

902

POLSKA AKADEMIA UMIEJĘTNOŚCI
PRACE KOMISJI PRAWNICZEJ NR 4

FRANCISZEK STUDNICKI

DZIAŁANIE ZWYCZAJU HANDLOWEGO
W ZAKRESIE ZOBOWIĄZAŃ Z UMOWY

NAKŁADEM POLSKIEJ AKADEMII UMIEJĘTNOŚCI
Z ZASIŁKU PREZYDIUM RADY MINISTRÓW I WYDZ. NAUKI MINISTERSTWA OŚWIATY

KRAKÓW 1949

Studia i Materiały do Historii Ustawodawstwa Synodalnego w Polsce

- Nr 1. — Statuty synodalne krakowskie Zbigniewa Oleśnickiego (1436, 1446). Opracował St. Zachorowski. 1915, 8°, str. 54 . . . 60.—
- Nr 2. — Synod prowincjonalny w Kamieniu. Opracował B. Ulanowski. 1915, 8°, str. 39 90.—
- Nr 3. — Najstarsze statuty synodalne krakowskie biskupa Nankera z 2 października 1320 r. Wydał ks. J. Fijałek. 1915, 8°, str. XLIV+64 60.—
- Nr 5. — Wł. Abraham. Studia krytyczne do dziejów średniowiecznych synodów prowincjonalnych Kościoła polskiego. 1917, 8°, str. 57 90.—
- Nr 6. — Najdawniejsze statuty synodalne archidiecezji gnieźnieńskiej oraz statuty z rękopisu Oss. Nr 1627 z uwzględnieniem materiałów zebranych przez śp. B. Ulanowskiego. Opracował Wł. Abraham. 1920, 8°, str. 55 90.—
- Nr 7. — Statuty synodalne Henryka Kietlicza. Opracował A. Vetulani. Uwagami uzupełniła Z. Kozłowska-Budkowa. 1938, 8°, str. 48+3 tabl. 90.—
- Nr 8. — Statuty synodalne krakowskie biskupa Jana Konarskiego z 1509 r. Opracował Jakub Sawicki. 1945, 8°, str. IV+56 . 145.—

Archiwum Komisji Prawniczej

(Collectanea ex archivo Collegii iuridici)

Tom I, 1895, str. 555 600.—

Treść: B. Ulanowski zebrał: Liber formularum ad ius canonicum spectantium Jacobi de Kurdwanów, episcopi Plocensis, maxima parte depromptarum, str. 1. — Kilka zabytków ustawodawstwa królewskiego i wojewodzińskiego w przedmiocie handlu i ustanawiania cen, str. 37. — Trzy zabytki historii parlamentaryzmu w Polsce w XV w., str. 145. — Liber formularum ad ius polonicum nec non canonicum spectantium, in codice Regiomontano asservatarum, str. 159. — Forma processus iudicarii anni 1553 conscripta, e codice Petropolitano deprompta, str. 257. — Materiały do historii ustawodawstwa synodalnego w Polsce w w. XVI, str. 325.

Tom II, 1921, str. LXXXVIII+558+VIII tabl. 600.—

Treść: St. Kutrzeba: Przedmowa, str. VII. — Opisy rękopisów, str. X. — Ab. Kłodziński: Tablice synoptyczne i objaśnienie tablic, str. LI. — Statuta Casimiri Magni, wydał B. Ulanowski, str. 1.

8
N/22401.102

POLSKA AKADEMIA UMIEJĘTNOŚCI
PRACE KOMISJI PRAWNICZEJ NR 4

FRANCISZEK STUDNICKI

DZIAŁANIE ZWYCZAJU HANDLOWEGO
W ZAKRESIE ZOBOWIĄZAŃ Z UMOWY



1000152048

NAKŁADEM POLSKIEJ AKADEMII UMIEJĘTNOŚCI
Z ZASIŁKU PREZYDIUM RADY MINISTRÓW I WYDZ. NAUKI MINISTERSTWA OŚWIATY

KRAKÓW 1949

REZERWA
KOSZ
WŁASNY

Czas. 10488/4.

WYDZIAŁ HUMANISTYCZNY
KATEDRA HISTORII I ETNOLOGII

WYDZIAŁ HUMANISTYCZNY
KATEDRA HISTORII I ETNOLOGII

FRANCISZEK SZCZUBIŁKA

WYDZIAŁ HUMANISTYCZNY
KATEDRA HISTORII I ETNOLOGII

WYDZIAŁ HUMANISTYCZNY
KATEDRA HISTORII I ETNOLOGII



K 783/68/3

Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego pod zarządem Karola Kiecia
M. 48205

BIBLIOTEKA
UMCS
LUBLIN

TREŚĆ

Wstęp	str. 1
-----------------	--------

ROZDZIAŁ I

Zwyczaj i prawo zwyczajowe. Odróżnienie

I. Znaczenie odróżnienia	3
II. Teorie prawa zwyczajowego	4
1. Wprowadzenie	4
2. Teoria szkoły historycznej	5
3. Doktryna francuska	10
4. Teorie «klasyczne»	11
5. Teorie prostej praktyki	19
6. Teoria przyzwolenia	22
7. Teoria praktyki organów państwa	24
8. Nowsze poglądy francuskie	27
9. Wnioski końcowe	29
III. Teorie zwyczaju	30
IV. Poglądy dotyczące różnicy między zwyczajem a prawem zwyczajowym	38
V. Krytyka przedstawionych teoryj prawa zwyczajowego i poglądów dotyczących różnicy między zwyczajem a prawem zwyczajowym	42
1. Krytyka tez szkoły historycznej	42
2. Krytyka teoryj «klasycznych»	44
3. Krytyka teoryj prostej praktyki	46
4. Krytyka teorii przyzwolenia	47
5. Krytyka teorii praktyki organów państwa	50
VI. Pogląd własny	51
VII. O przepisach ustawy dotyczących prawa zwyczajowego	57
VIII. O doniosłości praktycznej prawa zwyczajowego	61

ROZDZIAŁ II

Działanie zwyczaju

I. Odwołanie się ustawy do zwyczaju. Przyczyny	64
II. Zwyczaje uczciwego obrotu	67

	str.
III. Zwyczaje handlowe	72
IV. Dwie funkcje zwyczaju	73
V. Funkcja wyjaśniająca zwyczaju	82
1. Wprowadzenie	82
2. Znaczenie zwyczaju dla tłumaczenia jednostronnych oświadczeń woli	84
3. Znaczenie zwyczaju dla tłumaczenia umów	94
4. Uwzględnianie rzeczywistego zamiaru strony przy tłumaczeniu jednostronnych oświadczeń woli	96
5. Zagadnienie milczenia	100
6. Handlowe klauzule skrótowe	103
7. Zagadnienie tzw. «uzupełniania» oświadczeń woli	105
VI. Funkcja normująca zwyczaju	110
1. Działanie zwyczaju w oparciu o art. 60 k. z.	110
2. Działanie zwyczaju w oparciu o art. 189 k. z.	116

ROZDZIAŁ III

Właściwość zwyczaju

I. Wprowadzenie	118
II. Terytorialna właściwość zwyczaju	118
III. Personalna właściwość zwyczaju	131
IV. Przedmiotowa właściwość zwyczaju	136
V. O wpływie znajomości (wzgl. nieznanomości) zwyczaju przez strony na jego stosowanie	136
VI. O przypadkach, w których ustawa odwołuje się do zwyczaju w przepisach szczególnych	146
Résumé	148
Literatura	149

WSTĘP

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie działania zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy na tle ogólnych przepisów, dotyczących zwyczaju, zawartych w kodeksie handlowym i kodeksie zobowiązań. Praca nie zawiera natomiast analizy licznych przepisów powołanych ustaw, normujących znaczenie zwyczaju dla szczególnych sytuacji prawnych. Praca nie porusza również zagadnień procesowych, związanych ze stosowaniem zwyczaju. Te ostatnie zagadnienia wchodzą w zakres nauki o procesie cywilnym.

Stosunki handlowe stanowią tradycyjną domenę działania zwyczaju. Większość przepisów prawa handlowego jest pochodzenia zwyczajowego. Zwyczaj, nie tylko w dawnych czasach, ale i obecnie, zasila ustawicznie prawo handlowe. Odbywa się to na dwojakij drodze: niektóre z norm zwyczaju »awansują« do stopnia norm prawa zwyczajowego, inne przejmują do porządku prawnego ustawodawca, czyniąc z nich przepisy ustawy.

Porządek prawny udziela jednak w pewnym zakresie mocy oddziaływania na stosunki prawne także zwyczajowi, który nie stał się jeszcze, lub nawet nie stanie się nigdy, prawem. Praca niniejsza ma za przedmiot opisanie działania takiego właśnie zwyczaju na pewną klasę stosunków prawnych.

ROZDZIAŁ I

Zwyczaj i prawo zwyczajowe. Odróżnienie

I. Znaczenie odróżnienia

Stosując się ściśle do tematu, wskazanego w tytule niniejszej rozprawy, miałbym prawo nie wdawać się w rozważania nad istotą zwyczaju¹ i poprzestać na przedstawieniu mechaniki jego działania. Uczyniłbym to tym chętniej, że badanie istoty zwyczaju wydaje się wchodzić raczej w zakres socjologii, jak w zakres nauki prawa w jej zwykłym rozumieniu². Od obrania takiej drogi powstrzymuje mnie jednak fakt, że ustawy, orzeczenia i nauka prawa czynią odróżnienie między zwyczajem a prawem zwyczajowym³.

¹ Mówiąc tu i poniżej o rozważaniach nad istotą zwyczaju i prawa zwyczajowego mam na myśli rozważania zmierzające do uzyskania odpowiedzi na pytanie, co to jest zwyczaj, wzgl. co to jest prawo zwyczajowe.

² Stąd niektórzy nie wdają się w nie. Tak np. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (cytuję według tłumaczenia Przeorskiego i Panejki, t. 2, 1936, s. 33) przyjmuje, że dociekanie istoty prawa zwyczajowego i rozważania nad działaniem tego prawa leżą «poza płaszczyznę poznania prawnego». W szczególności, zdaniem Kelsena, nie można bez opuszczania tej płaszczyzny zrozumieć, w jaki sposób z «bycia» («Sein» — Kelsen ma tu na myśli *usus*) powstać może «powinność» («Sollen»).

Stanowisko Kelsena i jego szkoły w tej materii poddał krytyce Dniestrzański, *Das Problem des Volksrechts*, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 132, 1930, s. 289 i n. Dniestrzański atakuje formalizm szkoły wiedeńskiej i zapytuje, dlaczego ujęcie prawnicze ma być uważane za jednoznaczne z ujęciem formalno-logicznym i dlaczego zadania, które stawiała sobie nauka prawa już od czasów rzymskich, mają obecnie uchodzić za wybiegające poza prawnicze pole widzenia.

³ Reichel, *Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, *Festgabe für Stammler zum 70. Geburtstag*, 1926, s. 305 i n., nazwał to następujące wiele trudności odróżnienie «krzyżem nauki

Żeby przeto uniknąć tego, by zamieszczone poniżej wypowiedzi, dotyczące działania zwyczaju, odnoszono także do prawa zwyczajowego, postanowiłem poświęcić pierwszy rozdział tej rozprawy problemowi różnicy między zwyczajem a prawem zwyczajowym.

Rozważania moje rozpocznę od przedstawienia poglądów nauki prawa na istotę prawa zwyczajowego (ustęp II), zwyczaju (ustęp III) i na różnicę zachodzącą między obydwu czynnikami (ustęp IV). Z kolei przejdę do krytyki tych poglądów (ustęp V) i do przedstawienia własnego stanowiska wobec poruszonych problemów (ustęp VI). Rozdział pierwszy zakończą uwagi o przepisach ustawy, dotyczących prawa zwyczajowego (ustęp VII) i o praktycznej doniosłości tego prawa (ustęp VIII).

II. Teorie prawa zwyczajowego

1. Wprowadzenie

Z uwagi na niehistoryczny charakter niniejszej rozprawy omawiając teorie prawa zwyczajowego nie cofam się poza wiek XIX. Zamieszczone poniżej zestawienie najważniejszych,

prawa« (Crux der Rechtswissensch. ft). Problem odróżnienia odpada oczywiście dla tych, którzy zaprzeczają istnieniu prawa zwyczajowego lub odmawiają mu charakteru prawa. Por. np. Kiss, Gesetzesauslegung und »ungeschriebenes« Recht, Iherings Jahrbücher, t. 58, 1910, s. 413 i n. Podług Kissa »prawo zwyczajowe jako takie nie istnieje w ogóle«. Zwyczaje wchodzą w grę tylko jako pośrednia treść ustaw, a to o tyle, o ile ustawa bezpośrednio lub pośrednio do nich odsyła. Kiss powołuje się w swoich wywodach (s. 475) na Spiegla, podług którego »prawo zwyczajowe« jest tylko »nazwą zbiorową« (Sammelname), której użycie do niczego nie prowadzi, jako, że odnosi się ona do różniących się między sobą przedmiotów myślowych.

Również Schneider, Abänderliches Recht und Verkehrssitte, Iherings Jahrbücher, t. 59, 1911, s. 383 i n., uważa prawo zwyczajowe za twór fantazji i zbędny wynalazek nauki prawa powszechnego.

Według Tilla, O prawie zwyczajowym, Przegląd Sądowy i Administracyjny, t. 2, nr 22 z 30 V 1877, prawo zwyczajowe było kiedyś prawem. Obecnie jednak z powodu różnorodności i zakłócenia stosunków stało się »wprost niemożliwym do zastosowania a tym samym zatraciło dla naszych czasów cechę prawa«.

O tym, że prawu zwyczajowemu odmawiają charakteru formalnego źródła prawa niektórzy autorzy francuscy i niektórzy autorzy piszący na tle kodeksu cywilnego austriackiego, por. niżej s. 10 i 23.

teorii rozpoczynam od przedstawienia tez szkoły historycznej, jako tych, które najsilniej oddziały na poglądy dzisiejsze¹.

Różnice między poszczególnymi teoriami prawa zwyczajowego uwydatni najwyraźniej porównanie ich z popularnym schematem tego prawa².

Podług najbardziej rozpowszechnionych zapatrywań z prawem zwyczajowym mamy do czynienia wtedy, gdy obok faktycznego przestrzegania pewnych norm niepisanych przez dłuższy okres czasu w odpowiednio szerokim kole ludzi, istnieje również powszechne przekonanie, że normy te są prawem.

W powyższym schemacie prawa zwyczajowego wyróżnić można łatwo dwa elementy:

- a) element zewnętrzny — faktyczne przestrzeganie,
- b) element wewnętrzny — przekonanie o prawności przestrzeganych norm.

