

Marian BedriiLwowski Uniwersytet Narodowy im. Iwana Franki
ORCID: 0000-0003-4021-1980**CECHY PRAWA ZWYCZAJOWEGO
W JURYSPRUDENCJACH RZYMSKIEJ
I WSPÓŁCZESNEJ****Wprowadzenie**

Europejska kultura prawna powstała na gruncie prawa rzymskiego, dlatego badania jego źródeł są bardzo ważne. Na uwagę zasługuje prawo zwyczajowe starożytnego Rzymu, ponieważ zwyczaj był pierwotnym źródłem prawa rzymskiego. Na podstawie zwyczaju i prawa zwyczajowego jurysprudence rzymska wytworzyła bazę teoretyczną, którą warto zanalizować z dzisiejszego punktu widzenia. W warunkach współczesnego pluralizmu ujęć prawa pojęcie zwyczaju prawnego nie ma ujednoczonej definicji. W krajach postkomunistycznych dominujący pozostaje pozytywistyczny koncept państwowego usankcjonowania jako cechy obligatoryjnej zwyczaju prawnego. Na wady tego podejścia wskazują nie tylko koncepcje alternatywne, ale również prawo rzymskie.

Studium i zestawienie cech prawa zwyczajowego w rzymskiej i współczesnej jurysprudence jest ciekawym i aktualnym zadaniem, które daje możliwość bardziej precyzyjnego wyjaśnienia istoty zwyczaju prawnego jako zjawiska społecznego. W niniejszym artykule prawo zwyczajowe ujmowane jest jako system zwyczajów prawnych. Z kolei zwyczaje prawne są rodzajem zwyczajów społeczeństwa, które mają działanie prawne i regulują najważniejsze stosunki społeczne.

I

W prawie rzymskim istniało zróżnicowanie pomiędzy *ius scriptum* (prawem spisanim) a *ius non scriptum* (prawem niespisanym). Było to zapożyczenie z filozofii greckiej, w której prawo za Arystotelesem dzielono na *nomos eggraphos*

i *nomos agraphos*. Głównym źródłem *ius non scriptum* był zwyczaj¹. W juryspruden-
dencji rzymskiej pojęcie zwyczaju było określane przez różne terminy – *mos*,
mores majorum (zwyczaj przodków), *mores regionis*, *consuetudo*, *commentarii*
pontificum (zwyczaje w praktyce kapłanów), *commentarii magistratum* (zwyczaje
w praktyce magistratów) oraz inne².

Według św. Izydora powołanego w Dekrecie Gracjana termin *mos* należało
uważać za obyczaj, a termin *consuetudo* – za zwyczaj³. J. Thomas spostrzegł, że
w rzymskiej jurysprudencji okresu klasycznego terminy *mos* i *consuetudo* są wy-
korzystywane synonimicznie i przeważnie w prowincjach. Natomiast w okresie
postklasycznym ujawniła się różnica pomiędzy tymi terminami – *mos* (jako dobre
obyczaje) przebywa w zakresie etyki społecznej, a *consuetudo* (jako zwyczaj)
stosuje się w sferze prawa⁴. Wzrost znaczenia zwyczajów *mos* przypada na okres
przed kodyfikacją ustawy XII tablic. Po tej kodyfikacji one były wykorzystywa-
ne głównie dla wykładni jej przepisów i stały się testamentem przodków (*mores*
majorum). W zwyczajach *mos* odzwierciedlał się konserwatyzm dawnych norm
prawa rzymskiego. Natomiast nowe zwyczaje, które powstawały wskutek dyna-
micznego rozwoju praktyki społecznej, były określane jako *consuetudo*⁵. Pojawia
się ten termin dopiero w źródłach z I w. p.n.e. (po raz pierwszy figuruje w tekście
Lex Antonia de Temessibus z 71 r. p.n.e.)⁶.

Wśród terminów, którymi posługiwało się prawo rzymskie, najbliższym do
współczesnego rozumienia prawa zwyczajowego był *consuetudo* – praktyka spo-
łeczna tworząca prawo. Jego pełnym przeciwieństwem było *desuetudo* – praktyka
społeczna, która znosiła prawo (zarówno zwyczajowe, jak i ustawowe) i wyrażała
się w systematycznym niedotrzymaniu i niewykonaniu istniejących norm praw-
nych (nawet tych, które były w ustawie). Prawnik rzymski Julian z tego powo-
du powiedział: „Dawny zwyczaj, który zakorzenił się, stosuje się słusznie jako
prawo, i to prawo jest prawem zwyczajowym. Bo jeśli same ustawy obowiązują
nas tylko z tego powodu, że są one przyjęte zgodnie z decyzją ludu, to zwyczaj
słusznie zobowiązuje wszystkich i to z tego powodu, że lud tak postanowił, ale nie
zostało to spisane. Bo jakie ma znaczenie, czy lud wyraził swoją wolę w drodze
głosowania, czy drogą spraw i czynów”⁷.

¹ A.A. Schiller, *Custom in Classical Roman Law*, „Virginia Law Review” 1938, vol. 24, no. 3,
s. 270–271.

² Je.M. Oracz, B.J. Tyszczyk, *Rzymskie prywatne prawo*, Kyjiw 2012, s. 38.

³ G.M. Kowalski, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe w doktrynie prawa i praktyce sądów miejskich
karnych w Polsce (XVI–XVIII w.)*, Kraków 2013, s. 43.

⁴ J.A.C. Thomas, *Custom and Roman Law*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 1963, no. 39, s. 52.

