zawiera przepis przewidujący możliwość orzekania na podstawie *ex aequo et bono*.<sup>1</sup> Praktyka pokazuje, że taka możliwość jest sporadycznie wykorzystywana.<sup>2</sup> Jeżeli strony decydują się na takie postępowanie, to zazwyczaj przynosi ono praktyczne i efektywne rozwiązania. Ograniczone zastosowanie takich przepisów wydaje się wynikać z powszechnie panującego przekonania o niezeterminowaniu koncepcji '*ex aequo et bono*'. Lęk jest szczególnie wyraźny w krajach o kontynentalnych systemach prawnych, gdzie pozytywistyczne myślenie o konieczności dookreślonego prawa i ścisłego przestrzegania zasady trójpodziału władz jest ugruntowane wieloletnią tradycją. Takie obawy są jednak niesłuszne. Celem niniejszej pracy jest ukazanie, że jest to dobrze zdefiniowana przez przepisy i doktrynę instytucja prawna. Co więcej, nawet jeśli definicje tworzone przez przepisy i praktykę budzą obawy niedookreślenia, to w sukurs może przyjść filozofia prawa. Zatem opisywana koncepcja nie tylko opiera się zarzutowi niedookreśloności, ale również, jak pokazuje praktyka, dostarcza efektywnych rozwiązań.<sup>3</sup> Niniejsza praca jest złożona z dwóch części. Pierwsza z nich zawiera regulacje prawne i definicje tworzone przez dogmatyków prawa. Druga część z kolei dostarcza zaplecza filozoficznego dla stosowania *ex aequo et bono*. Rozpocznijmy zatem rozważania od przeglądu relewantnych przepisów.

### Regulacje dotyczące orzekania *ex aequo et bono*

Międzynarodowe akty prawne zawierają sporo częściowo ujednoczonych regulacji dotyczących *ex aequo et bono*. Występują one zarówno w regulacjach arbitrażu prywatnego jak i publicznego a także np. w statucie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS).

*Ex aequo et bono* to elastyczne pojęcie, stosowane ponad granicami podziałów metod regulacji prawnych w zależności od udziału czynnika państwowego. Rozpocznijmy analizę

---

<sup>1</sup> Przegląd przepisów zawiera część pierwsza niniejszej pracy.

<sup>2</sup> Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości nigdy nie orzekał wyłącznie w oparciu o *ex aequo et bono*.

<sup>3</sup> Orzekania *ex aequo et bono* nie należy mylić z anglosaskim orzekaniem na zasadach słuszności.

od przepisów arbitrażu komercyjnego. Artykuł drugi Reguł Arbitrażowych ICC otrzymał następujący kształt:

- 1) Strony mogą ułożyć się co do wyboru prawa stosowanego przez trybunał wobec materii spornej. W razie braku takiej umowy, trybunał zastosuje prawo, które uzna za właściwe.
- 2) Trybunał bierze pod uwagę wszelkie postanowienia umów pomiędzy stronami oraz relewantne zwyczaje handlowe.
- 3) Trybunał może przyjąć rolę *amiabile compositeur* lub orzekać w oparciu o zasady *ex aequo et bono* tylko za zgodą stron. (tłum. Autora) <sup>4</sup>

Artykuł drugi punkt trzeci wyraźnie wskazuje, że wybór takiego orzekania musi być decyzją stron. Doktryna oraz praktyka przyjmuje, że zgoda musi mieć wyraźny charakter. Niedopuszczalne jest domniemanie zgody stron co do orzekania w oparciu o *ex aequo et bono*. Taka 'zgoda' jest postrzegana jako wadliwa. Co więcej niemożliwe jest autonomiczne wyrażenie zgody przez sam panel arbitrów na takie postępowanie. Zatem taka podstawa orzekania jest postrzegana jako wyjątek albo dodatek do wyboru prawa właściwego. (Trakman, 2008)

Z kolei artykuł dwudziesty szósty Europejskiej Konwencji o Pokojowym Rozstrzygnięciu Sporów podpisanej w Strasburgu 29 kwietnia 1957 roku stanowi:

„Jeżeli strony nie postanowią inaczej, Trybunał może orzekać *ex aequo et bono* mając na uwadze ogólne zasady prawa międzynarodowego oraz szanując umowne zobowiązania stron i ostateczne decyzje trybunałów międzynarodowych, które są dla stron wiążące.” (tłum. Autora)<sup>5</sup>

Powyższy przepis *explicite* wskazuje, że ramy omawianego orzekania są ściśle ograniczone. Bowiem obszar i materia orzekania, nie mogą pozostawać w sprzeczności z ogólnymi

---

<sup>4</sup> “1) The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.