Rozwój historyczny teorii, dotyczących prawa zwyczajowego, streszcza się w najogólniejszych zarysach do wahań w pojmowaniu wzajemnego stosunku tych elementów. W pewnych okresach pierwszy z nich uważany jest za zasadniczy, drugi zaś za wtórny, w innych znów, na odwrót, pierwszy niknie w cieniu drugiego. Znacznie mniejszą rolę odgrywają fluktuacje, polegające na nadawaniu tym samym elementom w różnych okresach nieco odmiennej treści³.

2. Teoria szkoły historycznej.

Wypowiedzi szkoły historycznej, dotyczące prawa zwyczajowego, związane są najsilniej z nazwiskiem Puchty, który w swoim ogłoszonym w r. 1828 dziele o prawie zwyczajowym⁴

¹ O ile chodzi o doktrynę rzymską, naukę Glossatorów, Postglossatorów i Kanonistów, odsyłam do wyczerpującego dzieła Briego: *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, 1899. Zdaniem Briego źródła współczesnej (jemu) doktryny prawa zwyczajowego leżą w nauce Glossatorów. Istotnie przy lekturze cytowanego dzieła trudno oprzeć się wrażeniu, że od czasu Glossatorów nie wprowadzono do nauki o prawie zwyczajowym niemal żadnych nowych motywów.

² Stworzonym przez tzw. teorię przekonania, zrodzoną pod wpływem tez szkoły historycznej, por. niżej s. 12.

³ Osobno traktować należy próby formalnego ujęcia problemu prawa zwyczajowego, por. niżej s. 27.

⁴ *Das Gewohnheitsrecht*, 1828.

wystąpił z niezwykle konsekwentną i sugestywną teorią tego prawa. Podług Puchty źródłem prawa zwyczajowego jest naród¹. Naród jest całością, opartą na wspólnym pochodzeniu, rodzącym nie tylko pokrewieństwo ciała, lecz także pokrewieństwo ducha, zdolności i przekonań. Naród, pojęty jako całość w sensie naturalnym, wywiera nieustanny, choć niewidoczny wpływ na swoich członków². Przekonania prawne jednostki są wynikiem oddziaływania narodu. Oddziaływanie, o którym mowa, stanowi jeden z przejawów aktywności ducha narodu³. Prawo zwyczajowe wyróżnia się spośród innych rodzajów prawa tym, że płynie ono bezpośrednio z narodu⁴, w przeciwieństwie do prawa pisanego, stanowionego przez organy narodu.

Przekonania prawne narodu przejawiają się w jego zwyczajach. Zwyczaje te są jednak w stosunku do owych przekonań wtórne. Zwyczaj nie tworzy prawa, lecz odwrotnie, prawo tworzy zwyczaj, w szczególności zaś przekonanie, że jakaś zasada jest prawem, prowadzi do jej powszechnego przestrzegania⁵. Element praktyki (Übung) ma zatem znaczenie drugorzędne. Praktyka jest zdaniem Puchty tylko przejawem istniejącego już prawa zwyczajowego, symptomem, który pozwala wnosić, że wytworzyło się takie prawo⁶.

Stąd nie każda praktyka dowodzi istnienia prawa zwyczajowego. Czyni to tylko praktyka, wypływająca z przekonania, że dane zachowanie się jest realizacją zasady prawnej⁷ (opinio iuris seu necessitatis).

¹ Op. cit., cz. 1, s. 134.

² Op. cit., s. 138.

³ Termin »duch narodu« (Volksggeist), tak popularny wśród prawników epoki romantyzmu, pochodzi właśnie od Puchty. Nie znalazł go jeszcze jego nauczyciel Savigny.

⁴ Z późniejszych autorów ujmuje rzecz identycznie Thöl, Das Handelsrecht, 1875, t. 1, s. 37.

⁵ Puchta atakuje w odnośnym miejscu swojego dzieła doktrynę Glossatorów i Kanonistów, podług której rzecz przedstawia się odwrotnie, co wyrażano w formule: »actus inducunt consuetudinem«.

⁶ Traktowanie praktyki jako symptomu (Erkenntnisnmittel) jest jedną z charakterystycznych cech »historyków«. Por. np. Brinkmann, Das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilprozesse, 1847, s. 7.

⁷ Koncepcja »opinio iuris« wzgl. »opinio necessitatis«, która odgrywała i do dziś odgrywa pierszorzędną rolę w teoriach prawa zwyczajowego, pochodzi od Kanonistów. Por. Brie, op. cit., s. 177. Nie znali jej

W dalszych partiach swojego dzieła¹ zajmuje się Puchta określeniem warunków, które spełniać musi praktyka, aby mogła uchodzić za symptom wytworzenia się prawa zwyczajowego. Do warunków takich zalicza on: opinio necessitatis, zgodność z wymaganiami rozumu (tzw. Rationabilität), powtarzanie się przez dłuższy okres czasu i równomierność, tj. wymaganie, by akty praktyki, idącej w jakimś kierunku, nie były równoważone wzgl. majoryzowane przez akty praktyki, idącej w kierunku odwrotnym. Warunków tych nie omawiam tu bliżej, gdyż nie stanowią one charakterystycznej cechy teorii Puchty. Są one spadkiem, odziedziczonym przez Puchtę po dawniejszych teoriach² i przekazany przez niego następnie dalszym pokoleniom prawników.

Poglądy Puchty, przyjęte gorąco przez szkołę historyczną, były przejawem reakcji epoki romantyzmu przeciwko hasłom filozofii racjonalistycznej. Racjoniści zamierzając urządzić świat podług wskazań rozumu odrzucali możliwość dalszego rozwoju prawa w drodze »organicznej«, tj. zwyczajowej, ba nawet domagali się (za Voltaiem) spalenia wszystkich dawnych ustaw i wprowadzenia na ich miejsce nowych³. Szkoła historyczna zajęła stano-

Rzymianie (por. Danz, *Laienverstand und Rechtssprechung*, *Iherings Jahrbücher*, t. 38, 1898, s. 395), którzy dostrzegali wprawdzie w prawie zwyczajowym element wewnętrzny (*consensus*), nie silili się jednak, aby go bliżej określić. Pojęciem »*opinio iuris vel necessitatis*«³ zajmiemy się bliżej w dalszym ciągu.

¹ Księga 3, s. 24—105.

² W szczególności po Glossatorach.

³ Por. o tym Oertmann, *Volksrecht und Gesetzesrecht*, 1898, s. 10.

Jest rzeczą charakterystyczną, że w XVIII wieku prawo zwyczajowe wzięte było niejako w dwa ognie. Z jednej strony przeciwnikiem jego był absolutny monarcha, który w zwyczajach ludu, nie pokrywających się z treścią ustaw, widział tylko przejaw ograniczonego rozumu swoich poddanych (»*der beschränkte Untertanenverstand*«), z drugiej zaś zdecydowanie niechętna była mu ówczesna myśl postępową, upatrująca w świadomym i jasnym sformułowaniu ustaw, najpewniejszą obronę przeciwko uciskowi politycznemu. (Por. o tym Tilsch, *Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und die Gewohnheiten im Wandel des Jahrhunderts*, *Festschrift zur Jahrhundertfeier des A. B. G. B.*, 1911, t. 1, s. 39 i 44). Istnienie partykularnych praw zwyczajowych nie dało się pogodzić z uniwersalizmem racjonalistów XVIII wieku. Por. o tym Kochmann, *Das Gewohnheitsrecht nach dem heutigen bürgerlichen Recht*, 1906. Według Tilscha (op. cit. s. 40), jednym z powodów, dla których prawo zwyczajowe znalazło tak gorliwych obrońców wśród członków szkoły

wisko wprost przeciwne. Wzmogła ona bardzo silnie autorytet prawa zwyczajowego, wspierając je o mistyczny piedestał »ducha narodu«¹. Rola ustawy, jako źródła prawa, zeszła w świetle tej szkoły historycznej niemal do zera. Skoro właściwym i wyłącznym źródłem prawa są przekonania narodu, to ustawa może uchodzić w najlepszym wypadku jedynie za przejaw tych przekonań, zaś jeżeli nie jest z nimi zgodna, nie może mieć pretensji do posłuchu².

Jak widać, w teorii prawa zwyczajowego szkoły historycznej dominuje silnie element wewnętrzny (przekonania narodu), zaś element zewnętrzny (praktyka) schodzi na drugi plan³.

Dzieło Puchty otworzyło nową epokę w zakresie badań nad prawem zwyczajowym. Mimo tego, że poglądy nauki na problemy prawa zwyczajowego uległy od owych czasów wielu zmianom, niepodobna zaprzeczyć, że nie stworzono po dziś dzień równie sugestywnej i konsekwentnej teorii tego prawa.

Teoria Puchty zyskała trwałą i mocny wpływ na naukę prawa w Niemczech⁴. Jej oddziaływanie na naukę francuską

historycznej była jej antypatia do rewolucji francuskiej i świadomego dążenia racjonalistów do poprawienia świata. Podług Znamierowskiego, *Podstawowe pojęcia teorii prawa*, 1934, s. 80, szkoła historyczna dlatego kładła szczególny nacisk na prawo zwyczajowe, aby podkreślić zbiorową twórczość w prawie w przeciwstawieniu do twórczości indywidualnej, której była niechętna.

¹ Por. o tym Somlo, *Juristische Grundlehre*, s. 362.

² To deprecjonowanie ustawy przerodziło się u niektórych zwolenników szkoły historycznej we wrogi wprost stosunek do prawa pisanego.

³ Jednak nie tak dalece, jak sądzą niektórzy krytycy szkoły historycznej. Według Puchty, *op. cit.*, s. 141, prawo ma dwie strony, których nie można oddzielić, nie naruszając samego pojęcia prawa. Jedna polega na przekonaniu o tym, co jest prawem, druga na realizacji (*Geltendmachung*) tego przekonania. Prawo nie dające się zrealizować nie byłoby prawem.

⁴ Niemniej w praktyce znaczenie prawa zwyczajowego nie było zbyt wielkie. Uderzająca jest dysproporcja między niewielkim praktycznym znaczeniem tego prawa, a olbrzymim wysiłkiem, który w pewnym okresie poświęciła jego badaniu nauka. W szczególności szkoła historyczna otoczyła prawo zwyczajowe staraniem i miłością, którą w tym świetle nazwać można platoniczną. Miłość ta nie była jednak zupełnie bezpłodna. Jednym z jej plodów było zdecydowane (choć nie ostre) odróżnienie prawa zwyczajowego od zwyczaju (*por. o tym Tilsch, op. cit.*, s. 40). Odróżnienie to ułatwiło późniejsze powierzenie przez ustawodawcę zwyczajowi pewnych funkcji, których doniosłość przewyższa niepomiernie praktyczną doniosłość funkcji prawa zwyczajowego.

przejawiło się znacznie później. Dawniejsza doktryna francuska uporczywie odrzucała myśl, jakoby normy zwyczajowe (coutume) mogły być same w sobie źródłem prawa¹. Orzecznictwo sądów francuskich poszło jednak po innej drodze. Usankcjonowało ono fakt derogowania przepisów ustawy przez normy pochodzenia zwyczajowego². Tak więc we Francji, naprzekór konserwatywnej doktrynie uczonych, drogę dla prawa zwyczajowego torowało przede wszystkim orzecznictwo. Nauka francuska jeszcze przez długi czas miała pozostać obojętną na zagadnienia prawa zwyczajowego.

W Niemczech wpływ tej szkoły historycznej (i tak duży) byłby zapewne jeszcze większy i trwalszy, gdyby nie zmiana stosunków politycznych. Na skutek połączenia się państw niemieckich i kreowania cesarstwa zmalały partykularne aspiracje narodowe a powszechne zainteresowanie odwróciło się od pojęcia narodu, zwracając się ku pojęciu państwa³. W czasie, gdy to nastąpiło, pozycja szkoły historycznej była już nieco zachwiana atakami Iheringa, który wytknął jej jednostronność i ignorowanie postępu, związanego z przejściem od formy prawa zwyczajowego do formy ustawy⁴. Niemniej sugestie szkoły historycznej w przedmiocie prawa zwyczajowego sięgają poprzez nieprzyjazne sobie kierunki aż do naszych czasów. Oertmann (który zmienił potem swoje stanowisko) uważa się jeszcze w r. 1898 za jej »wiernego syna«⁵, wprowadzając do dawnej teorii prawa zwyczajowego tylko nieznaczne poprawki. W naszych czasach wpływy tej szkoły znalazły w Niemczech dobrą pożywkę w ruchu hitlerowskim, gloryfikującym ponownie w swoisty sposób naród (das Volk), tym razem już nie w znaczeniu partykularnym (Prusaków, Bawarów itd.), lecz w znaczeniu ogólnym, wszystkich Niemców.

Na tym tle wyrosła podjęta przez Dniestrzańskiego (profesora ukraińskiego uniwersytetu w Pradze) próba wskrzeszenia

¹ Myśl ta do dzisiaj nie jest zresztą powszechnie uznana we Francji.

² Jednak tylko w zakresie stosunków handlowych. Na tej drodze uległ w pewnej mierze zderogowaniu art. 1154 kodeksu Napoleona, na tej drodze wprowadzono zwyczajowe domniemanie solidarności, o ile chodzi o zobowiązania kupców, wbrew wyraźnemu przepisowi art. 1202 tegoż kodeksu.

³ Por. Dniestrzański, op. cit., s. 261.

⁴ Geist des römischen Rechts, cz. 2. § 25, s. 31.

⁵ Por. op. cit., s. 21.

w całej niemal rozciągłości teorii Puchty łącznie z »duchem narodu«¹.

3. Doktryna francuska.

W czasie, kiedy w Niemczech pisano już wiele o prawie zwyczajowym, nauka francuska trwała ciągle w swojej negacji wobec tego prawa. Autorzy francuscy odrzucając myśl, jakoby normy zwyczajowe mogły być prawem na równi z ustawą, posługiwali się argumentem z zakresu prawa politycznego. Twierdzili mianowicie, że władza stanowienia prawa złożona jest we Francji w ręce izb ustawodawczych. Wyklucza to możliwość powstawania prawa w innej drodze, a w szczególności w drodze zwyczajowej². Argument ten przetrwał zresztą w literaturze francuskiej do naszych czasów, a oparty na nim pogląd reprezentowany jest po dziś dzień we Francji przez najwybitniejszych nawet autorów³. Powoływano się również na to, że ustawa z dnia 30 ventôse XII r. rewolucji uchyliła en bloc wszystkie normy zwyczajowe w zakresie stosunków prawa cywilnego, zaś na ich miejsce obowiązują wyłącznie przepisy prawa pisanego.