⁵ D.W. Doždiew, *Rzymskie czasowe prawo*, Moskwa 1996, s. 78–79.

⁶ A.A. Schiller, *Custom in Classical Roman Law...*, s. 272.

⁷ R.M. Zumbulidze, *Obyczajne prawo jak istocznik graždansogo prawa*, w: *Obyczaj w prawie*,
Sankt-Petersburg 2004, s. 40.

Cyceron uważał zwyczaj *consuetudo* za jeden z czynników, od których początek bierze prawo. Uznając za podstawę prawa środowisko człowieka, a za jej otoczenie – życie społeczne, w zwyczajach widział on wyraz praw i obowiązków jednostki. Wedle jego przekonania zmianą dla zwyczaju stały się akty pretorskie, ponieważ analogicznie szybko reagowały one na transformację warunków społecznych i były przydatne dla dopasowania normy prawnej do szczególnej sytuacji. Pod tym względem P. Stein słusznie zauważył podobieństwo z historią angielskiego *common law*. Pracując jako adwokat, Cyceron udowadniał, że czyny jego klienta miały legalny cel, czyli taki, który był zgodny z ustawą. Ale dla osiągnięcia tego celu klient korzystał z drogi, na którą zezwalał zwyczaj. Mianem zwyczaju Cyceron określał „trwałą praktykę, wspartą przez powszechną wolę przy nieobecności ustawy”⁸.

Zgodnie z ustaleniami rzymskich prawników zwyczaj (*consuetudo*) mógł zostać prawem (czyli przekształcić się w prawo zwyczajowe) w razie wystąpienia dwóch decydujących cech:

- zewnętrznej lub *usus* – to istnienie zwyczaju w postaci ważnej praktyki w rzeczywistości społecznej. *Usus* przejawiał się w jednolitym wykonywaniu pewnego wzoru postępowania. Niektórzy prawnicy ujmowali tę cechę jako *usus longaeva*, czyli istnienie pewnej praktyki przez długi czas. Pojawia się także wymóg, żeby owa praktyka istniała bez przerw⁹;
- wewnętrznej lub *opinio iuris necessitatis* – to powszechne przekonanie psychologiczne, że określony zwyczaj podlega realizacji jako prawo¹⁰. Dopuszczalnym wyrazem takiego uznania było *tacitus consensus populi*, czyli milcząca zgoda ludu¹¹.

Zwyczaj i ustawa w prawie rzymskim występują jako równe sobie źródła, które mogą się nawzajem zmieniać, dopełniać i znosić. Dopiero w reskrypcie cesarskim Konstantyna z IV w. postanowiono, że zwyczaj nie może być sprzeczny z duchem lub przeznaczeniem prawa i ustawodawstwem cesarskim. M. Smith uważał, że ta reguła odnosiła się nie do wszystkich zwyczajów, a tylko do zwyczajów miejscowych. Pod tym względem wspomniana reguła nie była czymś nowym, a odpowiadała powszechnie przyjętemu stwierdzeniu, że prawo ogólnopañstwowe dominuje nad prawem lokalnym¹².

⁸ P. Stein, *Custom in Roman and Medieval Civil Law*, „Continuity and Change” 1995, vol. 10, issue 3, s. 337–338.

⁹ J. Baron, *Sistiemą rzymskiego graźdanskogo prawa*, tł. z niem. L. Petrażycki, wyp. I, kn. 1, Moskwa 1898, s. 15–16.

¹⁰ O. Dobrow, *Prawoutworenija bez zakonodawcja (narysy z teoriji džereł prawa)*. Czasty-na persza. Zwyczajowe prawo, w: *Praci komisiji dla wyuczuwannja zwyczajowego prawa Ukrainy*, Kyjiw 1928, wyp. 2, s. 298–299.

¹¹ A.A. Schiller, *Custom in Classical Roman Law...*, s. 273.

¹² M. Smith, *Customary Law. I. Roman and Modern Theories*, „Political Science Quarterly” 1903, vol. 18, no. 2, s. 256–257.

Na podstawie osiągnięć jurysprudencji rzymskiej francuski prawnik R. David podzielił zwyczaje prawne według kryterium zgodności z ustawą na trzy rodzaje: *secundum legem* (dodatek do ustawy) – zwyczaje, które uzupełniają, rozwijają i wyjaśniają tekst ustawodawstwa; *praeter legem* (oprócz ustawy) – zwyczaje, które regulują stosunki społeczne, nieuregulowane przepisami ustaw; *adversus legem* (przeciwko ustawie) – zwyczaje, które są sprzeczne z przepisami ustaw¹³.

Chociaż prawo rzymskie dominowało w miastach, to jednak w innych miejscowościach ważną rolę zachowywały lokalne zwyczaje. W archaicznym prawie Rzymu zwyczaj prawny był głównym źródłem prawa oraz istniał nie wskutek stanowienia, a powszechnego uznania. W dobie późnej republiki i wczesnego imperium „stare prawo niespisane”, którego podstawą był zwyczaj, zaczęło przekształcać się w nowe formy – ustawę, edykt, akt pretora lub interpretację prawnika. Mimo tych okoliczności zwyczaje nadal funkcjonowały i były stosowane w sądownictwie. Starożytni rzymscy adwokaci powoływali się na zwyczaj jako źródło prawa dla argumentacji pozycji swojego klienta, a sąd decydował, czy to odwołanie jest uzasadnione. W swoich przemówieniach rzymscy adwokaci często posługiwali się *consuetudo* oraz *aequitas* jako pojęciami o silnym związku między sobą, które były bazą dla *ius civile*. Argumentacja co do istnienia zwyczaju prawnego polegała na udowodnieniu przeszłej praktyki lub zwykłego stanu. Widać to zwłaszcza podczas udowodnienia istnienia służebności jako utrwalonego korzystania z cudzej rzeczy, które stało się zwyczajem¹⁴.