2) The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages.

3) The arbitral tribunal shall assume the powers of an *amiabile compositeur* or decide *ex aequo et bono* only if the parties have agreed to give it such powers.”

<sup>5</sup> “If nothing is laid down in the special agreement or no special agreement has been made, the Tribunal shall decide *ex aequo et bono*, having regard to the general principles of international law, while respecting the contractual obligations and the final decisions of international tribunals which are binding on the parties.”

zasadami prawa międzynarodowego, zobowiązaniami stron podjętymi na podstawie umów czy ostatecznymi decyzjami trybunałów międzynarodowych, które wiążą strony. Taki katalog ograniczeń wydaje się być wystarczająco szeroki, aby zagwarantować spójność podjętej decyzji z resztą porządków prawnych, w których będzie ona funkcjonować. W takich granicach władza arbitrów pozostaje nieograniczona. Nie oznacza to jednak zupełnej dowolności co postaram się wykazać w pozostałej części niniejszego tekstu.

Podobne restrykcje zawiera artykuł 33 regulaminu arbitrażowego redagowanego przez UNCITRAL:

„1. Trybunał powinien stosować prawo materialne wskazane przez strony. Jeżeli strony nie wskażą preferowanego prawa, trybunał zastosuje prawo wynikające z reguł kolizyjnych, które uzna za właściwe.

2. Trybunał orzeka jako *amiable compositeur* lub *ex aequo et bono* tylko za wyraźną zgodą stron oraz jeżeli procedura arbitrażowa na to pozwala.

3. W każdym przypadku, trybunał powinien decydować w zgodzie z postanowieniami umowy oraz powinien brać pod uwagę zwyczaje handlowe mające zastosowanie do transakcji.”<sup>6</sup>

Analogicznie do artykułu 26 wyżej wspomnianej konwencji regulamin UNCITRAL ogranicza dyskrecję arbitrów próbując zagwarantować spójność podjętej decyzji z porządkami normatywnymi, w których ma ona docelowo funkcjonować.

Orzekanie *ex aequo et bono* jest także możliwe w ramach procedur arbitrażowych, w których obecny jest element publiczno-prawny. Artykuł czterdziesty drugi ICSID<sup>7</sup> stanowi:

„1. Trybunał rozstrzyga spory na podstawie prawa wybranego przez strony. W braku takiego wyboru, trybunał zastosuje prawo państwa-strony (także jego reguły kolizyjne) oraz reguły prawa międzynarodowego, które znajdują zastosowanie.

2. Trybunał nie może orzec non-liquet na podstawie milczenia lub niejasności prawa.

---

<sup>6</sup> 1. The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.

2. The arbitral tribunal shall decide as *amiable compositeur* or *ex aequo et bono* only if the parties have expressly authorised the arbitral tribunal to do so and if the law applicable to the arbitral procedure permits such arbitration.

3. In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.”

<sup>7</sup> the convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states

3. Punkty 1 i 2 nie pozbawiają Trybunału mocy orzekania *ex aequo et bono* jeśli strony wyrażą na to zgodę.”<sup>8</sup>

Regulacja ICSID jest tym bardziej intrygująca, że dopuszcza możliwość wyrażenia przez strony zgody na orzekanie *ex aequo et bono* nawet jeśli trybunał już rozpoczął procedowanie na podstawie reguł właściwego prawa. Jest to zatem wyraźny sygnał normodawcy, że uważa taką możliwość za cenną i maksymalnie liberalizuje reguły jej zastosowania. (Trakman, 2008) Co więcej, możliwość orzekania w oparciu o *ex aequo et bono* zawiera statut najbardziej wyeksponowanego na arenie międzynarodowej organu ONZ jakim jest Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS). Artykuł 38 Statutu MTS otrzymał następujący kształt:

„1. Trybunał, którego zadaniem jest orzekać na podstawie prawa międzynarodowego w sporach, które będą mu przekazane, będzie stosował:

- a) konwencje międzynarodowe, bądź ogólne, bądź specjalne, ustalające reguły, wyraźnie uznane przez państwa spór wiodące;
- b) zwyczaj międzynarodowy, jako dowód istnienia powszechnej praktyki, przyjętej jako prawo;
- c) zasady ogólne prawa, uznane przez narody cywilizowane;
- d) z zastrzeżeniem postanowień artykułu 59, wyroki sądowe tudzież zdania najznakomitszych znawców prawa publicznego różnych narodów, jako środek pomocniczy do stwierdzania przepisów prawnych.

2. Postanowienie niniejsze nie stanowi przeszkody, aby Trybunał mógł orzekać *ex aequo et bono*, o ile strony się na to zgadzają.”

Z punktu widzenia niniejszych rozważań interesujący jest punkt drugi. Co ciekawe, MTS nigdy jeszcze nie orzekał wyłącznie na tej podstawie. Była ona stosowana jedynie pomocniczo w połączeniu z innymi podstawami orzekania. Taki stan rzeczy wydaje się być emanacją obaw związanych z niedookreśleniem takiej podstawy orzekania. Panuje bowiem przekonanie, że opisywane działanie powoduje zachwianie zasadą trójpodziały władzy – kompetencje legislatora zostają częściowo przejęte przez sąd, który tworzy nowe rozwiązania, co niebezpiecznie zbliża się do prawotwórczego działania. (Trakman, 2008) Takie

---

<sup>8</sup> “(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

(2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree.”

przekonanie wydaje się być nieuzasadnione. Przejdźmy zatem do definiowania i filozoficznych ujęć *ex aequo et bono*.

### **Definiowanie *ex aequo et bono***

Regulacje prawne nie zawierają definicji omawianego pojęcia. Można ją znaleźć w słownikach pojęć prawnych. Black's Law Dictionary definiuje to jako orzekanie:

„w sprawiedliwości i uczciwości; zgodnie z tym co słuszne i dobre; zgodnie z równością i racjonalnością” (tłum. Autora)<sup>9</sup>

Standardowy zarzut polega na postrzeganiu powyższej definicji jako amalgamatu nieostrych pojęć. Celem niniejszej pracy jest wykazanie, że z pozoru nieostre pojęcia użyte do definiowania orzekania *ex aequo et bono* znajdują interesującą i dużo bardziej dookreśloną definicję na gruncie filozoficzno-prawnym.

Obawy kierowane wobec orzekania *ex aequo et bono* często opierają się na kwestii kontrastowania takiego ujęcia z regułami słuszności w common law. Główny zarzut polega na tym, że o ile zasady słuszności pozostają do pewnego stopnia skodyfikowanym systemem, o tyle *ex aequo et bono* to podejmowanie decyzji w oparciu o moralne, społeczne czy polityczne czynniki pozostające poza obrębem prawa.<sup>10</sup> Teoretyk prawa nie może zgodzić się z tak kategoryczną tezą z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, rozstrzygnięcie trudnych przypadków (ang. hard cases) bardzo często jest efektem ważenia argumentów moralnych czy politycznych. Ujmując problem w kategoriach kontynentalnych, jeśli wykładnia językowa i systemowa zawiodą, to spojrzenie funkcjonalne bardzo często odwołuje się do tego typu pozaprawnych argumentów. Dobrze ilustruje tę kwestię słynne orzeczenie z 1889 roku *Riggs vs Palmer*.<sup>11</sup> (Marmor, 2014) Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest konieczność pogodzenia się z faktem, że całkowity rozdział prawa i moralności nie jest możliwy. Racje moralne były, są i będą elementem rozumowań sędziowskich. Teorie, które postulowały całkowity rozdział prawa i moralności pozostają cennym eksperymentem myślowym, uświadamiającym zagrożenia mogące wypływać z nadmiernego inkorporowania racji

---

<sup>9</sup> “in justice and fairness; according to what is just and good; according to equity and conscience”. (557, 6<sup>th</sup> edition 1990) Z kolei edycja ósma z 2004 zawiera częściowo inną definicję: „ex aequo et bono [Latin] According to what is equitable and good. A decision-maker (esp. in international law) who is authorized to decide ex aequo et bono is not bound by legal rules and may instead follow equitable principles (...)”.