Inaczej traktowano jednak normy zwyczajowe, dotyczące stosunków handlowych. Podług ówczesnej doktryny francuskiej normy takie mogą być źródłem prawa. Uprzywilejowanie ich w stosunku do reszty norm zwyczajowych uzasadniano tym, że ustawa z dnia 15 września 1807 r., wprowadzająca kodeks handlowy, nie zawierała przepisu, który uchyłaby moc obowiązującą norm zwyczajowych w zakresie stosunków uregulowanych

¹ Zmiany wprowadzone przez Dniestrzańskie polegają w najogólniejszych zarysach na jeszcze silniejszym odsunięciu w cień elementu zewnętrznego (Übung). W związku z tym Dniestrzański zastępuje tradycyjny termin »Gewohnheitsrecht«, terminem »Volksrecht«. W zakresie elementu wewnętrznego akcentuje Dniestrzański znaczenie wartościowania (Wertungsprinzip), teoria jego zbliża się zatem do tzw. »Gerechtigkeits-theorie«, o czym niżej, s. 13, uw. 1.

² Por. o tych poglądach Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919, t. 1, s. 336, również Josserand, *Cours de droit positif français*, t. 1, s. 65.

³ Np. Colin-Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, s. 31.

tym kodeksem¹. Poza tym nie troszczono się zbyt o teoretyczne uzasadnienie tego uprzywilejowania.

Opisane wyżej konserwatywne stanowisko nauki francuskiej sprawiło, że nauka ta, o ile chodzi o badania nad normami zwyczajowymi, stanęła nieco na uboczu. Odnośna literatura była we Francji rażąco uboga². Gény tłumaczy ten fakt praktycznym nastawieniem jurysprudencji francuskiej. Jego zdaniem autorzy francuscy dlatego m. in. tak mało zajmowali się zagadnieniem prawa zwyczajowego, że prawo to, w dobie niezwykłego rozrostu ustawodawstwa, nie odgrywało większej roli. Według Gény'ego nauka francuska dała się w tym przedmiocie wyprzedzić przez naukę niemiecką³.

4. Teorie »klasyczne«

Jak już wspomniano, pierwsze przyćmienie blasku tej szkoły historycznej wynikało ze zmiany stosunków politycznych w Niemczech. Niemcy przechodzili w owym czasie z myślenia narodowego (w znaczeniu partykularnym) na myślenie państwowe. Kierunek pozytywistyczny, który zapanował podówczas w nauce prawa, uczynił ośrodkiem zainteresowania pojęcie państwa. Całe życie prawne zaczęto ujmować z aspektu państwowego. W tej atmosferze zapomniano niemalże o studiach nad prawem zwyczajowym. »Duch narodu« tulał się wprawdzie nadal po podręcznikach i systemach prawa, ale już tylko jako spadek po dawnych czasach, pozbawiony istotnej treści. Równocześnie w koncepcjach prawa zwyczajowego element zewnętrzny (praktyka) zyskiwał zwolna na znaczeniu, osiągając w nauce prawa powszechnego ostatniej ćwierci wieku XIX stanowisko niemalże równe stanowisku elementu wewnętrznego, a nieraz, jak się okaże, i przewagę nad elementem wewnętrznym.

¹ Również współczesna doktryna francuska przypisuje prawu zwyczajowemu większą moc w zakresie stosunków handlowych, niż w zakresie stosunków powszechnego obrotu prawnego.

² Ubolewa nad tym Gény, op. cit., t. 1, s. 317 i n.

³ Sam Gény, który problemowi prawa zwyczajowego poświęcił wiele miejsca w cytowanym wyżej dziele, znalazł się, podobnie jak np. Capitant (*Introduction à l'étude du droit civil*), pod silnym wpływem koncepcji niemieckich. Jego poglądy na istotę prawa zwyczajowego nie odbiegają od popularnego schematu, który przedstawiłem wyżej, s. 5.

Nauka prawa powszechnego opracowała w owym czasie, przy okazji budowania »systemów« prawa prywatnego, koncepcję prawa zwyczajowego, odpowiadającą popularnemu schematowi tego prawa, który przedstawiłem na wstępie (s. 5). Koncepcja ta, powtarzająca się z pewnymi wariantami we wszystkich niemalże niemieckich podręcznikach i »systemach« prawa prywatnego, dotrwała jako panujący pogląd do naszych czasów. Teorie odpowiadające tej koncepcji będę nazywał (na własny użytek) teoriami »klasycznymi«.

Przystępując do omawiania teorii »klasycznych«, opuszczam grunt historii i zaczynam poruszać się w teraźniejszości, gdyż jak wspomniałem, stanowią one jeszcze obecnie pogląd panujący. Wspólną cechą tych teorii jest, że w przeciwstawieniu do szkoły historycznej, która skłonna była traktować praktykę tylko jako symptom wytworzenia się prawa zwyczajowego, teorie »klasyczne« przyjmują, że praktyka jest elementem składowym tego prawa¹. Element zewnętrzny powraca zatem do znaczenia, jakkolwiek ciągle jeszcze przesłania go cień elementu wewnętrznego.

Różnice między poszczególnymi teoriami tej grupy polegają na przyjmowaniu przez różnych autorów dla elementu wewnętrznego (tj. dla stanów wzgl. czynności psychicznych, które towarzyszyć mają faktycznemu stosowaniu pewnej zasady) nieco odmiennej treści.

Pod tym względem wyróżnić można pośród zwolenników teorii »klasycznych« dwa kierunki:

- a) tzw. teorię przekonania (Überzeugungstheorie),
- b) tzw. teorię woli (Willenstheorie).

Obydwa kierunki określają element wewnętrzny prawa zwyczajowego terminem »opinio iuris« lub »opinio necessitatis«.

Teoria przekonania jest wcześniejsza i stanowi nawiązanie do form myślenia szkoły historycznej². Podług tej teorii opinio iuris polega na powszechnym przekonaniu, że zasady, które się

¹ Por. np. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, t. 1, s. 80. Por. również Zoll starszy, Über die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechts, Iherings Jahrbücher, t. 13, 1873, s. 417.

² W szczególności do koncepcji »przekonań prawnych narodu«.

stosuje, są prawem¹, że zatem ich przestrzeganie jest koniecznością prawną². Akty praktyki tylko o tyle rodzą prawo zwyczajowe, o ile wypływają z takiego przekonania³.

Podług teorii woli źródłem wszelkiego prawa jest wola społeczeństwa⁴. Wola ta, przejawiając się w powszechnej praktyce, tworzy prawo. Samo przekonanie o prawności zasady nie wystarcza jako motyw praktyki. Akty praktyki muszą wypływać z tzw. woli prawnej (*Rechtswille*), tj. z woli zrealizowania, wzgl. nawet przeforsowania pewnej zasady. Akty te są zatem aktami woli. Przekonanie o prawności jest tylko najważniejszym

¹ Pewną odmianą tej teorii jest pogląd, że decydującym jest przekonanie, iż zasady które się stosuje winny być prawem, ponieważ są sprawiedliwe (tzw. *Gerechtigkeitstheorie*, por. np. Thöl, *Das Handelsrecht*, 1875, t. 1, s. 38).

² Por. np. Windscheid, op. cit., t. 1, s. 77 i 85; Bierman, *Bürgerliches Recht*, 1908, s. 17.

We współczesnej literaturze polskiej teorię przekonania reprezentuje Zoll, *Prawo cywilne w zarysie*, 1948, t. 1, s. 21: »Prawem zwyczajowym nazywamy więc normy prawne, które obowiązują na podstawie ich faktycznego przestrzegania, polegającego na przeświadczeniu ogólnym, że prawidła, których się przestrzega, są prawem«.

³ W nowszych czasach naturę owego »przekonania prawnego« zanalizował Henrich, *Zur Problematik des Gewohnheitsrechts* (*Recueil d'études sur les sources du droit*, t. 2, s. 277). Przekonanie prawne jest wg. niego faktem z zakresu psychologii zbiorowej (*massenpsychologischer Tatbestand*). Henrich rozważa zagadnienie, u kogo zachodzić musi owo przekonanie. Odrzuca on koncepcję szkoły historycznej, jakoby podmiotem tego przekonania musiał być cały naród. Sytuacja taka może się przydarzać tylko zupełnie wyjątkowo. W miarę tego, jak stosunki społeczne komplikują się, krąg ludzi, którzy wchodzi w grę przy tworzeniu się poszczególnych norm prawa zwyczajowego, maleje. Jako szczególnie ważne podmioty owego przekonania prawnego wchodzi w grę oprócz tych, którzy podlegać mają prawu, władze administracyjne i sądowe. Treścią przekonania prawnego nie jest bynajmniej mniemanie, że dana norma jest sprawiedliwa lub celowa. Przekonanie prawne jest natomiast równoznaczne z przekonaniem, że norma, o którą chodzi, jest prawnie obowiązująca, że jest częścią porządku prawnego danej społeczności. Przekonanie prawne rodzi się często pod wpływem poglądu, że dana norma jest rozsądna. Mogą tu jednak współdziałać także inne motywy np. mniemanie, że istnieje przepis ustawy stosownej treści.

⁴ Por. np. Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. 1, s. 81 i n.

(ale nie jedynym) motywem tych aktów¹. Akty praktyki, za którymi nie stoi owa wola prawna (np. wynikające z prostego przyzwyczajenia, poczucia przyzwoitości itp.), nie są wystarczające dla ugruntowania prawa zwyczajowego².

¹ Zdaniem Enneccerusa, op. cit., s. 82, nie zawsze można tu żądać jasno sprecyzowanego przekonania i wyraźnie zdeterminowanej woli; należy się zadowolnić również przekonaniem natury raczej uczuciowej i chceniem na wprost instyktownym.

² I ta koncepcja nie jest nowa: niektórzy z Glossatorów przyjmowali że moc obowiązująca prawa zwyczajowego polega na tzw. »consensus«, to jest milcząco przejawionej woli wszystkich obywateli. Niektórzy z Postglossatorów przyjmowali, że wystarczająca jest wola przejawiona w ten sposób przez większość obywateli. Sprawę traktowano formalnie tak, że wola małoletnich, umysłowo chorych i kobiet była dla owego »consensus« bez znaczenia (por. Brie, op. cit., s. 146 i n.). Echem tych poglądów jest pojmowanie prawa zwyczajowego przez niektórych współczesnych autorów, jako woli społeczności, przejawionej w sposób dorozumiany, w przeciwstawieniu do ustawy, jako woli społeczności, przejawionej w sposób wyraźny. Por. np. Dell Vecchio, Problem der Rechtsquellen, Iherings Jahrbücher, t. 85, 1935, s. 165 i n.; Andersen, Das Gewohnheitsrecht, Grünhuts Zeitschrift, t. 37, 1910 (s. 342); Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Archiv. f. d. civ. Praxis, t. 65, 1885, s. 275 i n. (s. 342).

Pewne pokrewieństwo z teorią woli wykazuje teoria zwyczaju i prawa zwyczajowego reprezentowana przez Znamierowskiego (op. cit.). Pisze on: »Norma tetyczna czerpie swą rację z aktów woli jakiegoś działającego podmiotu« (s. 36)... »właściwie jedynym aktem podstawowym, który jest źródłem wszelkiego obowiązywania normy tetycznej jest akt stanowienia... wszystkie inne formy wprowadzania w życie normy do tego aktu dadzą się sprowadzić...« (s. 77). »I reguła mody i reguła obyczaju są wynikiem zsumowania się szeregu stanowień. Lecz że stanowienia te nie mają charakteru wyraźnie ustalonych faktów historycznych, więc występuje tu jako fakt bardziej uchwytny, uznanie już istniejącej reguły lub poddanie się tej regule — skutek przymusu« (s. 79).

Na krańcowo odmiennym stanowisku stanął Bierling, Juristische Prinzipienlehre, t. 2, 1898: »Rechtssetzung und Rechtssitte, sofern man beide auf dieselben Rechtsnormen bezogen denkt, schliessen sich notwendig aus. Als Tatbestand einer Rechtssitte können mithin immer bloss Rechtsbetätigungshandlungen in Betracht kommen, niemals Rechtssetzungshandlungen als solche. Denn darin liegt gerade das Wesen der Rechtssetzungshandlungen, dass ihr Zweck die Rechtssetzung, also die Schöpfung von bisher noch nicht in Geltung befindlichen, oder doch noch nicht in dieser bestimmten Form existierenden Rechtsnormen ist« (s. 296); o pojęciu zwyczaju prawnego u Bierlinga, por. niżej, s. 33.

Do zakresu badań nad elementem wewnętrznym prawa zwyczajowego należało tradycyjnie zagadnienie wpływu błędu na tworzenie się tego prawa. Przedstawiciele teorii »klasycznych« nie są zgodni w poglądach na ten problem. Spór dotyczył w szczególności pytania, czy praktyka, której motywem jest błędne wyobrażenie praktykujących o treści jakiejś zasady (np. praktyka oparta na błędnym rozumieniu ustawy) może ugruntować prawo zwyczajowe¹.

Podług Windscheida² przekonanie, które motywuje praktykę, musi być prawdziwe, tj. nie może opierać się na błędzie. Zdaniem Enneccerusa³ praktyka musi być samoistna, a to w tym znaczeniu, że nie może wypływać wyłącznie z błędu. Jeżeli np. mylono się co do treści jakiejś ustawy i tylko na skutek błędu stosowano ją w niewłaściwym znaczeniu⁴, to praktyka taka nie wystarcza dla ugruntowania prawa zwyczajowego. Błąd może jednak współdziałać przy tworzeniu się prawa zwyczajowego, jako motyw uboczny. Nadto praktyka opierająca się na błędzie może się rozwinąć w prawo zwyczajowe, o ile wyzwoli się od błędu, tak że odnośna zasada będzie wprost przedmiotem woli społeczności a błędne przesłanki albo w ogóle odpadną, albo przestaną być motywem decydującym⁵. Podług innych autorów⁶ błędna motywacja praktyki nie stoi na przeszkodzie wytworzeniu się prawa zwyczajowego.

¹ Zagadnienie to było sporne już dla prawników rzymskich; por. o tym Brie, op. cit., s. 16, a potem dla Glossatorów, por. tamże, s. 101. Nie rozwiązała go jednolicie również szkoła historyczna.

² Op. cit., s. 85

³ Op. cit., s. 83

⁴ Przy czym można przyjąć, że gdyby błąd nie powstał, postępowano by inaczej.

⁵ Według Gény'ego, *Méthode d'Interprétation*, t. 1, s. 370, jeżeli błędna wykładnia spowodowana jest koniecznością pogodzenia tekstu ustawy z potrzebami życia, nie stoi na przeszkodzie, aby oparta na niej praktyka zrodziła prawo zwyczajowe. Jeżeli natomiast błędna wykładnia spowodowana jest niejasnością tekstu lub niedokładnym rozumieniem jakiejś formuły a sprzeciwia się przy tym potrzebom społecznym, oparta na niej praktyka nie może ugruntować prawa zwyczajowego.