II

Od czasów starożytnych ujmowanie prawa zwyczajowego przeszło długą ewolucję. Niektórzy autorzy rozwijali rzymskie założenie o dwóch podstawowych cechach tego zjawiska, inni dopełniali go nowymi cechami, a niektórzy próbowali zakwestionować ich znaczenie. G. Kowalski zwrócił uwagę na to, że w źródłach polskiego prawa miejskiego przekształcony w prawo zwyczaj jest określany jako zwyczaj „za prawo wzięty”, „trzymany za prawo”, „postanowiony” lub „uchwalony”¹⁵. Sformułowanie podobne do rzymskiego *opinio iuris necessitatis* odnaleźć można w *Speculum Saxonum*: „zwyczaj [...] utwierdza się tajemnym przyzwoleniem ludu pospolitego”¹⁶.

¹³ R. David, C. Jauffret-Spinosi, *Osnownyje prawowyje sistemy sovremennosti*, Moskwa 1999, s. 94–95.

¹⁴ C. Humfress, *Law and Custom under Rome*, w: *Law, Custom, and Justice in Late Antiquity and the Early Middle Ages: Proceedings of the 2008 Byzantine Colloquium*, red. A. Rio, London 2011, s. 23, 24, 29.

¹⁵ G.M. Kowalski, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe...*, s. 79.

¹⁶ *Ibidem*, s. 85.

Oprócz ogólnych interpretacji zwyczaju prawnego w podstawowych koncepcjach rozumienia prawa w nauce również zostały opracowane specjalne teorie prawa zwyczajowego, które usystematyzował polski prawnik F. Studnicki. Przede wszystkim wyróżnił on następujące teorie prawa zwyczajowego: teorię historycznej szkoły prawa; doktrynę francuską; teorie „klasyczne”; teorie prostej praktyki; teorię przyzwolenia; teorię praktyki organów państwa. Teoria szkoły historycznej opierała się na założeniu, że prawo jako przekonanie ludowe tworzy zwyczaje, które zawierają konkretne normy i powodują ich powszechne przestrzeganie¹⁷. W doktrynie francuskiej po wielkiej rewolucji z końca XVIII w. zapanował pogląd, że nowe ustawodawstwo uchyliło istniejące do tego czasu zwyczaje prawne, nie stwarzając możliwości powstania nowych zwyczajów prawnych. Wyjątek od tej reguły stanowiło prawo handlowe, którego źródłem nadal był uznawany zwyczaj. Taki stan utrzymywał się aż do pierwszej połowy XX w., kiedy pojawiły się nowe koncepcje francuskie, które uznawały za prawem zwyczajowym moc obowiązującą zwyczajów, ale traktowały je jako źródło prawa o charakterze subsydiarnym¹⁸.

Po utracie niepodważalności autorytetu historycznej szkoły prawa w Niemczech powstały dwie teorie „klasyczne” prawa zwyczajowego – teoria przekonania (B. Windsheid) i teoria woli (L. Enneccerus). Pierwsza mówiła, że powszechne przekonanie o tym, że norma społeczna jest prawem, pociąga istnienie praktyk, które są uważane za zwyczaje prawne. Druga zaś opierała się na tym, że zwyczaje tworzą się dzięki woli społeczeństwa, dlatego akty praktyki wyrażają jego wolę prawną¹⁹. Teorie prostej praktyki proponowane przez G. Jellinka, A. Zittelmana oraz innych zakładają, że źródłem kształtowania prawa zwyczajowego jest praktyka, która podobnie jak moda wywołuje powszechne przekonanie psychologiczne o jej konieczności. Teoria przyzwolenia utrzymuje stanowisko, zgodnie z którym podstawa prawna zwyczaju prawnego powstaje w wyniku zapewnienia dla odpowiedniej normy zezwolenia ustawodawcy (państwa)²⁰. Teoria praktyki organów państwa, stworzona przez niemieckiego naukowca P. Oertmana, weszła w dyskusję z teorią prostej praktyki, głosząc, że nie każda praktyka społeczna jest w stanie stworzyć zwyczaj prawny, a tylko praktyka organów państwa²¹.

Przełomowym punktem w historii badań nad istotą prawa zwyczajowego było sformułowanie w pierwszej połowie XIX w. koncepcji przez brytyjskiego prawnika i jednego z założycieli pozytywizmu prawnego J. Austina. Jego pogląd

¹⁷ F. Studnicki, *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*, Kraków 1949, s. 6.

¹⁸ *Ibidem*, s. 10, 28.

¹⁹ *Ibidem*, s. 12–13.

²⁰ *Ibidem*, s. 20–22.

²¹ *Ibidem*, s. 25.

na prawo zwyczajowe kompletnie odchodził od ujęć jurysprudencji rzymskiej i wzorował się na pozytywistycznym utożsamieniu prawa i woli państwa. Według J. Austina zwyczaje mogą stać się prawem (zwłaszcza prawem zwyczajowym) tylko z przyzwolenia państwa, które może je usankcjonować przez ustawę lub orzeczenie sądowe²². Z tego wynikało, że dla prawa zwyczajowego decydującą cechą było pod tym względem usankcjonowanie istniejącego w społeczeństwie zwyczaju przez państwo.