<sup>10</sup> “Whereas equity is part of an applicable legal system, notions of equality associated with ex aequo et bono are deemed to reside in a moral, social, or political realm that is external to the law.” (Trakman, 2008, p. 634)

<sup>11</sup> [http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs\\_palmer.htm](http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm), accessed 29.05.2015r.

moralnych do prawa. Nie sposób jednak wskazać wśród współczesnych systemów prawnych choć jednego, który przestrzegałby całkowicie tego rozdziału.

Po drugie, nie każde stanowisko z punktu widzenia filozofii prawa zakłada a priori eliminację tego typu argumentacji. Argumenty przede wszystkim moralne, w mniejszym stopniu społeczne czy polityczne nie są odrzucane przez pozytywistów inkluzywistów<sup>12</sup>. Takie stanowisko bowiem wręcz zakłada ich celowość dla poprawnego i naturalnego funkcjonowania systemu prawnego. Inkluzywiści podkreślają, że tam gdzie prawo wyraźnie wskazuje, że decyzja sędziego ma być oparta o racje moralne, ich zastosowanie jest całkowicie uzasadnione. (Green, 2009) Kategoryczne odrzucenie takich argumentów pozostaje domeną ekskluzywistów. (Dyrda, 2013) (Hart, 2012) Zatem można budować spójne teorie systemów prawnych, które inkorporują tego typu racje.

Reasumując, kontrastowanie orzekania na podstawie reguł prawa i na podstawie *ex aequo et bono* w oparciu o stosowanie racji moralnych, poza-prawnych jedynie w drugiej metodzie orzekania jest nieuzasadnione. Co więcej, występowanie predykatów moralnych w wyrażeniu '*ex aequo et bono*' nie musi oznaczać, w każdym wypadku, sięgania po argumenty stricte moralne. Możliwe jest bowiem argumentowanie w oparciu o tzw. pozytywną moralność, czyli pewną praktykę wykształconą w danym społeczeństwie.<sup>13</sup> Takie uzasadnienie decyzji jest już bardzo bliskie pozytywistycznemu sercu, gdyż ma swoje źródło w faktach społecznych. (Green, 2009)

Co więcej, orzekanie *ex aequo et bono* poprzez użycie argumentów moralnych czy politycznych wcale nie musi mieć niezdeterminowanego charakteru. Jeśli bowiem, jak sugeruje np. Trakman, ma ono charakter rozumowania praktycznego, to jest to kategoria dobrze zdefiniowana na gruncie filozoficzno-prawnym. Polega ona na doborze odpowiednich racji spośród palety praktycznych możliwości.<sup>14</sup> Stanford Encyclopedia of Philosophy podaje następującą definicję rozumowania praktycznego:

„Rozum praktyczny to ogólna umiejętność ludzka aby ważyć racje za tym co powinno się czynić. Takie rozważanie jest praktyczne pod co najmniej dwoma względami. Po pierwsze

---

<sup>12</sup> Przedstawicielami inkluzywnego pozytywizmu pozostają m. in. W. Waluchow (stworzył to pojęcie), D. Lyons, J. Coleman etc.: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>, accessed 29.05.2015

<sup>13</sup> 'positive morality, i.e. to the moral customs actually practiced by a given society, and no one denies that positive morality may be a source of law.' In <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>, accessed 29.05.2015

<sup>14</sup> "the decision-maker is bound neither to apply nor to disregard the law as a matter of principle, but to exercise discriminating judgment on the practical reasons by which to decide each case." (Trakman, 2008)

jego przedmiot jest praktyczny, ponieważ jest związany z działaniem. Po drugie, jest praktyczny w swoich konsekwencjach, ponieważ refleksja na temat działania jest tym co sprawia, że ludzie działają.” (tłum. Autora).<sup>15</sup>