⁶ Por. np. Biermann, op. cit., s. 17; Bierling, op. cit., t. 2, s. 301; Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 66, 1882 (s. 467).

O ile chodzi o element zewnętrzny (praktykę), to teorie »klasyczne« wyliczają na wzór wcześniejszych koncepcji prawa zwyczajowego szereg wymagań obiektywnych, którym odpowiadać musi praktyka, aby mogła ugruntować prawo zwyczajowe¹. Oto najważniejsze z nich:

a) Praktyka musi być powszechna, tj. akty praktyki nie mogą być odosobnione. Nie znaczy to by musieli je wykonywać wszyscy obywatele. Wystarczy, jeżeli praktyka stosowana jest powszechnie w tych kołach, których dotyczyć ma odnośna zasada prawna (np. wśród kupców, wśród aktorów itp). I tu nawet nie wymaga się, aby wszystkie osoby należące do owych kół podejmowały akty praktyki, wystarczy, jeżeli podejmują je te spośród nich, które miały po temu sposobność².

Z wymaganiami powszechności praktyki łączy się zagadnienie roli prawników przy tworzeniu się prawa zwyczajowego³. Windscheid⁴ zwrócił uwagę na to, że prawnicy nie są przez fakt, że zawodowo stykają się z prawem, w mniejszym stopniu członkami swojego narodu, jak inni ludzie. Podkreśla on, że u prawników łatwiej niż u innych ludzi budzi się świadomość prawna, że zatem nie można ich wyłączać z procesu tworzenia się prawa zwyczajowego. Analogiczne stanowisko zajął Enneccerus⁵, który dodaje jeszcze, że prawnicy mają więcej okazji do podejmowania aktów praktyki, a co za tym idzie, większy wpływ na tworzenie się prawa zwyczajowego⁶.

¹ Według Tilscha, op. cit., s. 39, wymagania te rozbudowano szeroko w średniowieczu po to, aby możliwie ograniczyć stosowanie prawa zwyczajowego, którego respektowanie nie odpowiadało uniwersalistycznym dążnościom Kościoła i cesarstwa. Wymagania o których mowa, przejęte zostały przez późniejsze teorie prawa zwyczajowego.

² Por. Enneccerus, op. cit., s. 83.

³ Zdaniem Puchty, op. cit., s. 143, nauka prawa jest zupełnie odrębnym źródłem prawa, a to z tej przyczyny, że przekonania, które tworzą sobie prawnicy, należą do rzędu tych przekonań, które człowiek nabywa jako jednostka, a nie jako członek narodu. Stąd prawo jurystów (Juristenrecht) nie może uchodzić za prawo zwyczajowe.

⁴ Op. cit., s. 88. Por. również Zitelmann, op. cit., s. 380: »Und wir Juristen sind doch auch Volk und demnach auch beim Gewohnheitsrecht beteiligt«.

⁵ Op. cit., s. 83.

⁶ W teoriach dotyczących prawa zwyczajowego, miesza się częstoć dwa zagadnienia, a mianowicie zagadnienie wpływu prawników

b) Praktyka musi być równomierna, tj. akty praktyki idącej w pewnym kierunku nie mogą być równoważone, czy majoryzowane, przez akty praktyki idącej w kierunku odmiennym¹. Pojedyncze odchylenia od danej praktyki są bez znaczenia². Wymaganie to uzasadniają zwolennicy teorii przekonania tym, że w przypadku, gdy praktyka nie jest równomierna, nie można wnosić, iż praktykowana zasada odpowiada powszechnemu przekonaniu, zaś zwolennicy teorii woli upatrują w nierównomierności praktyki oznakę wskazującą na to, że nie wytworzyła się jeszcze powszechna wola stosowania danej zasady.

c) Praktyka musi być trwała, tj. akty praktyki muszą się powtarzać przez dłuższy okres czasu³. Teorie »klasyczne« nie

na tworzenie się przekonań prawnych wzgl. woli prawnej społeczności i zagadnienie wpływu orzeczeń sądowych na tworzenie się prawa zwyczajowego.

W teoriach »klasycznych« pod terminem »praktyka« (Übung) należy rozumieć zarówno faktyczne stosowanie się do pewnej zasady przez obywateli, jak i stosowanie jej przez sądy w orzeczeniach.

Niektórzy z Glossatorów przyjmowali, że »consensus«, tj. uznanie pewnej zasady, może powstać nie tylko przez milczące zaakceptowanie jej przez ogół obywateli, lecz również przez wyraźne oświadczenie woli dokonane przez władzę. Władza działa wtedy, jako przedstawiciel ogółu obywateli. Por. o tym Brie, op. cit., s. 150.

W późniejszych czasach z podobną koncepcją wystąpił Thöl, Das Handelsrecht, 1875, s. 37, który odniósł jednak zastępstwo nie do władzy, lecz do prawników. Prawo, płynące z przekonań i wyobrażeń prawników (Juristenrecht), nazywa on »prawem zwyczajowym przez zastępstwo« (Gewohnheitsrecht durch Vertretung). O wpływie orzeczeń sądowych na powstawanie prawa zwyczajowego patrz niżej s. 24 i n.

¹ Por. Windscheid, op. cit., s. 85.

² Por. Enneccerus, op. cit., s. 82.

³ Glossatorzy usiłowali ustalić długość tego okresu w ten sposób, że nadawali przymiotnikom, których używa Corpus Iuris na oznaczenie długotrwałości zwyczaju, a w szczególności przymiotnikowi »longa« (consuetudo), ścisłe techniczne znaczenie, łącząc je ze znaczeniem terminu »longi temporis praescriptio«. Wyprowadzali stąd wniosek, że czas wymagany do tego, aby »consuetudo« stała się istotnie »longa«, wynosi 10 lub 20 lat. Por. o tym Brie, op. cit., s. 144.

Rozwiązanie to polegało tylko na wykorzystaniu przypadkowej zbieżności terminów. Poza tym ani Glossatorzy ani Postglossatorzy nie łączyli ściślej problemu prawa zwyczajowego z problemem przedawnienia wzgl. zasiedzenia.

określają bliżej długości tego okresu ani ilości wymaganych aktów praktyki¹.

d) Niektórzy przedstawiciele teorii »klasycznych« wymagają nadto, aby praktyka była rozumna², tj. aby nie sprzeciwiała się zasadom rozumnego postępowania.

e) Jeżeli chodzi o partykularne prawo zwyczajowe, to wymagają jeszcze niektórzy z autorów³, aby praktyka nie sprzeciwiała się porządkowi publicznemu i dobrym obyczajom. Powszechne prawo zwyczajowe (tj. prawo zwyczajowe przestrzegane na terytorium całego państwa) nie może być natomiast pod tym względem kontrolowane, gdyż skoro cały naród przejawia przez akty praktyki wolę wprowadzenia pewnych norm, to tym samym aktów tych nie można uważać za sprzeciwiające się porządkowi publicznemu i dobrym obyczajom⁴.

Dopiero wcześnie Kanoniści wystąpili z tezą, że prawo zwyczajowe, z którego płyną (jak to dziś określamy) prawa podmiotowe dla jednostek, powstaje przez zasiedzenie zwyczaju powodujące, że prawa głowy Kościoła do stanowienia ustaw ulegają odpowiedniemu uszczupleniu (*consuetudo legitime praescripta*). Czas wymagany dla takiego zasiedzenia wynosi lat 40, tj. tyle samo, ile wynosił czas potrzebny dla zasiedzenia praw przeciwko Kościołowi. Późniejsi Kanoniści porzucili tę koncepcję, jakkolwiek posługiwali się nadal terminem »*consuetudo legitime praescripta*« (por. tamże).

Echa tej koncepcji pojawiają się i w naszych czasach: np. Gény, op. cit., t. 1, s. 346. uważa, że prawu zwyczajowemu przypada w procesie tworzenia się prawa przedmiotowego podobna rola jak ta, którą przy powstawaniu praw podmiotowych gra przedawnienie (*nabywczę*).

¹ Kodeks Józefiński (z r. 1786) postanawiał w § 12, że na to aby zwyczaj miał moc obowiązującą, musi być zastosowany przynajmniej 3 razy przez wszystkich, względnie przez większą część, a od pierwszego zastosowania musi minąć conajmniej 10 lat, w ciągu których nikt się zwyczajowi nie sprzeciwił.

² Por. Windscheid, op. cit., s. 85. Glossatorzy podawali jako szkolny przykład nierozumnej praktyki zwyczaj, który wytworzył się w Bolonii a dotyczył przewozu wina. Polegał on na tym, że jeżeli w czasie przewożenia wina właściciel dotknął ręką wozu, chociażby po to, aby go podeprzeć, niebezpieczeństwo przechodziło w całości z przewoźnika na właściciela (por. Brie, op. cit., s. 113). Kanoniści uważali za nierozumną każdą praktykę grzeszną lub sprzeciwiającą się zasadom organizacji Kościoła (*pravus usus, prava consuetudo, consuetudo irrationabilis*, por. tamże, s. 72).

³ Por. np. Enneccerus, op. cit., s. 84.

⁴ Gény, *Méthode d'interprétation*, t. 1, s. 373, utożsamia dwa ostatnie wymagania. Nierozumność praktyki polega według niego na

Jak już wspomniałem, w teoriach »klasycznych« przejawia się tendencja do zrównoważenia (przeważającego ciągle jeszcze) elementu wewnętrznego przez element zewnętrzny. Tendencja ta wzmagala się w miarę słabnięcia wpływów szkoły historycznej i pod koniec XIX wieku zrodziła próby wyjaśnienia istoty prawa zwyczajowego przy zupełnym usunięciu w cień elementu wewnętrznego (w jego dotychczasowym rozumieniu). Próby te nazwać można teoriami prostej praktyki.

5. Teorie prostej praktyki

Jellinek w dziele pt. *Allgemeine Staatslehre*¹ wystąpił m. in. z teorią o tzw. »normatywnej sile faktów« (normative Kraft des Tatsächlichen). Jego zdaniem »człowiek odnosi się do otaczających go przedmiotów, do zjawisk nieustannie dostrzeganych, nie tylko jako do zjawisk rzeczywistych, lecz także jako do norm, służących mu za sprawdziany, przy pomocy których bada różne odchylenia, ocenia zjawiska obce. Nie należy mieć tu na myśli wyłącznie sprawdzianów etycznych lub prawniczych, ujawnia się to w tysiącnych normach składających się na życie«.

»Tendencje podnoszenia rzeczywistości do znaczenia czegoś normalnego obserwować można w całej czystości u dziecka. Dziecko domaga się powtórzenia raz usłyszanego opowiadania z tymi samymi zwrotami, każde odchylenie uważa ono za błędne. Faktyczne posiadanie zabawki uważa ono za stan prawny, stąd więc wszelkie zakłócenie w posiadaniu uważa za zakłócenie tego stanu...«.

»Zgoła mylnym byłoby dopatrywać się normatywnej siły faktów w kwalifikowaniu ich, jako rozumnych, świadomie lub nieświadomie. Fakty rzeczywiste mogą być potem racjonalizowane, ich znaczenie normatywne polega na niedającej się dalej zgłębić właściwości naszej natury, mocą której rzecz raz wykonana da się fizjologicznie i psychologicznie łatwiej odtworzyć, aniżeli rzecz nowa«.

W oparciu o opisaną właściwość umysłu ludzkiego, tłumaczy Jellinek następująco powstanie i istotę prawa zwyczajowego:

tym, że praktyka jest antyspołeczna, tj. sprzeciwia się porządkowi publicznemu lub dobrym obyczajom.

¹ Cytuję według tłumaczenia Peretiatkowicza, 1921, s. 200 i n.

»Prawo zwyczajowe nie wypływa z ducha ludu, który je sankcjonuje, ani z przekonania ogółu, że coś staje się prawem, mocą jego wewnętrznej konieczności, ani też z milczącego aktu woli ludu; źródłem, z którego prawo zwyczajowe wypływa, jest ogólna psychiczna właściwość, dzięki której fakty rzeczywiste, stale się powtarzające, uważane są za fakty normatywne; wiążąca siła prawa zwyczajowego jest tego samego pochodzenia, co siła wiążąca ceremoniału lub mody«.

Podobną koncepcję prawa zwyczajowego wysunął Zitelmann¹. Według Zitelmanna źródło mocy obowiązującej prawa zwyczajowego leży »w owym osobliwym zjawisku psychicznym, polegającym na tym, iż normalnie myślący człowiek wtedy wytwarza sobie wyobrażenie, że dany porządek prawny obowiązuje, gdy spostrzeżę długie faktyczne panowanie tego porządku i oczekuje, iż to faktyczne panowanie będzie trwało także i w przyszłości...² W przypadku, gdy pewna norma prawna jest istotnie przestrzegana i zachodzi prawdopodobieństwo, że będzie przestrzegana także w przyszłości (właśnie dlatego, że trwałe źródło motywacji upatrywane jest w skuteczności normy)³, pojęcie faktu (Begriff des Tatsächlichen) przemienia się w pojęcie prawności (Begriff des Rechtlichen)«.

»Przy takim tworzeniu się prawa zwyczajowego rzecz przedstawia się tak samo, jak przy tworzeniu się owej ogólnej zasady prawnej, umożliwiającej dopiero powstanie prawa pisanego. Prawo pisane przyjmuje, jako założenie swojego obowiązywania, obowiązywanie owej najogólniejszej zasady prawnej, na mocy której ktoś jest ustawodawcą; od zasady tej wywodzi prawo pisane swoją moc obowiązującą. O tyle zatem prawo pisane jest źródłem prawa o mocy wtórnej, pochodnej«.

¹ Gewohnheitsrecht und Irrthum, Archiv f. d. civ. Praxis, t. 66, 1883. Poglądy Jellinka i Zitelmanna wykazują pewne podobieństwo do zapatrywań głoszonych wcześniej przez Sturma w rozprawie pt. Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. 1877. Według Sturma zwyczaj polega na wewnętrznej konieczności zachowywania się w pewien sposób: »Das Wesen der Gewohnheit ist innere Notwendigkeit« (s. 13). Uzasadnienie psychologiczne, którym posługuje się Sturm przypomina wywody Jellinka. W późniejszym czasie Sturm zmienił swoje poglądy, por. tegoż autora Recht und Rechtsquellen, 1883, s. 25.

² Op. cit., s. 459.

³ W tekście Zitelmanna nie ma nawiasu.

Teorie Jellinka i Zitelmana sprowadzają, jak widać, problem prawa zwyczajowego do elementu prostej praktyki. Nie pomijają one jednak (wbrew powszechnemu o nich mniemaniu) elementu wewnętrznego, przeciwnie interesują się nim niewątpliwie, skoro dążą do wyjaśnienia procesu tworzenia się prawa zwyczajowego na drodze psychologicznej. Niemniej element wewnętrzny interesuje wspomniane teorie tylko przy badaniu mechaniki tworzenia się prawa zwyczajowego. Nawet i tu jednak nadają mu one treść zupełnie odmienną od tej, którą nadawano mu dotychczas.