Dzięki koncepcji J. Austina dla większości przedstawicieli pozytywizmu jako kierunku myśli prawniczej charakterystyczne było to, że uznawali oni zwyczaj prawny za źródło prawa, ale tylko wtedy, gdy został on usankcjonowany przez państwo. Dlatego w tej koncepcji zwyczaj nie mógł otrzymać znaczenia prawnego bez udziału państwa. Wyjątkowym ujęciem prawa zwyczajowego wyróżniał się jeden z najbardziej znanych nurtów pozytywizmu prawniczego – normatywizm, którego twórcą był H. Kelsen. Jego zdaniem zwyczaje prawne istnieją w społeczeństwie obiektywnie (niezależnie od decyzji państwowej), ale fakt ich istnienia w każdym przypadku jest w stanie stwierdzić tylko sąd. Natomiast dla tworzenia zwyczaju prawnego nie jest potrzebny udział wszystkich członków określonej społeczności. Dla powstania tego regulacyjnego związku wystarczający jest udział zdecydowanej większości członków takiej społeczności²³. W taki sposób normatywizm opracował własną pozycję w stosunku do zwyczajów prawnych, która nie wymagała dla ich powstania udziału państwa, co istotnie wyróżnia go od innych prądów pozytywizmu.

Na podstawie analizy radzieckich podręczników i opracowań do nauczania teorii prawa można dojść do wniosku, że marksistowska koncepcja prawa przejęła konstrukcję J. Austina i jego zwolenników, wedle której prawo zwyczajowe dla jego powstania potrzebuje usankcjonowania przez państwo. Można powiedzieć, że prawo zwyczajowe było oceniane bardzo krytycznie w jurysprudencji radzieckiej. W doktrynie pozytywizmu radzieckiego zwyczaj prawny był przedstawiany głównie jako archaiczne i martwe źródło prawa, ponieważ nie pasował on do modelu tworzenia prawa, w którym nomenklatura partyjna ustawiła sobie monopol do wyrażania woli proletariatu. Takie podejście miało również istotny wpływ na jurysprudence innych krajów obozu socjalistycznego.

Po upadku Związku Radzieckiego nauki prawne przeszły przez duże zmiany i rewizję wielu koncepcji, dogmatów i założeń teoretycznych. Prawo przestało być interpretowane tylko i wyłącznie z punktu widzenia marksistowskiego. Ale jednak niektóre konstrukcje teoretyczne tej epoki funkcjonują jeszcze w literaturze naukowej i dydaktycznej. Zwłaszcza pogląd o obligatoryjnej cesze usankcjono-

²² M.N. Marcenko, *Problemy obszczej teoriji gosudarstwa i prawa*, t. 2, Moskwa 2007, s. 532.

²³ H. Kelzen, *Czyste prawoznawstwo. Z dod. (Problema sprawedlywosti)*, tł. O. Mokrowolskij, Kyjiw 2004, s. 254–255.

nowania zwyczaju przez państwo dla powstania prawa zwyczajowego pozostaje dominujący zarówno w jurysprudencji ukraińskiej, jak i wielu innych krajach postkomunistycznych. Natomiast w krajach, na których radziecki pozytywizm prawny nie wywarł wpływu, po drugiej wojnie światowej jest widoczny pluralizm ujęć prawa zwyczajowego i jego cech.

We współczesnych jurysprudencjach różnych państw świata stopniowo odzyskuje swoje pozycje dawna rzymska doktryna o dwóch głównych cechach prawa zwyczajowego. Widoczny jest jej wpływ również na prawo międzynarodowe. Zwłaszcza art. 38 ust. 1 pkt. b Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości ONZ z 1945 r. stanowi, że ten Trybunał stosuje „zwyczaj międzynarodowy jako dowód istnienia powszechnej praktyki przyjętej jako prawo”²⁴. Z tego wynika, że zwyczaj staje się częścią prawa międzynarodowego i obowiązuje w orzecznictwie Trybunału ONZ, jeżeli istnieje jako powszechna praktyka (czyli rzymski *usus*) i przyjmuje się go jako prawo (czyli rzymskie *opinio iuris necessitatis*).

Wydarzenia drugiej wojny światowej i próby usprawiedliwienia swoich zbrodni przez oskarżonych przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym w Norymberdze przekonująco udowodniły, że wyłączny monopol państwa w tworzeniu prawa jest groźny. Pod tym względem decydująca rola państwa w tworzeniu prawa zwyczajowego nie może być uznana jako udane rozwiązanie tej kwestii teoretycznej. Poza tym uzależnienie powstania prawa zwyczajowego od usankcjonowania przez państwo nie odpowiada istocie tego zjawiska społecznego. Zwyczaj tworzył się drogą żywiołową, stawał się ustaloną regułą postępowania w pewnej strefie ważnych stosunków społecznych (czyli stosunków prawnych) i tylko wtedy mógł być usankcjonowany przez państwo. Inaczej mówiąc, istniał *de facto* w stosunkach społecznych jako norma prawna jeszcze przed uznaniem przez państwo. Dlatego usankcjonowanie nie tyle nadawało mu skuteczności prawnej, ile gwarantowało jego przestrzeganie przez organy i funkcjonariuszy państwa.