Sama definicja mogłaby doprowadzić czytelnika do wniosku, że paleta możliwych racji nie jest w żaden sposób zawężana i prowadzi do wspomnianego już niepokoju odnośnie niedookreślenia tego typu decyzji. Należy jednak wziąć pod uwagę dodatkowy czynnik jakim jest kontekst prowadzonego rozumowania. Każda bowiem sprawa, w której konieczne jest podjęcie decyzji w oparciu o *ex aequo et bono* to pewien podzbiór czynników kontekstowych. Czynniki te w drastyczny sposób zawężają gamę możliwych racji praktycznych. Wybór pomiędzy kontekstowo wyselekcjonowanymi racjami jest już kwestią dyskrecji arbitrów. Dyskrecja taka nie oznacza jednak dowolności. Zatem arbiter musi w ramach pewnego kontekstu orzec co będzie słuszne i dobre dla obu stron na podstawie obranych praktycznych racji. Racji, które wydadzą mu się najodpowiedniejsze z punktu widzenia pewnych kryteriów, które są podzielane przez strony. Trakman ujmuje ten proces jako sukcesję następujących etapów:

„Tym co kieruje decydowaniem na podstawie *ex aequo et bono* jest potrzeba: (i) oceny sytuacji w świetle kontekstu relacyjnego a nie in abstracto; (ii) stworzenie słusznego i sprawiedliwego rozwiązania dla obu stron; (iii) wzięcie pod uwagę szerszego kontekstu konwencyjnego oraz zwyczajów i praktyk stron; (iv) sprawne podjęcie decyzji; (v) dotarcie do transparentnych wyników, które w bezstronny sposób regulują sytuację stron.”<sup>16</sup>

Orzekanie na podstawie *ex aequo et bono* ma zatem usystematyzowany charakter. Po pierwsze decydent musi dokonać szczegółowej analizy kontekstu orzekania. Po drugie, za pomocą rozumowania praktycznego powinien dotrzeć do relewantnych racji, które stworzą

---

<sup>15</sup> “Practical reason is the general human capacity for resolving, through reflection, the question of what one is to do. Deliberation of this kind is practical in at least two senses. First, it is practical in its subject matter, insofar as it is concerned with action. But it is also practical in its consequences or its issue, insofar as reflection about action itself directly moves people to act.” Wallace, R. Jay, "Practical Reason", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/practical-reason/>>

<sup>16</sup> “Guiding the application of *ex aequo et bono* decision-making is the need: (i) to evaluate it in light of each relational context and not in the abstract; (ii) to encompass within it “fairness” between the parties in their circumstances; (iii) to embody in relation to the parties an assessment of the wider context of conventions, customs and usages, including legal usages that impinge upon the practices of those parties; (iv) to engage in an expeditious process of decision-making; and (v) to arrive at results that are transparent and evenhanded in their treatment of the parties.” (Trakman, 2008)

dobrze rozwiązanie. (Rodriguez-Blanco, 2014) Wreszcie, musi on zagwarantować spójność rozwiązania z pozostałą częścią systemu prawnego.

Ostatnim elementem, który może wydawać się niedookreślony poprzez swój dyskrejonalny charakter jest dobór praktycznej racji, która przesądzi o takim a nie innym kształcie decyzji. Innymi słowy, niejasne może pozostawać w świetle powyższych rozważań w jaki sposób decydent określi co jest sprawiedliwe i dobre w danej sytuacji. Na gruncie filozoficznym ilustruje to proces obierania konkretnej postawy wobec użycia predykatu moralnego.