Element wewnętrzny nie interesuje natomiast tych teorii przy badaniu istniejącego już prawa zwyczajowego. Jedynym wskaźnikiem istnienia tego prawa i zarazem jedynym jego istotnym składnikiem jest dla nich istnienie prostej (tj. niekwalifikowanej towarzyszeniem jakichś stanów, czy działań psychicznych) praktyki. Sam zewnętrzny fakt stosowania pewnej zasady uważany jest zarazem za źródło jej mocy obowiązującej.

Tak więc teorie prostej praktyki obalają ów metafizyczny związek między »duchem narodu« a prawem zwyczajowym, upatrując podstawę mocy obowiązującej tego prawa w zupełnie prozaicznych i pozbawionych wszelkiej tajemniczości faktach. Poza tymi faktami pozostaje już tylko (jak wyraził się Gierke) »ziejąca pustka«¹.

Takie ujęcie prowadziło do pewnej deprecjacji prawa zwyczajowego. Prawo to, zrzucone z piedestału, na którym postawiła je szkoła historyczna, musiało stracić na powadze. Prostej praktyce (której motywy są obojętne) trudno przypisać taki sam walor, jaki przypisuje się ustawie, powstającej zwykle w wyniku długich przygotowań i rozważań czynników, powołanych do stanowienia prawa².

Owa deprecjacja prawa zwyczajowego odpowiadała zamierzeniom kierunku pozytywistycznego, który zapanował w niemieckiej nauce prawa w okresie realizacji zjednoczenia politycznego Niemiec. Kierunek ten, jak już wspomniano, ujmował całe życie prawne wyłącznie z aspektu państwowego. Słabnące wpływy

¹ »Das gähnende Nichts«. Por. o tym Oertmann, *Volksrecht und Gesetzrecht*, 1898, s. 17.

² Por. o tym tamże.

szkoły historycznej były jednak w owym czasie jeszcze dość silne na to, by zapobiec zupełnemu wyeliminowaniu nauki o prawie zwyczajowym z ówczesnych podręczników prawa prywatnego. Wpływy te potrafiły nadto zapłodnić i podeprzeć »klasyczne« teorie prawa zwyczajowego i umożliwić im przetrwanie (na pozycji poglądu panującego) do naszych czasów.

Pozytywiści, walcząc z tymi wpływami, dążyli do stworzenia takiej koncepcji prawa zwyczajowego, która dałaby się pogodzić z ich wyobrażeniem o wszechmocy władzy państwowej.

Gustaw Rümelin w rozprawie pt. *Das Gewohnheitsrecht*¹ wystąpił w owym czasie z tezą, że źródłem mocy obowiązującej wszelkiego prawa jest wola państwa (*Staatswille*). Stąd państwo może wydawać skutecznie przepisy, regulujące sposób powstawania prawa. Takie monopolistyczne ujęcie roli państwa w zakresie stanowienia prawa nie dało się oczywiście pogodzić z tradycyjną koncepcją prawa zwyczajowego. Musiano przeto stworzyć konstrukcję, która pozwoliłaby na wyprowadzenie mocy obowiązującej tego prawa z woli państwa. Na tej drodze powstała tzw. teoria przyzwolenia (*Gestattungstheorie*).

6. Teoria przyzwolenia.

Podług teorii przyzwolenia (*Gestattungstheorie*)² moc obowiązująca prawa zwyczajowego opiera się wyłącznie na przyzwoleniu (*Gestattung, Genehmigung*) udzielonym normie zwyczajowej przez ustawodawcę (państwo)³. Owo przyzwolenie może być

¹ Iherings *Jahrbücher*, t. 27, 1888, s. 153 i n.

² Por. Adickes, *Die Lehre von den Rechtsquellen*, 1872; G. Rümelin, *Das Gewohnheitsrecht*, Iherings *Jahrbücher*, t. 27, 1888, [s. 153 i n.; Staub-Pisko, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 1908, s. 5 i n.

³ Por. G. Rümelin, *op. cit.*, s. 190: »Ich nehme zunächst einmal an, dass sich, abgesehen von der staatlicher Genehmigung, kein Grund für die Geltung des Gewohnheitsrechts finden lässt«.

Rozumowanie, które przywiodło G. Rümelina do cytowanej tezy jest równie zawile, jak mało przekonywujące: Wszelkie obowiązki są z natury swej tylko albo prawne, albo etyczne (s. 164); obowiązek respektowania prawa zwyczajowego jest obowiązkiem etycznym (s. 166). W Niemczech obowiązek ten o tyle istnieje, że państwo uznaje prawo zwyczajowe a tym samym czyni je częścią porządku państwowego. To ostatnie twierdzenie oparte jest na założeniu, że istnieje etyczny obowiązek uznawania porządku państwowego. W Niemczech obowiązek taki rzeczywiście istnieje.

albo wyraźne albo dorozumiane¹. Ustawodawca może również oznaczyć zakres, w którym prawo zwyczajowe ma obowiązywać a nawet zapobiegać w drodze odpowiedniego zakazu powstawaniu takiego prawa.

Zasadniczy motyw teorii przyzwolenia nie jest bynajmniej nowy². Pojawia się on w nauce prawa periodycznie w okresach, kiedy państwo wykazuje wzmoczoną aktywność w dziedzinie ustawodawstwa. Podobna idea podyktowała pewne przepisy kodeksów wydawanych w okresie światłego absolutyzmu. Patent wprowadzający Landrecht pruski³ zawierał przepis, uchylający wprost powszechne prawo zwyczajowe. Inne kodyfikacje z końca XVIII wieku zawierały zastrzeżenia, że prawo zwyczajowe obowiązuje tylko w przypadku, gdy powołuje się na nie ustawa⁴. Przepis taki znalazł się w austriackim kodeksie cywilnym z r. 1811⁵. Teoria przyzwolenia zatem reaktywowała jedynie

Dla urzędników wypływa on stąd, że oddali się oni na usługi państwa; obowiązek ten ciąży jednak nie tylko na urzędnikach, lecz na każdym obywatelu, a to z tej przyczyny, że państwo troszczy się o zrealizowanie wymagań etyki a równocześnie stwarza najważniejszą podstawę dla pomysłowości społeczeństwa i jednostki (s. 186 i n.).

¹ Stanowisko G. Rümelina w przedmiocie dorozumianego przyzwolenia ustawodawcy jest niejasne: w jednym miejscu swoich wywodów przyjmuje on, że mocy obowiązującej prawa zwyczajowego nie można opierać na milczącym przyzwoleniu, w innym zaś miejscu podaje, że przyzwolenia można się dopatrywać nawet w milczeniu ustawy (por. s. 206).

² Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, s. 113, podaje, że Glossatorzy, chcąc wyjaśnić zjawisko derogowania ustawy przez prawo zwyczajowe, przyjmowali, że cesarz wyraża milcząco zgodę na uchylenie odnośnego przepisu. Niektórzy z Postglossatorów uważali, że powszechne prawo zwyczajowe obowiązuje tylko o tyle, o ile uzyskało milczące przyzwolenie cesarza (s. 150).

³ Z 5 lutego 1794 (§ 1).

⁴ Np. Kodeks Józefiński (*Josephinisches Gesetzbuch*) z 1786 r. (I, § 9 i 10) i Kodeks Zachodnio-Galicyski (*Westgalizisches Gesetzbuch*), z r. 1797 (§ 22).

⁵ § 10: „Auf Gewohnheiten kann nur in den Fällen, in welchen sich ein Gesetz darauf beruft, Rücksicht genommen werden“. Termin „Gewohnheiten“ użyty w tym przepisie oznacza według zgodnej opinii prawo zwyczajowe. Przepis ten oddziałal silnie na poglądy autorów, którzy pisali na tle kodeksu cywilnego austriackiego. Wielu z nich wypowiedziało się za poglądem, że państwo może w drodze wydania odpo-

idee znane w nauce prawa od dawna. Teoria ta nie potrafiła zadowolić pozytywistów niemieckich. Ujmowała ona problem prawa zwyczajowego w sposób zewnętrzny i formalny, nie wyjaśniając istoty i odrębności tego prawa. Nie ustawano przeto w poszukiwaniach za takim wytłumaczeniem prawa zwyczajowego, które by, nie uchybiając wyobrażeniom o monopolu państwa w zakresie stanowienia prawa, uwydatniało równocześnie swoistą odrębność prawa zwyczajowego.

7. Teoria praktyki organów państwa

Oertman, który w r. 1898 uważał się jeszcze za »wiernego syna szkoły historycznej«¹, wystąpił w r. 1914² z nową, własną teorią prawa zwyczajowego. Oertmann wychodzi z konstrukcji Zitelmanna³ i przyjmuje, że fakt długiego przestrzegania jakiejś zasady wywołuje w nas wyobrażenie o jej prawności. Według Oertmanna należy jednak ściśle odróżnić stosowanie zasady przez organy państwa (np. przez sądy) od ulegania tej zasadzie przez obywateli⁴.

wiednich przepisów wyeliminować w ogóle prawo zwyczajowe, por. np. Till, O prawie zwyczajowym, Przegląd Sądowy i Administracyjny, t. 2, nr 22, z 30 V 1877 (s. 177); Zoll starszy, Über die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechts, Iherings Jahrbücher, t. 13, 1873 (s. 452); Tilsch, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und die Gewohnheiten im Wandel des Jahrhunderts, Festschrift zur Jahrhundertfeier des A. B. G. B., 1911 (s. 40). Podług tego ostatniego ustawodawca austriacki wyeliminował prawo zwyczajowe z rzędu źródeł prawa, zadając mu cios miłosierdzia, oszczędzony temu prawu w Niemczech i we Francji. Inaczej jednak Dniestrzański, O istocie prawa zwyczajowego, Przegląd Prawa i Administracji, t. 29, 1904 (s. 201). Podług Dniestrzańskiego użyty w § 7 cytowanego kodeksu termin »natürlichen Rechtsgrundsätze«, który oznaczał dawniej zasady prawa natury, oznacza obecnie prawo zwyczajowe.

¹ Por. wyżej s. 9.

² W dziele pt. Rechtsordnung und Verkehrssitte.

³ Powołując się na niego wyraźnie, por. op. cit., s. 17.

⁴ W ten sposób Oertmann kładzie kres tradycyjnemu pomieszaniu pojęć, o którym wspomniałem wyżej, s. 16, uw. 6. Do odróżnienia o którym mowa szczególną wagę przywiązuje nauka prawa administracyjnego; por. Langrod, Uwagi o roli zwyczaju w prawie administracyjnym, Państwo i Prawo 1947, zes. 2, s. 19 i n.: »W prawie administracyjnym odróżnić wypada zwyczaj, oparty na pewnym zachowaniu się ludności tzn. administrowanych, od zwyczaju, opartego na pewnej praktyce administrujących«; pierwszy określamy mianem »zwyczaju«, drugi »precedensu«.

Faktyczne uleganie pewnej zasadzie jest zjawiskiem czysto społecznym¹. Jako takie nie może ono kreować reguł skutecznych z punktu widzenia państwa, gdyż całą siłę tworzenia prawa ma wyłącznie państwo, nie zaś społeczeństwo². Państwo jest jedynym i wyłącznym źródłem prawa. Stąd dla powstania prawa zwyczajowego decydujący jest tylko usus, wychodzący ze strony organów władzy państwowej³.

»Jeżeli państwo lub jakaś społeczność, uznana przez państwo za mającą moc tworzenia prawa, stosuje przez swoje organy daną normę, to norma ta jest wzgl. staje się normą prawną; jeżeli stosuje ją tylko społeczeństwo... to norma ta jest bez wyjątków tylko normą zwyczaju«⁴.

Zdaniem Oertmanna należy w organach państwa (i to nie tylko sądowych, ale i administracyjnych) widzieć organy tworzenia prawa. Nie można natomiast tak ściśle, jak to jest w zwyczaju od czasów Monteskiusza, przegradzać od siebie organów ustawodawczych i administracyjnych.

Kreowanie prawa zwyczajowego polega właśnie na tworzeniu i uzupełnianiu norm prawnych przez praktykę sądów i władz administracyjnych. Ten rodzaj kreowania prawa nie jest bynajmniej jakimś wtórnym sposobem produkowania norm prawnych, opartym na wyraźnym, czy milczącym przyzwoleniu ustawodawcy. Mamy tu do czynienia z państwowym, jakkolwiek nie ustawowym tworzeniem prawa⁵.

Motywy, którymi kierują się organy państwa, stosując daną normę, są obojętne. Rozstrzygającym jest nie to, dla czego norma ta jest stosowana, lecz to, że się ją stosuje⁶.

Oertmann zdaje sobie jednak sprawę z tego, że takie ujęcie nie rozwiązuje zagadnienia prawa zwyczajowego⁷ i w dalszej części swoich wywodów stara się dociec, jakimi czynnikami (poza ustawą) kierują się organy państwa przy stanowieniu prawa w opisany wyżej sposób. W dociekaniach swoich dochodzi Oertmann

¹ »eine rein gesellschaftliche Erscheinung«, op. cit., s. 18.

² Por. wyżej pogląd G. Rümelina, s. 22.

³ Op. cit., s. 17.

⁴ Op. cit., s. 17; w tekście Oertmanna nie ma podkreśleń.

⁵ »Staatliche, aber nichtgesetzliche Rechtsbildung«, op. cit., s. 20.

⁶ Op. cit., s. 17.

⁷ Op. cit., s. 20.

do wniosku, że najważniejszym z tych czynników są zwyczaje panujące w obrocie (Verkehrssitte). Proces tworzenia się prawa zwyczajowego polega jego zdaniem na recepcji tych zwyczajów przez porządek prawny, drogą stosownego działania organów państwa. Przez recepcję taką odnośne normy stają się normami prawa, nie przestając zresztą równocześnie być normami zwyczaju. Stosowania się do nich domagają się teraz dwie społeczności: państwowa i socjalna. Recypowana w powyższy sposób norma pozostaje normą prawną¹, choćby nawet zwyczaj, stojący u jej podstawy, odpadł. Związek między normą prawną a normą zwyczajową jest tylko genetyczny, a nie funkcjonalny².

W Polsce zbliżone poglądy reprezentował Wróblewski³. Jego zdaniem decydująca dla wytworzenia się prawa zwyczajowego jest jednak nie każda praktyka organów państwa, lecz tylko stała praktyka sądowa i to praktyka najwyższych instancyj. Widomym znakiem ustalenia się takiej praktyki jest dopiero wpisanie uświęconej zwyczajem zasady do księgi zasad prawnych Sądu Najwyższego⁴. »Wówczas, ale dopiero wówczas« można zdaniem Wróblewskiego uważać praktykę za ustaloną, a co za tym idzie przyjąć, że powstało prawo zwyczajowe⁵.