Usankcjonowanie zwyczaju przez władzę państwową odbywało się w trzech formach: milczącej zgody państwa, stosowania zwyczaju w orzecznictwie sądowym lub w praktyce administracyjnej, a także drogą odwołania do zwyczaju w ustawodawstwie²⁵. Wedle J. Wróblewskiego rola państwa w procesie tworzenia prawa zwyczajowego polega na tym, żeby rozgranaczyć zwyczaje, które z punktu widzenia upoważnionego podmiotu są racjonalne i użyteczne, i pod tym względem mogą być podstawą dla przyjęcia decyzji przez władzę w zakresie tych zwyczajów, których nie należy uwzględniać albo nawet trzeba zwalczać. Zniesie-

²⁴ Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości ONZ 1945 r., <https://www.arslege.pl/statut-miedzynarodowego-trybunalu-sprawiedliwosci/k352/> (21.11.2019).

²⁵ I.B. Usenko, *Zwyczaj prawowyj*, w: *Jurydyczna encyklopedia*, red. J. Szemszuczenko i in., t. 2, Kyjiw 1999, s. 568.

nie takich zwyczajów często jest trudnym do zrealizowania celem dla państwa, a zwłaszcza dla ustawodawcy²⁶.

Patrząc z perspektywy historycznej i funkcjonowania państwa na skuteczność prawną działania zwyczaju możemy zauważyć dwa charakterystyczne sposoby takiego działania: tworzenie specjalnych organów (w tym sądów) upoważnionych do podjęcia decyzji na kanwie prawa zwyczajowego oraz wprowadzenie w teksty ustaw odpowiednich słów, terminów i klauzul o nieokreślonej treści, które odwoływały się do zwyczajów²⁷. P. Wołwenko zwrócił uwagę na to, że w niektórych historycznych przypadkach władza publiczna, odwołując się do prawa zwyczajowego w ustawach, miała na celu nie tyle zapewnienie prawnej skuteczności zwyczajów, a raczej dążyła do utrwalenia swojego autorytetu w społeczeństwie i rzetelnego spełnienia swych rozkazów²⁸. Zwłaszcza przejawiała się ta tendencja w okresach, gdy istniało ryzyko braku wystarczającego działania ustawy wskutek słabości organizacji państwowej lub niepewności władzy na podbitych terytoriach.

III

W wyniku wieloletnich badań nad cechami zwyczaju prawnego postanowiłem podzielić jego cechy na dwie grupy: obligatoryjne (właściwe wszystkim bez wyjątku zwyczajom prawnym) oraz fakultatywne (są charakterystyczne dla znacznej części zwyczajów prawnych, ale nie wszystkich). Do cech obligatoryjnych (podstawowych) należy odnieść następujące: obecność w praktyce, zgodność z prawem, powszechność, normatywność, faktyczne działanie prawne i uznanie społeczne. W dalszej części artykułu charakteryzuję je dokładniej.

Obecność w praktyce jako cecha zwyczaju prawnego ma wielkie znaczenie, ponieważ określa ona zarówno zwyczajowy, jak i prawny charakter normy. Reguła staje się zwyczajem, jeśli jest ona przyjęta w pewnym środowisku, czyli ustalona w praktyce, utworzona przy powszechnej zgodzie (nawet jeżeli taka zgoda jest milcząca) większości uczestników odpowiednich stosunków prawnych. W odróżnieniu od normy ustawodawstwa, którą ustanawia właściwy podmiot władzy publicznej, norma zwyczajowa nie jest stanowiona przez państwo, a ustala się w praktyce wskutek rozwoju stosunków społecznych. Zwyczaj nabywa

²⁶ J. Wróblewski, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989, s. 22.

²⁷ L. Leszczyński, *Ewolucja odesłań pozaprawnych w systemach prawa stanowionego*, w: *Studia z historii państwa, prawa i idei. Prace dedykowane profesorowi Janowi Malarczykowi*, red. A. Korbowicz, H. Olszewski, Lublin 1997, s. 219.

²⁸ P.W. Wołwenko, *Ukrajinske zwyczajewe prawo i tradycji w sučasnomu prawowomu dyskursi: w konteksti komunikatywnoji teoriji dżerel prawa*, w: *Metodolohiczni problemy istoryko-prawowych doslidżeń. Materiały XXIII Miżnarodnoji istoryko-prawowoji konferenciji (24–26 weresnia 2010 r., Ałuszt)*, Kyjiw–Simferopol 2011, s. 212.

swoją moc prawną, ponieważ sąd musi zdecydować w konkretnym przypadku o istnieniu lub nieistnieniu pewnej reguły postępowania w określonej dziedzinie lub miejscowości. Brytyjski adwokat królewski R. Megarry określił zwyczaj jako praktykę, która stała się ustalona (przyjęta)²⁹.

Ważną cechą zwyczaju prawnego jest jego zgodność z prawem, bo wraz z powszechnie przyjętymi normami społecznymi mogą pojawić się zwyczaje szkodliwe, które uznaje tylko kilka osób lub pewne grupy (np. organizacje przestępcze). Nie mogą być one uznane za zgodne z prawem, a zatem uznane za zwyczaje prawne. Zwyczaje niezgodne z prawem nie zawsze są identyczne ze zwyczajami *adversus legem* (niezgodnymi z ustawą), ponieważ są sprzeczne nie tylko z wolą władzy państwowej, ale także z prawem natury, normami społecznymi i są osądzone przez społeczeństwo. Dlatego zwyczaje prawne muszą być zgodne z moralnością społeczną, pojęciami dobra, sprawiedliwości itd.³⁰ To wyjaśnia normę ukraińskiego projektu kodyfikacyjnego *Prawa, według których sądzi się malorosyjski lud z 1743 r.*, który zobowiązywał do przestrzegania nie wszystkich, a tylko dobrych zwyczajów, które „prawom obywatelskim i czystemu sumieniu nie są sprzeczne, bo takie dobre zwyczaje siłą prawa mają”³¹.