### **Pojęcia sprawiedliwości i dobra w ramach *ex aequo et bono***

Na gruncie filozofii języka oraz filozofii moralnej interesującym zjawiskiem pozostają takie wyrażenia wartościujące jak: dobry, zły, słuszny, niesłuszny, sprawiedliwy, bezstronny, odważny, tchórzliwy itd. Takie wyrażenia mają bądź to hybrydowy charakter: są deskryptywno-wartościujące, bądź czysto wartościujące. Pierwsze z nich o hybrydowym zabarwieniu są określane w literaturze jako tzw. *thick terms*. (Kirchin, 2013) Popularnym przykładem jest ‘odważny’, który łączy w sobie deskrypcję czyli zachowanie wymagające pokonania strachu i ewaluację czyli pozytywne wartościowanie danego zachowania. Pojęcie ‘dobry’ z kolei wydaje się mieć o tyle jednolity charakter o ile jego głównym składnikiem jest pozytywne wartościowanie. Jest on w literaturze określany mianem ‘*thin term*’. (Kirchin, 2013) Zawartość wartościująca wyrażen języka naturalnego budzi wiele kontrowersji. Kluczową kwestią jest rozstrzygnięcie czy jest ona częścią semantyki języka (konwencjonalnego znaczenia słów) czy raczej pragmatyki (kontekstowo zależnej zawartości). Taka kontrowersja wynika przede wszystkim z innego spornego zagadnienia: czy treść wartościująca może być postrzegana w kategoriach prawdy lub fałszu. Odpowiedź na tak postawione pytanie wynika z przyjętych założeń dotyczących istnienia bądź nieistnienia własności moralnych. Realisci twierdzą, że wyrażenia języka prowadzą do pojęć moralnych, które wskazują na istniejące w świecie własności moralne. Z kolei anty-realisci forsują odwrotną tezę. Dodatkowo zdania podzielone są pomiędzy kognitywistów i non-kognitywistów. Kognitywiści uważają, że zdania zawierające wyrażenia wartościujące wyrażają sądy. W konsekwencji możemy im przypisać wartość prawdy lub fałszu. Z kolei non-kognitywiści, odmawiają zdaniom zawierającym predykaty moralne statusu sądów. Taka dychotomia nakłada się na kontrowersję dotyczącą tego czy używając pojęć moralnych jedynie przytaczamy czy też wyrażamy nasze postawy wartościujące wobec konkretnego zjawiska, które komentujemy. Jeżeli przytaczamy te postawy, to nasze mówienie ma



charakter sprawozdawczy i jest jak najbardziej możliwe do oceny w kategoriach prawdy czy fałszu. Wszak zawsze możemy kłamać. (Jackson and Petit, 1998) Natomiast, jeśli nasze działanie lingwistyczne jedynie wyraża postawy, to trudno oceniać wartości w kategoriach prawdy lub fałszu. Spora część badaczy opowiada się za drugą propozycją - dlatego pojawia się szereg pytań. Jeżeli jedynie wyrażamy postawy to jak to jest możliwe, że za pomocą jednego wyrażenia językowego przekazujemy częściowo zawartość deskryptywną a częściowo ewaluatywną? Innymi słowy, wyrażamy sąd, który tylko częściowo może być oceniany w kategoriach prawdy lub fałszu? Czy zatem posługujemy się dwoma różnymi semantykami? Niekoniecznie. Jeżeli bowiem zawartość wartościująca wyrażen językowych i przypisanych im pojęć oraz ewentualnie własności jest dostarczana pragmatycznie, to możemy budować spójną teorię non-kognitywistyczną. Taką ofertę proponują hybrydowi ekspresywiści<sup>17</sup>. Zgodnie z takim ujęciem zawartość wartościująca jest implikowana w sensie P. Grice'a. (Grice, 1975) Ponieważ treść implikatury nie wpływa na warunkowo-prawdziwościową zawartość wypowiedzianego zdania, możemy w spójny sposób używać języka moralnego. Rozważmy następujący przykład:

(I) Nawet filozofowie są nudni.

Zdanie (I) implikuje, że:

a) na subiektywnej skali prawdopodobieństwa (filozofowie są nudni) ma niższe prawdopodobieństwo niż (N jest nudny) dla jakiegokolwiek N w kontekstowo zdeterminowanym zbiorze

b) Inni są nudni

Warunki a) i b) nie są częścią warunków prawdziwości wypowiedzianego zdania (I). Jest tak ponieważ nawet jeśli implikatura jest fałszywa, to nie możemy powiedzieć, że:

(II) To nieprawda, że filozofowie są nudni

Bowiem filozofowie rzeczywiście są nudni, natomiast nie jest to mniej prawdopodobne niż nudność innych profesji. (Bach, 2006) (Barker, 2000)

Zatem dla hybrydowych ekspresywistów takich jak Stephen Barker thin terms zachowują się jak wyrażenia okazjonalne, o konwencjonalnie implikowanym charakterze. Są one funkcją o argumentach w postaci postaw i wartościach w postaci własności.