¹ Podobnie Somlo, *Juristische Grundlehre*, s. 337.

² Op. cit., s. 20.

³ Komentarz do Kodeksu Handlowego, 1935, s. 12.

⁴ Według art. art. 40 i 41 prawa o ustroju sądów powszechnych.

⁵ Według Langroda, O tzw. prawie sędziowskim, *Państwo i Prawo*, 1946, zes. 8, s. 21 i n., zjawisko przemiany zwyczaju w prawo zwyczajowe »wiąże się z uprzednią (a nie tylko z następną) ingerencją autorytetu, choć nie ustawodawczego, lecz sądowego (tzn. innego niż ustawodawczy).... Sędzia rozstrzygając w konkretnym sporze, czy istnieje zwyczaj, na który powołuje się jedna ze stron czy to wtedy, gdy ustawa odwołuje się wręcz do zwyczaju, czy też wtedy, gdy ustawa milczy w tym przedmiocie — tworzy sam, jako »wtórny ustawodawca«, rzeczywiste reguły prawne na podstawie istniejącego zwyczaju... Zazwyczaj wyrok taki ma jednak skuteczność prawną między stronami: inter partes. Żeby więc rozstrzygnięcie sądu urosło do znaczenia reguły (nieustawowej), musi się ono powtarzać, wykazać »progresywność« w serii wyroków, usus fori. Tak więc u źródeł prawa zwyczajowego tkwi jak gdyby dwukrotna progresywność: raz w stadium »upowszechniania się« faktu społecznego, a drugi raz w analogicznym procesie na terenie wymiaru sprawiedliwości (jest to swoista »repetycja konsekracji«, niejako »zwyczaj judykatury«). Środkiem, który ułatwia stwierdzenie ustalenia się judykatury, są zbiory orzeczeń i księgi zasad prawnych.

Teoria przyzwolenia i teoria praktyki organów państwa należą do prób formalnego ujęcia problemu prawa zwyczajowego, tj. do prób, zmierzających do oparcia mocy obowiązującej tego prawa o podstawę formalną, a w szczególności o formalnie pojętą moc państwa do stanowienia prawa¹.

8. Nowsze poglądy francuskie

Wspomniałem już, że nauka francuska nie wykazywała żywszego zainteresowania dla problemu norm zwyczajowych. Przez długi czas nie czyniono we Francji wyraźnej różnicy między prawem zwyczajowym (*coutume*) a zwyczajem (*usage*) i nie przywiązywano żadnej wagi do analizy pojęciowej obydwu czynników. Odróżnianie prawa zwyczajowego od zwyczaju nie jest zresztą po dziś dzień we Francji powszechne. Dla jednych autorów jest zwyczaj tylko odmianą prawa zwyczajowego², dla innych jest

¹ Na pograniczu między teoriami prostej praktyki, teorią przyzwolenia i teorią praktyki organów państwa stoją poglądy Danza. Ogłoszenie jego głównych prac (*Auslegung der Rechtsgeschäfte*, wyd. 1, 1897; wyd. 2, 1906; *Laienverstand und Rechtssprechung*, *Iherings Jahrbücher*, t. 32, 1898, s. 373 i n.; *Einführung in die Rechtssprechung*, 1912) przypada na okres, kiedy w Niemczech w związku z dokonywaną kodyfikacją prawa prywatnego odżyło nieco zainteresowanie dla problemów prawa zwyczajowego a zrodziło się zainteresowanie dla problemów zwyczaju.

Podług Danza sędzia, działając na mocy przepisów kodeksu cywilnego, nakazujących stosowanie zwyczaju, czerpie ze zwyczajów panujących w obrocie pewne normy. Normy te są prawem zwyczajowym. «Skoro sam kodeks cywilny (§§ 157 i 242) stanowi, że normy zaczerpnięte ze zwyczaju panującego w obrocie, trzeba stosować jako normy prawne, to nie można wątpić, że normy te są normami prawa na równi z innymi normami, ustanowionymi wprost przez kodeks». (*Laienverstand und Rechtssprechung*, s. 421). Normy te również z tej przyczyny są normami prawa, że rodzą one dla stron prawa i obowiązki zupełnie tak, jak normy państwowe.

Wierne przedstawienie tez Danza natrafia na trudności, gdyż wywody jego są często niejasne. W szczególności trudno zrozumieć, czy normy zwyczaju stają się prawem zwyczajowym dopiero przez ich zastosowanie przez sędziego (postępującego zgodnie z ustawą, nakazującą stosowanie tych norm), czy też są już takim prawem, zanim zainteresuje się nimi sędzia, a jeżeli tak, to czy są nim z własnej mocy, czy też tylko na skutek odwołania się do nich przez ustawę.

² Por. np. Colin-Capitant, *Cours élémentaire de droit civil fr.*, t. 1, s. 31.

wprost równoznaczny z takim prawem¹. Jak już zaznaczyłem, autorzy francuscy nie są również zgodni co do tego, czy normy zwyczajowe mogą w ogóle uchodzić za źródło prawa. Za przyznaniem prawu zwyczajowemu charakteru formalnego źródła prawa wypowiedzieli się m. in. Gény², Capitant³ i Josserand⁴.

Podług Gény'ego moc obowiązująca prawa zwyczajowego wynika z natury rzeczy. Zjawisko prawa zwyczajowego odpowiada trwałej potrzebie społecznej i pozostaje w zgodzie z głęboko zakorzenionymi instynktami ludzkości⁵.

Gény odmawia jednak normom prawa zwyczajowego (za wyjątkiem norm prawa zw. handlowego) mocy derogowania przepisów ustawy⁶. Zdaje on sobie sprawę z tego, że stanowisko takie trudno pogodzić z jego własnymi poglądami na rolę prawa zwyczajowego, jako formalnego źródła prawa. Uważa jednak, że względy czysto logiczne nie mogą decydować tam, gdzie należy brać pod uwagę względy historyczne i społeczne, z natury swej zmienne. Teoretycznie ustawa i prawo zwyczajowe przedstawiają się jego zdaniem jako źródła prawa o równym autorytecie, niemniej ich wzajemny stosunek sił uzależniony jest każdorazowo od warunków politycznych i socjalnych. Nie da się zaprzeczyć, że obecnie prawo pisane uchodzi za źródło prawa górujące (choćby z uwagi na swoją dokładność i regularność) nad prawem zwyczajowym, które jest niepewne i często niejednolite. Zapatrywania Gény'ego na istotę prawa zwyczajowego są odbiciem niemieckich teorii »klasycznych«⁷.

Dalej niż Gény posuwa się Capitant⁸. Podług niego wszelkie prawo wytwarza się spontanicznie, wypływając ze stosunków

¹ Por. np. Lyon-Caën-Renault, *Traité de droit commercial*, t. 1, s. 90 i n.

² *Méthode d'interprétation*, t. 1, s. 345.

³ *Introduction a l'étude du droit civil*, wyd. 4, s. 51.

⁴ *Cours de droit civil positif fr.*, Paris 1930, t. 1, s. 64 i n. Charakteru źródła prawa odmawiają prawu zwyczajowemu stanowczo Colin-Capitant, op. cit., t. 1, s. 31: »il semble, donc, que la coutume ne peut être considérée aujourd'hui comme une source législative. Ce principe nous paraît incontestable«.

⁵ Op. cit., t. 1, s. 345.

⁶ Op. cit., s. 408.

⁷ Op. cit., s. 320.

⁸ Op. cit., s. 50 i n.

między ludźmi. Rola ustawodawcy ogranicza się do tego, że formułuje on istniejące już prawo. Ustawa nie jest pierwotnym źródłem prawa, jest ona jedynie jego stwierdzeniem¹.

Josserand² rozprawia się z tradycyjnym argumentem, jakoby mandat ustawodawczy, złożony przez francuskie prawo polityczne w ręce izb, wykluczał wszelką możliwość bezpośredniego i spontanicznego tworzenia się prawa. Mniemanie, jakoby społeczeństwo w zupełności zrezygnowało na rzecz władz ze swej mocy stanowienia prawa, jest zdaniem Josseranda chimeryczne i śmieszne. Taka doskonała »kanalizacja« prawa jest zgoła iluzoryczna. Życie płynie i nikt nie ma władzy zatrzymania jego biegu i utwalenia jakiegos stanu na zawsze³.

Prawo zwyczajowe ujmuje Josserand bardzo szeroko. Przez takie prawo rozumie on wszelkie prawo nie będące ustawą. Prawo zwyczajowe rodzi się podług niego spontanicznie, z powszechnych przekonań (*conscience collective*) poza kanałem władzy ustawodawczej, a czerpie swoją treść z wielu źródeł. Należą do nich: »zasady naczelne«, które stanowią szkielet porządku prawnego⁴, dawne zwyczaje (pod warunkiem, że są wyraźne i sięgają daleko w przeszłość), reguły, które się tworzą w łonie pewnych grup zawodowych, i wreszcie *juryspredencja* (w znaczeniu orzecznictwa)⁵.

9. Wnioski końcowe

Przedstawione wyżej zestawienie najważniejszych teorii prawa zwyczajowego uwidacznia, jak daleka jest nauka od stworzenia jednolitej koncepcji tego prawa. Różnice poglądów sięgają bardzo daleko i dotyczą kwestii o pierwszorzędym znaczeniu. Zachodzi zupełna rozbieżność zdań co do tego, jakie cechy uważać należy za istotne dla prawa zwyczajowego. W konsekwencji to samo zjawisko może być prawem zwyczajowym dla jednych (np. dla zwolenników teorii prostej praktyki), nie będąc nim dla innych (np. dla zwolenników teorii »klasycznych«).

¹ Op. cit., s. 51.

² Op. cit., t. 1, s. 64 i n.

³ Op. cit., s. 65.

⁴ Chodzi tu o zasady w rodzaju: »*fraus omnia corrumpit*«, »*error communis facit ius*« itp.

⁵ Źródłu temu przypisuje Josserand największe znaczenie. Nazywa on *juryspredencję* (w powyższym znaczeniu) »*le droit coutumier moderne*«.

III. Teorie zwyczajaju

Zagadnieniem zwyczajaju zaczęto się żywiej interesować stosunkowo późno, bo dopiero pod koniec XIX wieku¹. Przed tym czasem traktowano je, jako jeden z ubocznych problemów nauki o prawie zwyczajowym². Wspomniałem już, że szkoła historyczna interesowała się praktyką, tj. faktycznym przestrzeganiem pewnej zasady, tylko o tyle, o ile praktyka ta była przejawem »przekonań prawnych narodu«, a tym samym symptomem wytworzenia się prawa zwyczajowego³. Praktyka niekwalifikowana w powyższy sposób⁴ nie była niemal wcale przedmiotem badań. Praktyce takiej nie przypisywano w szczególności żadnej mocy normatywnej⁵.

Pierwszym dziełem, które poświęciło więcej uwagi problemowi zwyczajaju, było *Der Zweck im Recht*, Iheringa⁶. Ihering zbadał jednak zwyczaj z aspektu, który nazwalibyśmy dzisiaj socjologicznym, nie interesując się bliżej rolą zwyczajaju w porządku prawnym.

Rozróżnia on dwa rodzaje praktyki: przyzwyczajenie (*Gewöhnung*)⁷ i zwyczaj (*Sitte*). Przyzwyczajenie polega na prostym powtarzaniu pewnego postępowania w jakimś kole ludzi z tym jednak, że odstępstwo od takiej praktyki nie jest kwalifikowane ujemnie przez społeczeństwo. O zwyczajaju można zdaniem Iheringa mówić dopiero wtedy, gdy społeczeństwo zaczyna traktować odstępstwo od danej praktyki, jako naruszenie obowiązku społecznego. Przyzwyczajenie przechodzi z czasem w zwyczaj, przemiany tej nie powoduje jednak sam upływ czasu. Różnica między przyzwyczajeniem a zwyczajem polega zdaniem Iheringa na od-

¹ Niemniej, jeszcze w r. 1873 ukazała się w *Zeitschrift f. das gesamte Handelsrecht*, t. 17, praca Labanda pt. *Die Handelsusancen*. Praca ta, która wywarła silny wpływ na poglądy nauki prawa dotyczące działania zwyczajaju, odnosi się wyłącznie do zwyczajów handlowych.

² Na to »macosze« traktowanie zwyczajaju przez naukę prawa zwrócił uwagę Danz, *Laienverstand und Rechtssprechung*, *Iherings Jahrbücher*, t. 32, 1898, s. 373.

³ Tylko ten rodzaj praktyki określano terminem »*Sitte*«.

⁴ Określana terminem »*Gewöhnung*«.

⁵ Por. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, cz. 1, s. 170.

⁶ Pierwsze wydanie r. 1877 (t. 1) i 1883 (t. 2); cytuję z wydania 4, 1904 (t. 1) i 1905 (t. 2).

⁷ Również »*Brauch*«.

mienności interesów wchodzących w obu przypadkach w grę. Jeżeli działania składające się na praktykę wypływają wyłącznie z interesu indywidualnego każdego z działających, to mamy do czynienia z przyzwyczajeniem, jeżeli motorem tych działań jest nie tylko interes indywidualny, lecz także interes zbiorowości (wzgl. wyłącznie interes zbiorowości), mamy do czynienia ze zwyczajem¹.

Przyzwyczajenie przechodzi w zwyczaj po osiągnięciu punktu krystalizacyjnego, w którym do motywu interesu indywidualnego dołącza się motyw interesu zbiorowości². Następną fazą na tej drodze, może (ale nie musi) być powstanie prawa zwyczajowego. Jeżeli mianowicie pulsująca w zwyczaju idea obowiązku społecznego zmieni się w ideę obowiązku prawnego, zwyczaj staje się prawem zwyczajowym³.

Żywsze zainteresowanie problemami zwyczaju zaznaczyło się w Niemczech (jak już wspomniałem) w okresie prac nad kodyfikacją prawa prywatnego. W projektach niemieckiego kodeksu cywilnego wprowadzono przepisy, dotyczące stosowania zwyczaju przy wykładni umów. Przepisy te spotkały się z entuzjastycznym przyjęciem ze strony nauki prawa⁴ i stały się przedmiotem bogatej literatury. Z tego czasu pochodzą prace Danza⁵, Ehrlicha⁶, Steina⁷, a z nieco późniejszego (niemniej bliskiego jeszcze ogłoszeniu k. c. n.) prace Titzego⁸ i Oertmanna⁹. Prace te, które oddziaływały silnie na kształtowanie się poglądów nauki prawa

¹ Op. cit., t. 2, s. 191.