Wiadomo, że powszechność jest podstawową cechą prawa. Odnosi się to też do zwyczaju. Powszechność zwyczaju prawnego polega na tym, że jego działanie rozprzestrzenia się na wszystkie podmioty wchodzące w odpowiedni typ stosunków³². Przy tym podmioty nie są podmiotowo określone, czyli zwyczaj prawny jest abstrakcyjny, nie ma ustalonego adresata. Taki zwyczaj tylko daje prawa, ustanawia obowiązki lub zakazy w zależności od okoliczności, które występują w szczególnej sytuacji życiowej.

Normatywność jest cechą prawa. Wyraża się w kształtowaniu pewnych zasad, wzorów, modeli zachowań w społeczeństwie. W przypadku zwyczaju prawnego normatywność jest wynikiem jego obecności w praktyce, ponieważ praktyka staje się wzorem, układem pewnej zasady, która obowiązuje lub pozwala powtarzać dany rodzaj zachowania w określonych warunkach. Będąc źródłem prawa, zwyczaj prawny dokonuje regulacji stosunków społecznych, a tym samym nadaje prawa podmiotowe i ustanawia obowiązki prawne. W konsekwencji zwyczaj prawny staje się podstawą prawną dla dokonania określonych czynności lub powstrzymania się od nich dla wszystkich, którzy trafiają pod zasięg jego działania³³.

²⁹ R.E. Megarry, *Custom*, w: *Encyclopedia Britannica*, vol. 6, Chicago–London–Toronto–Geneva–Sydney–Tokyo 1965, s. 926.

³⁰ *Prawowyj zwyczaj jak dżerelo ukrajinskogo prawa*, red. I.B. Usenko, Kyjiw 2006, s. 23.

³¹ *Prawa, po kotorym suditsja malorosyjskij narod*, red. A.F. Kistjakowskij, Kijew 1879, s. 90–91.

³² O.F. Skakun, *Teorija derżawy i prawa*, Kyjiw 2014, s. 234.

³³ A.M. Wasyljew, S.M. Wasyljewa, *Ponjatije i priznaki prawowogo obyčaja*, „Woprosy rossijskogo i mieżdunarodnogo prawa” 2012, nr 9–10, s. 21.

Z obecnością zwyczaju w praktyce ściśle związana jest inna cecha – faktyczne działanie prawne. Zwyczaj prawny pochodzi od tego samego nośnika suwerenności, co i ustawa (czyli od ludu), ale nie poprzez procedurę legislacyjną, a faktycznie, bezpośrednio przez przyjęcie przez społeczeństwo. Działanie zwyczaju prawnego opiera się na „mocy faktu”, czyli kilkukrotnym i jednakowym powtórzeniu pewnego modelu postępowania. Wzór takiego postępowania kształtowały podmioty renomowane w państwie, w określonej miejscowości, w sferze życia społecznego lub na arenie międzynarodowej. Właśnie to wzbudza powszechne uznanie zwyczaju prawnego i możliwość jego zabezpieczenia środkami przymusu³⁴. Faktyczne działanie prawne zwyczaju wyjaśnia opinia A. Kryстера o tym, że kształtowanie się prawa zwyczajowego odbywało się w trakcie jego realizacji³⁵. Tę cechę niektórzy prawnicy nazywają „normatywną siłą faktu”, która oznacza sytuację, kiedy fakt, powtarzając się wielokrotnie, sam dla siebie staje się normą, a istniejący w nim wzór zachowania staje się niezbędnym³⁶. Niektórzy autorzy nazywają prawo zwyczajowe „prawem milczącym”, bo zwyczaj prawny nie jest oceniany i nie jest implementowany, a rozprzestrzenia się i rozwija z biegiem czasu drogą przyjęcia przez społeczeństwo³⁷.

Obecność zwyczaju prawnego w praktyce wynika jednocześnie z jego uznania przez społeczeństwo, co wskazuje na podstawowe znaczenie tej cechy. Bez uznania społecznego zwyczaj nie może powstać i działa tak dopóty, dopóki to uznanie trwa. Źródłem owego uznania społecznego jest przekonanie wewnętrzne konkretnych jednostek o tym, że taka norma prawa zwyczajowego istnieje i musi lub może być realizowana. Właśnie psychologiczne przekonanie wewnętrzne, a nie państwowy przymus, było podstawowym mechanizmem zapewnienia działania zwyczajów prawnych³⁸. W nauce prawniczej pierwszej połowy XX w. dominował pogląd, że działanie zwyczaju prawnego opiera się na dwóch czynnikach: powszechnym przekonaniu, że reguła pewna jest jednolicie przestrzegana przez długi czas i z tego powodu jest ona aktywna, oraz powszechnym przekonaniu, że w przypadku złamania normy prawa zwyczajowego mogą zadziałać środki przymusu publicznego³⁹. Oba te czynniki są składnikami społecznego uznania zwyczaju prawnego.

L. Levy-Bruhl uważał, że dla powstania normatywności określonej czynności nie ma potrzeby jej wielokrotnego powtarzania, bo może ona otrzymać wewnętrzne działanie prawne, nawet jeżeli praktyka nie zna podobnych precedensów. Do tego

³⁴ *Prawowyj zwyczaj...*, s. 33.