Kolejną z pozoru wątpliwą kwestią jest charakter implikatury konwersacyjnej dla wyrażen wartościujących. Niejasnym pozostaje czy ma ona charakter konwencjonalny czy

---

<sup>17</sup> Ekspresywiści uznają istnienie własności moralnych, ale równocześnie zaprzeczają możliwości przypisania zdaniom zawierającym predykaty moralne wartości prawdy lub fałszu.

konwersacyjny w sensie P. Grice'a. Sam status implikatury konwencjonalnej jest w literaturze wątpliwy. (Bach, 1999) Dodatkowo, Stephen Finlay przedstawia dwa kontrargumenty przeciwko konwencjonalnej tezie Barker'a. Po pierwsze, aby uzyskać własność musimy najpierw zastosować funkcję. Zatem konieczna jest pierwotna znajomość postawy wobec poznania własności. W konsekwencji, aby zrekonstruować pełny sąd z wypowiedzi potrzebujemy własności. Własności, którą uzyskujemy dzięki znajomości implikowanej postawy. W ten sposób warunki prawdziwości implikowanego sądu zaczynają być częścią warunków prawdziwości sądu rekonstruowanego za pomocą wypowiedzianego zdania. Powracamy do konkluzji, którą chcieliśmy uniknąć. Na gruncie koncepcji P. Grice'a powinno być dokładnie odwrotnie – znajomość warunków prawdziwości sądu rekonstruowanego z wypowiedzianego zdania powinna umożliwić znajomość warunków prawdziwości sądu implikowanego. Po drugie, takie ujęcie nie pozwala na rozróżnienie własności moralnej i tego co sprawia, że dane zjawisko ma taką a nie inną własność. Rozważmy przykład:

(III) To rozwiązanie jest dobre.

Teoria której poszukujemy powinna nam wyjaśnić dlaczego i z punktu widzenia jakich kryteriów mamy pozytywną postawę wobec czegoś co jest dobre. Abstrakcyjna własność dobra nie jest praktycznie interesująca. Powinniśmy raczej poszukiwać kryteriów, zgodnie z którymi wyrażamy aprobowaną postawę wobec własności. Innymi słowy, ciekawsze i przydatniejsze jest poszukiwanie takich kryteriów, które pozwalają nam uznać jakąś własność za dobrą.

W celu uniknięcia powyższych kontrargumentów i utrzymania spójności rozumowania można uznać zawartość wartościującą predykatów moralnych za implikaturę konwersacyjną. Aby uzasadnić kryterialny charakter takich predykatów lepszą formalizacją dlań wydaje się być pojęcie relacji zamiast funkcji. Taka teoria opiera się na kilku założeniach. Po pierwsze, moralne czy normatywne własności (z własnością bycia dobrym włącznie) są relacyjnymi własnościami. Po drugie, takie relacje występują pomiędzy pewną klasą obiektów, standardów, działań, stanów rzeczy itd., które posiadają taką własność. Po trzecie, wymienione obiekty w pewnym sensie spełniają lub nie relacyjne standardy. Wreszcie, przynajmniej niektórzy ludzie czasami są motywowani takimi standardami. (Finlay, 2005, p. 9) (Copp, 2006)

Hipotezę o konwersacyjnym charakterze zawartości wartościującej wydaje się potwierdzać struktura implikatury. Implikatury wartościujące wydają się bowiem odwoływalne, tzn. można im *explicite* zaprzeczyć. Stephen Finlay ilustruje takie stwierdzenie przypadkiem amoralisty, który w sposób szczery formułuje wypowiedzi z użyciem predykatów

wartościujących, ale bez wyrażenia odpowiedniej postawy, niejako obojętnie. Zatem jeżeli audytorium ma świadomość iż wypowiada się amoralista lub amoralista sam wyjaśni, że nim jest, to implikowane wartościowanie zostanie odwołane:

(IV) To rozwiązanie jest niesłuszne, ale jestem amoralistą.

Konwersacyjne implikatury wartościujące nie są natomiast odrywalne, tzn. użycie innego predykatu o podobnym znaczeniu nie powoduje ich zniknięcia:

(V) To rozwiązanie jest niesłuszne.

(VI) To rozwiązanie jest niewłaściwe moralnie.