² Ihering dopuszcza jednak obok takiego »wtórnego« tworzenia się zwyczaju, tj. powstawania zwyczaju z »przyzwyczajenia«, także pierwotne tworzenie się zwyczaju, tj. powstawanie zwyczaju od początku w postaci zwyczaju (s. 193).

³ Op. cit., s. 192.

⁴ Sohm wypowiedział się o § 127 projektu k. c. n. przyjętego w 2. czytaniu komisji (który to przepis odpowiadał § 157 obecnego k. c. n.), że będzie on »bardzo sławnym paragrafem«, por. o tym Danz, *Laienverstand und Rechtssprechung*, *Iherings Jahrbücher*, t. 32, 1898, s. 434. Innym razem nazwał znowu Sohm ten sam przepis »mieczem ognistym praktyki«, por. o tym, tamże, s. 499.

⁵ Por. wyżej, s. 27, uw. 1.

⁶ *Die stillschweigende Willenserklärung*, 1893.

⁷ *Das private Wissen des Richters*, 1893.

⁸ *Die Lehre vom Missverständnis*, 1910.

⁹ *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, 1914.

na działanie zwyczaju, zawierały także wypowiedzi dotyczące istoty zwyczaju.

Według D a n z a o zwyczaju mówić można wtedy, gdy większa ilość osób pewnej kategorii (np. wszyscy kupcy, wszyscy przemysłowcy itp.) powtarza równomiernie takie same czynności. Gdy odbywa się to na jakimś określonym terytorium (np. w określonym kraju, okręgu, mieście), mamy do czynienia z tzw. zwyczajem miejscowym (Ortsgebrauch). Pośród zwyczajów panujących w obrebie największe znaczenie mają, jego zdaniem, tzw. przyzwyczajenia językowe (Sprachgebräuche)¹. Wytwarzają się one na tej drodze, że w pewnych kołach ludzi stale oznacza się tymi samymi słowami, czy zwrotami, te same przedmioty, czy czynności.

Wielkie znaczenie dla uporządkowania wyobrażeń prawników dotyczących zwyczaju miała praca S t e i n a², która ukazała się w r. 1893. Stein, po raz pierwszy w historii nauki prawa, zajął się metodycznym zbadaniem czynników i motywów, którymi kieruje się sędzia przy rozstrzygnięciu sporów. Szczególnie doniosłą rolę grają pośród nich według Steina tzw. zasady doświadczenia (Erfahrungssätze), które sędzia czerpie nie z ustawy, lecz z życia, a to bądź bezpośrednio (z własnej »prywatnej« wiedzy), bądź za pośrednictwem odpowiednich biegłych. Zasady doświadczenia opierają się na zaobserwowanych faktach i mogą być dowiedzione przez wskazanie tych faktów, nie są jednak z nimi równoznaczne³. Do zasad doświadczenia zalicza Stein normy zwyczaju (zwłaszcza handlowego). Jego zdaniem przyjęte tradycyjnie w nauce prawa procesowego traktowanie zwyczaju, jako faktu, polega na błędzie. Jeżeli ktoś w procesie zezna, że w dzieśnięciu, czy dwudziestu przypadkach zachowano np. 8-dniowe respiro, to będzie to bezsprzecznie wypowiedzenie się o faktach, jeżeli jednak ktoś twierdzi, że respiro takie jest zwyczajem,

¹ Auslegung der Rechtsgeschäfte, wyd. 2, s. 97.

² Por. wyżej s. 31, uw. 7.

³ Stein następująco definiuje owe zasady doświadczenia: Zasady doświadczenia są definicjami lub sądami hipotecznymi o ogólnej treści, wziętymi z doświadczenia, a niezależnymi od konkretnego przypadku, który ma być rozstrzygnięty w danym procesie. Są one samoistne również w stosunku do tych przypadków, z których obserwacji zostały zaczerpnięte, a mają znaczenie również dla przypadków dalszych (nowych). Por. op. cit., s. 21.

to nie wypowiada się już o faktach, lecz wyprowadza wniosek indukcyjny, głosi zasadę doświadczenia¹.

Zasługa Steina polega na tym, że skonstruował on dogodną formułę, dla stosowania zwyczaju w procesie cywilnym. Jego tezy znalazły mocny oddźwięk w nauce prawa².

Mechanikę powstawania zwyczaju (w szczególności handlowego) badał Ehrlich³. Według niego zwyczaj handlowy równoznaczny jest z przyzwyczajeniem językowym (Sprachgebrauch). Przyzwyczajenie takie powstaje w ten sposób, że z początku dwie osoby przywykają do posługiwania się we wzajemnych stosunkach pewnymi nowo obmyślanymi oznaczeniami. Stan taki nie zawsze jednak jest związkiem zwyczaju. Tylko wtedy, gdy przyjęte w ten sposób oznaczenia odpowiadają istotnej potrzebie szerokich kół, używanie ich staje się zwyczajem. Punktem wyjścia dla powstania zwyczaju jest zatem potrzeba społeczna, a nie indywidualna.

Podług Bierlinga zwyczaj polega na równomiernym przestrzeganiu wszelkich reguł postępowania ludzkiego. Jednym z rodzajów zwyczaju jest zwyczaj prawny, polegający na równomiernym przestrzeganiu norm prawa⁴.

W r. 1896 Stammler⁵ wystąpił z teorią tzw. norm konwencyjnych. Do norm takich obok zwyczaju zalicza Stammler także normy mody, etykiety, honoru itp. Naturę norm konwencyjnych rozważa Stammler zestawiając je z normami prawa⁶. Odrzuca on rozpowszechniony w epoce pozytywizmu pogląd, jakoby różnica ta streszczała się do odmienności źródeł, z których płyną obydwa rodzaje norm, tj. do tego, że pierwsze pochodzą od społeczeństwa, drugie zaś od państwa. Według Stammlera normy prawa mogą powstać także poza

¹ Ibidem, s. 23.

² Szczególnie często cytuje Steina Danz. Wpływy Steina dają się zauważyć również u Oertmanna (w szczególności w jego dwoistej koncepcji zwyczaju) por. niżej s. 35.

³ Die stillschweigende Willenserklärung, s. 30.

⁴ Por. Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, t. 1, 1877, s. 150 i n.: »Sitte ist die gleichmässige Befolgung und darum die natürlichste, vollständigste Geltungsbewahrung aller möglichen Arten von Regeln für das menschliche Handeln«. O poglądach Bierlinga na stosunek zwyczaju »prawnego« (Rechtssitte) do zwyczaju w ogóle, por. niżej, s. 40.

⁵ W dziele pt. Wirtschaft und Recht, 1896.

⁶ Op. cit., s. 13 i n.

organizacją państwową. Powołuje się on na to, że niejednokrotnie w dziejach prawo powstawało w społecznościach ludzkich, nie będących państwami, a to np. pośród koczujących hord, pośród Żydów wędrujących 40 lat po pustyni itp.¹. Różnicę między obydwu rodzajami norm upatruje Stammler w fakcie, że normy prawa obowiązują na podstawie przymusu, zaś normy konwencjonalne na podstawie podporządkowania się im przez jednostki. Tym samym normy prawa obowiązują bezwarunkowo, zaś normy konwencjonalne tylko hipotetycznie, tj. tylko o tyle, o ile jednostki podporządkują się tym normom, czego bynajmniej nie muszą uczynić².

Stanowisko Stammlera w tej materii poddał krytyce Oertmann w swoim dziele, poświęconym specjalnie zagadnieniom zwyczaju³. Jego zdaniem antyteza Stammlera jest słuszna tylko w swoim pierwszym członie. Rzeczywiście normy prawa obowiązują na podstawie przymusu. Błędem natomiast byłoby sądzić, że przestrzeganie norm zwyczaju pozostawione jest swobodnemu uznaniu jednostek. Jednostka wykraczająca przeciwko tym normom naraża się częstokroć na sankcje o wiele dotkliwsze od sankcji, które grożą jednostce nieprzestrzegającej prawa⁴. Moc zwyczaju gaśnie tylko wobec takiej jednostki, która nie zawaha się przed narażeniem się na najcięższą z sankcji, jakimi rozporządza społeczeństwo, tj. na wykluczenie ze społeczności⁵. Stąd według Oertmanna konwencją jest nie sama norma, lecz należenie do społeczności.

¹ Op. cit., s. 126.

² Op. cit., s. 129.

³ Rechtsordnung und Verkehrssitte.

⁴ Op. cit., s. 6 i n.

⁵ Wielu autorów upatruje najważniejszy motyw posłuchu dla zwyczajów w strachu przed karą, względnie innymi ujemnymi następstwami grożącymi jednostce przekraczającej normy zwyczajowe. Malinowski, *Prawo, zwyczaj, zbrodnia w społeczności dzikich* (w przekładzie Obrębskiego), 1939, zwrócił uwagę na to, że niejednokrotnie równie mocnym, jak groźba kary motywem posłuchu dla zwyczaju jest wyobrażenie o korzyściach, które płyną z jego przestrzegania: »Wizja harmonijnego stosunku i dobrej opinii u społeczeństwa działa równie silnie jak strach i groźby nieuchronnych kar. Pełna miara w spełnieniu każdego obowiązku ugarniowana jest i przyprawiona bogatym systemem przyjemnych oczekiwań kompensacyjnych« (s. 20). Bliżej o motywach posłuchu dla zwyczajów, por. tamże, s. 81 i n.

Termin zwyczaj (Sitte) ma zdaniem Oertmanna dwojakie znaczenie. Oznacza on albo pewne faktyczne zachowanie się, powtarzające się regularnie¹, albo normy, podług których ludzie zachowują się w ten właśnie sposób².

Tylko zwyczaj w tym drugim znaczeniu można porównywać z normą prawną. Zwyczaj w znaczeniu pierwszym (tj. w znaczeniu faktycznego zachowania się) odpowiada natomiast temu, co w odniesieniu do normy prawnej nazywamy uleganiem normie (przez tych, którzy jej podlegają) lub stosowaniem normy (przez powołane do tego organy)³. Zwyczaj, w znaczeniu praktyki, przedstawia się w stosunku do zwyczaju, w znaczeniu normy, po części jako przyczyna, po części zaś jako następstwo. Z jednej bowiem strony trwająca przez pewien czas praktyka wywołuje wreszcie wyobrażenie, że odnośne zachowanie się jest konieczne⁴, z drugiej zaś strony, gdy norma zwyczajowa ustali się przez długie stosowanie, to nabiera ona znaczenia także wobec tych, którzy nie współdziałali przy jej powstawaniu⁵.

Podług Maxa Mayera⁶ przyzwyczajenie społeczne (soziale Gewohnheit) jest pewnym specyficznym sposobem reagowania. Reakcja (polegająca na zachowaniu się podług zwyczaju) wpływa tu raczej z tego, że pewien stan trwa od dłuższego czasu, niż z jakichś zewnętrznych przyczyn. Mayer utrzymuje za Iheringiem, że o zwyczaju mówić można dopiero wtedy, gdy pewne społeczne przyzwyczajenie nabierze mocy obowiązującej⁷.

¹ »Das regelmässig geübte tatsächliche Verhalten«.

² Widać tu wpływ tezy Steina, por. wyżej s. 32.

³ Op. cit., s. 26.

⁴ Tu Oertmann powołuje się na Zitelmanna.

⁵ Op. cit., s. 27.

⁶ Rechtsnormen und Kulturnormen 1903, s. 103 i n.

⁷ Również o poglądy Iheringa oparta jest koncepcja Somlo, Juristische Grundlehre, s. 74. Według Somlo przyzwyczajenie (Gewohnheit) polega na częstym powtarzaniu pewnego zachowania się. Samo przyzwyczajenie jest jednak regułą tylko w znaczeniu ontologicznym, tj. w tym znaczeniu, że odnośne czynności mogą uchodzić za zwykłe. Nabiera ono charakteru normy dopiero wtedy, gdy przejawia się w nim żądanie grupy społecznej, aby ulegano danemu przyzwyczajeniu. W przypadku takim, mamy już do czynienia ze zwyczajem (analogicznie Henrich, Zur Problematik des Gewohnheitsrechts, por. wyżej s. 13 uwaga 37). Zwyczaj definiuje Somlo następująco: eine, von einer sozialen Gruppe in der Form einer sozialen Gewohnheit, ausgedrückte Norm.

Jest rzeczą charakterystyczną, że wielu autorów stosuje w swoich wypowiedziach dotyczących istoty zwyczaju schematy bardzo pokrewne »klasycznemu« schematowi prawa zwyczajowego¹. W schematach tych występuje wyraźny podział znamion zwyczaju na zewnętrzne (praktyka) i wewnętrzne (stany wzgl. czynności psychiczne towarzyszące aktom praktyki). Gdy chodzi o te ostatnie, to jedni spośród autorów poprzestają na ogólnikowym wymaganiu, aby praktyka wynikała z przekonań kół, o które chodzi², inni interesują się bliżej treścią tych przekonań, domagając się np., by dotyczyły one celowości danej praktyki, jej stosowności itp.³. Nie brak nawet takich, którzy (gdy chodzi o zwyczaj handlowy) żądają, aby praktyce towarzyszyło przekonanie o prawności stosowanych zasad⁴.

¹ Por. wyżej s. 5.

² Por. np. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897 unter Ausschluss der Seerechts, 1930, t. 5, s. 387: »Unter der Verkehrssitte ist die durch fortgesetzte Übung in Handel und Wandel im Verkehre der Menschen untereinander zutage tretende Auffassung einer gegebenen Sachlage zu verstehen. Erforderlich zur Entstehung einer Verkehrssitte ist neben der tatsächlichen Übung, eine allgemeine Überzeugung und ein ausreichender Zeitraum«. Podobnie ujmuje istotę zwyczaju Sąd Rzeszy, por. R. G. 135, 339: »Er (scill. der Handelsbrauch) entsteht nur durch fortgesetzte, gleichmässige Übung (Handelsübung) in einem mehr oder weniger umfassenden Verkehrskreise... Er bedarf eines längeren oder kürzeren Zeitablaufs... Die Übung muss der allgemeinen Überzeugung der Kreise entfließen...«. Por. także Schlegelberger, Handesgesetzbuch, 1939, t. 2, s. 848: »Der Handelsbrauch beruht auf einer einheitlichen Verkehrsauffassung der beteiligten Kreise, die sich in einem Ort, einem Bezirk, oder im ganzen Reich gebildet hat... Es ist nicht erforderlich, dass, die Übung die sich in der Verkehrsauffassung durchgesetzt hat, die Zustimmung aller beteiligten Kreise findet, es ist auch nicht nötig, dass alle Beteiligten gleichmässig durch die Übung berücksichtigt werden. Entscheidend ist allein, dass sich in einer bestimmten Frage eine einheitliche Behandlung im Handel und Gewerbe durchgesetzt hat«.