³⁵ A. Kryster, *Try stupeni prawoutworennja*, w: *Praci komisiji dla wyuczurwannja zwyczajowego prawa Ukrainy*, Kyjiw 1925, wyp. 1, s. 56–57.

³⁶ W.S. Nersesjanc, *Prawo i zakon. Iz istoriji prawowych uczenij*, Moskwa 1983, s. 8.

³⁷ N.M. Parchomenko, *Dżerela prawa: problemy teorii ta metodologii*, Kyjiw 2008, s. 85.

³⁸ A.M. Wasyljew, S. M. Wasyljewa, *Ponjatije i priznaki...*, s. 21.

³⁹ A. Jakowliw, *Cywilne prawo (kurs lekcij)*, Regensburg 1947, s. 18.

wystarczy, aby ów model zachowania został konfirmowany w świadomości grupy⁴⁰. Zniesienie działania zwyczaju prawnego odbywało się na dwa sposoby: ustawowego zakazu i utraty aktualności, czyli uznania społecznego. Choć ustawodawca miał możliwość zniesienia normy prawa zwyczajowego, to takie akty ustawowe nie zawsze były skuteczne. Bardziej skutecznym i częstszym sposobem zniesienia działania zwyczaju prawnego była utrata uznania społecznego, ponieważ normy prawa zwyczajowego zachowują ważność do momentu, gdy są przestrzegane⁴¹.

Na podstawie wyżej określonych i wyjaśnionych cech obligatoryjnych zwyczaju prawnego można zaproponować następującą definicję tego pojęcia: zwyczaj prawny to ustalona w praktyce i zgodna z prawem powszechna reguła zachowania, która ma faktyczne działanie prawne i uznanie społeczne. Właśnie takie reguły zachowania tworzą normatywny system, znany jako prawo zwyczajowe. Przy zaproponowanym ujęciu koncepcja rzymska ma o wiele większe znaczenie i słuszność niż pozytywistyczne stwierdzenia o obligatoryjnej roli usankcjonowania państwowego dla działania zwyczaju prawnego. *Usus* odpowiada cechom obecności w praktyce i faktycznemu działaniu prawnemu. *Opinio iuris necessitatis* znajduje wyraz głównie w cesze uznania społecznego. Powszechność jako cecha zwyczaju prawnego łączy charakterystykę obu rzymskich cech.

Podsumowanie

Sformułowane przez rzymską jurysprudencję cechy prawa zwyczajowego wykazują istotę tego zjawiska, mają znaczenie uniwersalne i dlatego są podstawą dla jego poznania niezależnie od warunków historycznych, w których funkcjonuje zwyczaj prawny. *Usus* polega na jego powstaniu w sensie przedmiotowym w praktyce społecznej, a *opinio iuris necessitatis* – powstaje na poziomie psychologicznym ilościowo nieokreślonego koła podmiotów. Wraz z owymi cechami można wyodrębnić inne (np. normatywność – praktyka powinna ukształtować regułę), ale mają one nieco wtórny charakter, a niektóre nawet subsydiarny.

Odniesienie do rzymskiej jurysprudencji stanowi zaprzeczenie znaczenia usankcjonowania zwyczaju przez państwo, którego zwolennikami byli pozytywiści, zwłaszcza radzieccy. Uzależnienie działania zwyczaju prawnego od woli państwa izoluje społeczeństwo od bezpośredniego tworzenia prawa, co nie zgadza się z demokratycznym charakterem tego zjawiska. We współczesnej nauce prawnej, ustawodawstwie i judykaturze (szczególnie w krajach postkomunistycznych) warto odchodzić od pozytywistycznego ujmowania zwyczaju prawnego. Zamiast tego należy opracowywać nowe podejścia, których podstawą byłaby koncepcja rzymska.

⁴⁰ O.P. Iwanowska, P.O. Iwanowskyj, *Zwyczajowe prawo w Ukraini. Etnotworczyj aspekt*, Kyjiw 2014, s. 12.

⁴¹ *Prawowyj zwyczaj...*, s. 55.