Ich struktura jest zatem analogiczna do struktury standardowej implikatury konwersacyjnej. (Fletcher, 2015)

### **Podsumowanie – mechanizm orzekania *ex aequo et bono***

W wyniku powyższych rozważań dysponujemy już wystarczającym arsenalem pojęciowym aby skonstruować mechanizm wyjaśniający proces orzekania w oparciu o *ex aequo et bono*. Przede wszystkim orzekający musi określić jakie praktyczne racje mogą znaleźć zastosowanie w danej sprawie. Aby zawęzić dowolnie szeroką paletę możliwości, konieczna jest znajomość czynników kontekstowych, w których konieczne jest podjęcie decyzji. Praktyczne rozumowanie, które ma w ostateczności doprowadzić do doboru odpowiedniej racji wydaje się mieć charakter relacji. Relacji pomiędzy postawą wartościującą wyrażaną przez decydenta a odpowiednim kryterium, które pozwala na przesądzenie jednej racji praktycznej nad inną. W ten sposób to co sprawiedliwe i dobre, jest określane poprzez zastosowanie relacji w interesującym nas kontekście. Nie jest to jednak kontekst ustawodawczy, a kontekst zastosowania przepisów czy subsumpcji (tutaj praktycznego rozumowania) w konkretnej sprawie. Ponieważ elementy pragmatyczne w każdym analizowanym przypadku są różne, uzyskujemy różne decyzje czy rozwiązania. Nie oznacza to jednak, że są to rozwiązania dowolne. Nie oznacza to również, że użycie predykatów moralnych na poziomie ustawodawczym implikuje ich pusty charakter. Oznacza to jedynie, że dane potrzebne do relacyjnego rozumowania zostaną uzyskane dopiero na kolejnym etapie: stosowania przepisu.

### **Bibliografia**

1. Bach, K., 2006. Top 10 Misconceptions about Implicature, in: Horn, L.R., Birner, B.J., Ward, G.L. (Eds.), *Drawing the Boundaries of Meaning: Neo-Gricean Studies in Pragmatics and Semantics in Honor of Laurence R. Horn*, Studies in Language

- Companion Series. J. Benjamins Pub. Co, Amsterdam ; Philadelphia.
2. Bach, K., 1999. The Myth of Conventional Implicature. *Linguist. Philos.* 22, 327–366.
  3. Barker, S., 2000. Is value content a component of conventional implicature? *Analysis* 60, 268–279. doi:10.1093/analys/60.3.268
  4. Copp, D., 2006. Realist Expressivism and Conventional Implicature, in: Shafer-Landau, R. (Ed.), *Oxford Studies in Metaethics*. Clarendon Press ; Oxford University Press, Oxford; New York.
  5. Dyrda, A., 2013. *Konwencja u podstaw prawa: kontrowersje pozytywizmu prawniczego*. Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa.
  6. Finlay, S., 2005. Value and Implicature. *Ann Arbor MI Mich. Publ. Univ. Mich. Libr.* July 2005 5, 1–20.
  7. Fletcher, G., 2015. Moral Utterances, Attitude Expression and Implicature, in: Fletcher, G., Ridge, M. (Eds.), *Having It Both Ways: Hybrid Theories and Modern Metaethics*, *Oxford Moral Theory*. Oxford University Press, Oxford ; New York.
  8. Green, L., 2009. Legal Positivism, in: Zalta, E.N. (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
  9. Grice, P., 1975. Logic and Conversation, in: Cole, P., Morgan, J.. (Eds.), *Syntax and Semantics*. Academic Press, New York.
  10. Hart, H.L.A., 2012. *The concept of law*, Third edition. ed, Clarendon law series. Oxford University Press, Oxford, United Kingdom.
  11. Jackson, F., Petit, P., 1998. A Problem for Expressivism. *Analysis* 58, 239–251.
  12. Kirchin, S. (Ed.), 2013. *Thick concepts*, First edition. ed, Mind Association occasional series. Oxford University Press, Oxford.
  13. Marmor, A., 2014. *The language of law*, First edition. ed. Oxford University Press, Oxford, United Kingdom.
  14. Rodriguez-Blanco, V., 2014. *Law and authority under the guise of the good, Law and practical reason*. Hart Publishing, Oxford ; Portland, Oregon.
  15. Trakman, L., 2008. Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept. *Chciago J. Int. Law* 8, 621.