Bibliografia

- Baron J., *Sistiema rimskiego graždanskogo prawa*, tł. z niem. L. Petrażycki, wyp. I, kn. 1, Moskwa 1898.
- David R., Jauffret-Spinosi C., *Osnownyje prawowye sistiemy sovremiennosti*, Moskwa 1999.
- Dobrow O., *Prawoutworenija bez zakonodawca (narysy z teoriji dżereł prawa)*. *Czastyna persza. Zwyczajowe prawo*, w: *Praci komisiji dla wyuczuwannja zwyczajowego prawa Ukrainy*, Kyjiw 1928, wyp. 2.
- Dożdiew D.W., *Rimskoje czasnoje prawo*, Moskwa 1996.
- Humfress C., *Law and Custom under Rome*, w: *Law, Custom, and Justice in Late Antiquity and the Early Middle Ages: Proceedings of the 2008 Byzantine Colloquium*, red. A. Rio, London 2011.
- Iwanowska O.P., Iwanowskyj P.O., *Zwyczajowe prawo w Ukraini. Etnotworczyj aspekt*, Kyjiw 2014.
- Jakowliw A., *Cywilne prawo (kurs lekcij)*, Regensburg 1947.
- Kelzen H., *Czyste prawoznawstwo. Z dod. (Problema sprawedlywosti)*, tł. O. Mokrowolskyj, Kyjiw 2004.
- Kowalski G.M., *Zwyczaj i prawo zwyczajowe w doktrynie prawa i praktyce sądów miejskich karnych w Polsce (XVI–XVIII w.)*, Kraków 2013.
- Kryster A., *Try stupeni prawoutworenija*, w: *Praci komisiji dla wyuczuwannja zwyczajowego prawa Ukrainy*, Kyjiw 1925, wyp. 1.
- Leszczyński L., *Ewolucja odesłań pozaprawnych w systemach prawa stanowionego*, w: *Studia z historii państwa, prawa i idei. Prace dedykowane profesorowi Janowi Malarczycowi*, red. A. Korobowicz, H. Olszewski, Lublin 1997.
- Marczenko M.N., *Problemy obszczej teoriji gosudarstwa i prawa*, t. 2, Moskwa 2007.
- Megarry R.E., *Custom*, w: *Encyclopedia Britannica*, vol. 6, Chicago–London–Toronto–Geneva–Sydney–Tokyo 1965.
- Nersesjanc W.S., *Prawo i zakon. Iz istoriji prawowych uczenij*, Moskwa 1983.
- Oracz Je.M., Tyszczuk B.J., *Rymske prywatne prawo*, Kyjiw 2012.
- Parchomenko N.M., *Dżereła prawa: problemy teoriji ta metodologii*, Kyjiw 2008.
- Prawa, po kotorym suditsja malorosijskij narod*, red. A.F. Kistjakowskij, Kijew 1879.
- Prawowyj zwyczaj jak dżereło ukrajinskogo prawa*, red. I.B. Usenko, Kyjiw 2006.
- Schiller A.A., *Custom in Classical Roman Law*, „Virginia Law Review” 1938, vol. 24, no. 3.
- Skakun O.F., *Teorija derżawy i prawa*, Kyjiw 2014.
- Smith M., *Customary Law. I. Roman and Modern Theories*, „Political Science Quarterly” 1903, vol. 18, no. 2.
- Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości ONZ 1945 r., <https://www.arslege.pl/statut-miedzynarodowego-trybunalu-sprawiedliwosci/k352/> (21.11.2019).
- Stein P., *Custom in Roman and Medieval Civil Law*, „Continuity and Change” 1995, vol. 10, issue 3.
- Studnicki F., *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*, Kraków 1949.
- Thomas J.A.C., *Custom and Roman Law*, „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis” 1963, no. 39.
- Usenko I.B., *Zwyczaj prawowyj*, w: *Jurydyczna encyklopedia*, red. J. Szemszuczenko i in., t. 2, Kyjiw 1999.
- Wasyljew A.M., Wasyljewa S.M., *Ponjatije i priznaki prawowego obyczaja*, „Woprosy rossijskogo i miedzunarodnogo prawa” 2012, nr 9–10.
- Wolwenko P.W., *Ukrajinske zwyczajowe prawo i tradyciji w suczasnomu prawowomu dyskursi: w konteksti komunikatywnoj teoriji dżereł prawa*, w: *Metodolohiczni problemy istoriko-prawowych doslidzeń. Materiały XXIII Miżnarodnoji istoriko-prawowoji konferenciji (24–26 wewresnia 2010 r., Aluszt)*, Kyjiw–Simferopol, 2011.
- Wróblewski J., *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989.
- Zumbulidze R.M., *Obycznoje prawo kak istocznik graždanskogo prawa*, w: *Obyczaj w prawie*, Sankt-Petersburg 2004.

Streszczenie

Badania nad prawem zwyczajowym w antycznym Rzymie skutkowały wyodrębnieniem dwóch jego obligatoryjnych cech – *usus* (istnienie zwyczaju w postaci ważnej praktyki w rzeczywistości społecznej) i *opinio iuris necessitatis* (powszechne przekonanie psychologiczne, że określony zwyczaj podlega realizacji jako prawo). Od czasów starożytnych ujmowanie prawa zwyczajowego się rozwijało. Przełomowym punktem było sformułowanie koncepcji Johna Austina. Według niej zwyczaje mogą stać się prawem tylko z przyzwolenia państwa, które może je usankcjonować drogą ustawy lub orzeczenia sądowego. Pogląd o obligatoryjnej cesze usankcjonowania zwyczaju przez państwo dla powstania prawa zwyczajowego został przejęty również przez radziecką doktrynę prawną i dominuje we wielu krajach postkomunistycznych nawet współcześnie. Na podstawie koncepcji rzymskiej w artykule proponuje się odejście od poglądu o konieczności usankcjonowania państwowego zwyczaju.

Słowa kluczowe: prawo zwyczajowe, rzymska jurysprudencja, obecność w praktyce, uznanie społeczne, usankcjonowanie państwowe

FEATURES OF CUSTOMARY LAW IN ROMAN AND CONTEMPORARY JURISPRUDENCE

Summary

Researches on customary law in Ancient Rome resulted in the identification of two of its obligatory features – *usus* (the existence of a custom as an important practice in social reality) and *opinio iuris necessitatis* (a common psychological recognition that a particular custom is implemented as a law). Since ancient times, the interpretation of customary law has undergone a long evolution, the breakthrough point of which was the concept, formulated by John Austin. According to it, customs can become law only with the consent of the state, which can sanction them by legislative act or court order. The view of the obligatory assignment of the state's sanction of custom for the creation of customary law was also taken over by Soviet legal doctrine and it remain dominant in many post-communist countries even in the present. Based on the Roman concept, the article suggests rejection from the view of the obligatory importance of state sanctioning.

Keywords: customary law, Roman jurisprudence, establishing in practice, social recognition, state sanction