³ Por. np. Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, 1913, t. 1, s. 269: »... ein Verhalten, das zwar üblich, aber nicht rechtlich notwendig ist, ... dem wohl die Zweckmässigkeit und Angemessenheit zugrunde liegt, aber die Überzeugung rechtlicher Gebundenheit fehlt«.

⁴ Por. Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 1928, s. 50. Por. również R. G. 110, 47: »Aber um einen Handelsbrauch oder eine Handelssitte annehmen zu können, dazu fehlten zwei Voraussetzungen: einmal die durchgehende Zustimmung und Rechtsüberzeugung

Nauka francuska interesowała się zwyczajem w jeszcze mniejszym stopniu, jak prawem zwyczajowym. Wypowiedzi, dotyczące istoty zwyczaju są w literaturze francuskiej rzadkie i fragmentaryczne. Autorzy francuscy, o ile zajmują się zwyczajem, to raczej pod kątem widzenia jego działania, a w szczególności jego znaczenia dla tłumaczenia oświadczeń woli. Stąd definicje i określenia zwyczaju, którymi się posługują, są w znacznej mierze wpływem swoistych zapatrywań nauki francuskiej na rolę zwyczaju przy tłumaczeniu tych oświadczeń¹. I tak np. Thaller² definiuje zwyczaj następująco: Jest to klauzula milcząca, dorozumiana w umowie, przez którą strony normują swoje stosunki, idąc za przyjętą praktyką³.

Definicję Thallera akceptuje z uznaniem Gény⁴, który zajmuje się stosunkowo obszernie zwyczajem w swoim dziele poświęconym zagadnieniom wykładni i źródeł prawa⁵. Głównym przedmiotem zainteresowania Gény'ego⁶ jest jednak nie zwyczaj, lecz prawo zwyczajowe. Gény daje wprawdzie kilkakrotnie określenia zwyczaju, lecz określenia te różnią się między sobą tak, że niełatwo jest dociec, jakie cechy uważa on za istotne dla zwyczaju⁷. Niektóre z określeń Gény'ego są, podobnie jak zaakceptowana przez niego definicja Thallera, odbiciem swoistych zapatrywań nauki francuskiej na rolę zwyczaju przy wykładni⁸. Porównanie von Handel und Gewerbe und zweitens der zur Bildung eines Handelsbrauchs erforderliche Zeitraum«.

Podług Davida, Verkehrsgewohnheit, Gewohnheitsrecht und ergänzendes Satzungsrecht, 1940, wymaganie to usprawiedliwione jest obecnie tym, że zwyczaj, w swoim działaniu normującym, zbliża się do prawa zwyczajowego.

¹ Por. o tym niżej, s. 95, uw. 4 i s. 112 uw. 3.

² *Traité élémentaire de droit commercial*, wyd. 5, 1917.

³ *Op. cit.*, s. 43.

⁴ *Méthode d'interprétation*, t. 1, s. 421.

⁵ Głównie s. 418 i n. *op. cit.*

⁶ W odnośnej części dzieła.

⁷ Różne określenia zwyczaju zamieszcza Gény np. na s. 357, 418, 422.

⁸ Por. np. określenie na s. 418: «Il s'agit de ces pratiques quelques-unes générales, la plupart locales ou professionnelles qui enveloppent tacitement la formation des actes juridiques spécialement des contrats, et, qu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, purgé d'un vain formalisme et dominé par la bonne foi... on sous-entend dans tous ces actes, même sauf quelques réserves, dans les actes solennels, pour interpréter ou compléter la volonté des parties ou celle de l'auteur de l'acte».

użytych przez Gény'ego określeń prowadzi do wniosku, że jego wyobrażenia o istocie zwyczaju nie odbiegają od poglądów nauki niemieckiej. W szczególności, o ile można wnosić, Gény utożsamia zwyczaj z długotrwałą i równomierną (stałą) praktyką¹.

IV. Poglądy dotyczące różnicy między zwyczajem a prawem zwyczajowym²

Reprezentowane w nauce prawa poglądy na istotę zwyczaju, chociaż niejednolite, nie są jednak w tym stopniu rozbieżne, jak poglądy na istotę prawa zwyczajowego³. Stąd zapatrywania poszczególnych autorów dotyczące różnicy, między zwyczajem a prawem zwyczajowym, uzależnione są głównie od tego, jaką teorię prawa zwyczajowego wyznaje dany autor.

Dla zwolenników teorii »klasycznych« zwyczaj jest etapem na drodze tworzenia się prawa zwyczajowego. Jeżeli do praktyki, która ma wszystkie cechy zwyczaju⁴, dołączy się owa opinio iuris (seu necessitatis), powstaje prawo zwyczajowe. Różnica między zwyczajem a prawem zwyczajowym streszcza się zatem do obecności owej opinio, której brak zwyczajowi, a która jest istotną cechą prawa zwyczajowego^{5, 6}.

Teoria praktyki organów państwa upatruje różnicę, o której mowa, w odmienności pochodzenia aktów praktyki.

¹ Op. cit., s. 422.

² Chodzi tu wyłącznie o różnicę zachodzącą w istocie obydwu czynników, a nie o różnicę w ich działaniu, tj. w funkcjach, które przypisuje im porządek prawny. Zdarza się często, że obydwie różnice traktowane są łącznie, por. np. Gény, op. cit., t. 1, s. 425—428. Takie ujęcie powoduje pewne zaciemnienie obrazu, a z punktu widzenia systematyki uchodzić musi za błędne, skoro najpierw musimy stwierdzić, czy pewne zjawisko jest prawem zwyczajowym, czy zwyczajem, a dopiero potem, stosownie do jego charakteru, możemy przypisać mu takie, czy inne działanie.

³ Można w szczególności przyjąć, że mimo dużych różnic w sformułowaniach, o wiele łatwiej przyszło by osiągnąć zgodę przy rozstrzygnięciu pytania, czy pewne zjawisko jest zwyczajem, niż przy rozstrzygnięciu pytania, czy pewne zjawisko jest prawem zwyczajowym.

⁴ I odpowiada wymaganiom obiektywnym, opisanym wyżej, s. 16 i n.

⁵ Co do treści owej opinio, por. wyżej, s. 12 i n.

⁶ Stąd dla tych, którzy wymaganie »opinio iuris« stawiają również zwyczajowi (por. wyżej s. 36, uwaga 4), zacierą się różnica między zwyczajem a prawem zwyczajowym.

Jeżeli akty praktyki (choćby zupełnie jednolitej i ustalonej) pochodzą tylko od społeczeństwa, mamy do czynienia ze zwyczajem; dopiero gdy państwo lub jakaś społeczność uznana przez państwo za mającą moc tworzenia prawa, przez swoje organy (zwłaszcza, lecz nie wyłącznie przez sądy) zacznie w sposób stały stosować pewną zasadę, powstaje prawo zwyczajowe¹.

Teorie prostej praktyki zacierają różnicę między zwyczajem a prawem zwyczajowym², błędem byłoby jednak przypuszczać, że nie uznają jej zupełnie. Zitelmann³ nie utożsamia bynajmniej zwyczaju z prawem zwyczajowym, nie tłumaczy jednak, na czym polega zachodząca między nimi różnica. Ogranicza się on do stwierdzenia, że odróżnienie obydwu czynników jest niezmiernie trudne, i zapowiada, że dla uniknięcia zbytniego skomplikowania swoich wywodów będzie operował jednym tylko pojęciem, obejmującym zarówno prawo zwyczajowe, jak i zwyczaj.

Jest rzeczą bardzo ważną, że wielu autorów (niezależnie od tego, jaką teorię wyznają) przeprowadza między zwyczajami pewnego rodzaju selekcję przyjmując, że nie wszystkie z nich mogą być »awansowane« do stopnia prawa zwyczajowego. Zdarność do takiego »awansu« ma być w szczególności uzależniona od treści zwyczaju.

Według Iheringa⁴ istnieją pewne treści, które zgodnie ze swoją naturą, tj. ze swoim przeznaczeniem społecznym, należą do sfery zwyczaju, i inne treści, które należą do sfery prawa. Tak np. zwyczaj dawania podarunków przy pewnych okazjach istnieje od niepamiętnych czasów, nie przerodził się jednak w prawo zwyczajowe. Jak widać, »material« nie nadaje się do takiej przemiany. Ihering przyjmuje jednak, że w przebiegu historycznym treści właściwe dla zwyczaju mogą przyjąć postać prawa i na odwrót⁵.

¹ Jeszcze dalej idzie Wróblewski, por. wyżej, s. 26.

² Podobnie czyni teoria Danza, por. wyżej s. 27, uw. 1.

³ Por. wyżej, s. 20.

⁴ *Der Zweck im Recht*, t. 2, s. 232.

⁵ Podług Dniestrzańskiego, O istocie prawa zwyczajowego, zwyczaj obejmuje wszelkie objawy życia społecznego, prawo zaś zajmuje się tylko najważniejszymi (s. 54). Wnikliwą selekcję w tym przedmiocie przeprowadza Malinowski, *Prawo, zwyczaj, zbrodnia w społeczności dzikich*. Zdaniem Malinowskiego (s. 43) błędny jest rozpowszechniony wśród etnologów pogląd, jakoby cały system reguł, którymi rządzą się

Bierling, który, jak już wspomniano (por. wyżej s. 33), pojmuje zwyczaj, jako równomierne przestrzeganie wszelkich reguł postępowania ludzkiego, wyróżnia spośród zwyczajów specjalne zwyczaje »prawne« (Rechtssitte). Ze zwyczajem »prawnym« mamy jego zdaniem do czynienia wtedy, gdy przestrzegane reguły są normami prawa, tj. zasadami uznanymi za normy społeczne, regulujące stosunek człowieka do człowieka¹.

Według Steina² istnieją pewne zwyczaje, które nie mogą stać się prawem zwyczajowym, bo dotyczą czynności, nie mających żadnego znaczenia prawnego. Do takich należą zwyczaje dotyczące opakowania towarów, prowadzenia ksiąg handlowych itp.

społeczeństwa pierwotne, stanowił jednolitą i niezróżnicowaną całość i jakoby wśród urządzeń i składników kultury pierwotnej nie dało się wyodrębnić zjawisk specyficznie prawnych: »... musimy przeprowadzić zasadnicze rozróżnienie między tym, co można by nazwać obowiązującymi i usankcjonowanymi zwyczajami, zwyczajami, w stosunku do których występuje silna tendencja stron zainteresowanych do uchylania się od nich, łamania ich lub obchodzenia, a z drugiej strony — zwyczajami, które są naturalne albo obojętne... Sposoby bycia i reguły, określające codzienną rutynę dnia lub sezonowe następstwo wydarzeń, są wszystkie zwyczajami, lecz nie nakładają na jednostkę trudnych i uciążliwych obowiązków, z których inna jednostka odnosi korzyść. Ani też zwyczaje te nie ograniczają, nie ujmują w karby i nie niweczą takich ludzkich popędów, jak płęć, chciwość, próżność, ambicja, dążenie do awansu w hierarchii społecznej. Te reguły, reguły zwykłego lub naturalnego zwyczaju, nigdy nie są usankcjonowane w tym znaczeniu, że łamanie ich wywołuje niezadowolenie u każdego, a stąd reakcję indywidualną lub powszechną i stąd także zorganizowaną karę« (s. 12). Por. również przedmowę Znamierowskiego do tego dzieła, s. IX.

¹ »Gemeinschaftsnormen von Genossen gegen Genossen«, por. Zur Kritik der Juristischen Grundbegriffe, t. 1, s. 150 i n. i Juristische Prinzipienlehre, t. 1, s. 68 i n. Inne rodzaje zwyczaju (np. przestrzeganie reguł religii, pietyzmu, smaku itd.) nie są zresztą zdaniem Bierlinga w stosunku do zwyczaju prawnego czymś niższym, podporządkowanym. Stoją one na tym samym stopniu. Różnica polega wyłącznie na odmienności przestrzeganych reguł. Jest tendencją państwa, aby także przestrzeganie norm prawa stanowionego (das gesetzte Recht) przechodziło w zwyczaj (Juristische Prinzipienlehre, t. 2, s. 297). Pojęcie zwyczaju prawnego i pojęcie prawa zwyczajowego są wprawdzie pokrewne, ale bynajmniej nie identyczne. Termin »zwyczaj prawny«, w przeciwieństwie do terminu »prawo zwyczajowe«, nie odnosi się do jakiegoś rodzaju prawa, lecz oznacza pewien rodzaj zwyczaju (s. 298).

² Das private Wissen des Richters, s. 22.

D a n z¹ rozróżnia między zwyczajami takie, które przynależą do sfery prawa, i takie, które przynależą do sfery obyczajów i przyzwoitości. Sędzia musi zdawać sobie sprawę z tej różnicy, gdyż swój sąd o powstaniu praw, czy obowiązków stron może on oprzeć tylko na gruncie zwyczajów przynależnych do sfery prawa. Oznaką wskazującą na to, że zwyczaj przynależy do sfery prawa, będzie dla sędziego to, że świadczenie, którego dotyczy zwyczaj, zastrzegane bywa zwykle w umowach. Tak np. zwyczaj dawania napiwków nie należy do sfery prawa, bo nie jest przyjęte zobowiązanie się do dawania napiwków w drodze umowy. Podobnie zwyczaj urządzania zabawy dożynkowej dla żeńców.

Zdaniem B i e r m a n n a² opinio necessitatis³ może się dołączyć do praktyki tylko wtedy, gdy treść praktyki, podług poglądów ogółu, należy do sfery prawa, a nie do sfery prostego zwyczaju. W przeciwnym wypadku społeczność zdaje sobie sprawę z tego, że nie musi stosować się do danej praktyki i że jeżeli to czyni, to tylko z własnej woli.

Również według O e r t m a n n a⁴ nie wszystkie zwyczaje mogą przekształcić się (w drodze »repcji«) w prawo zwyczajowe. Przemianie takiej nie mogą w szczególności ulec te zwyczaje, które dotyczą tylko strony technicznej i faktycznej⁵, jak również i te, do których sięga się wyłącznie, jako do środka pomocniczego przy wykładni czynności prawnych lub przy ocenie działań o znaczeniu prawnym.

¹ Laienverstand und Rechtssprechung, s. 460 i n.

² Bürgerliches Recht, Berlin 1908, t. 1, s. 17.

³ Przez którą Bierman rozumie przekonanie, że dana praktyka jest normą wiążącą także i na przyszłość.

⁴ Rechtsordnung und Verkehrssitte, s. 21.

⁵ Podobnie David, op. cit., s. 22, który przyjmuje, że tendencję do umacniania się w postaci prawa zwyczajowego mają tylko zwyczaje, organizujące bezpośrednio obrót społeczny (»Gewohnheiten die den sozialen, insbesondere geschäftlichen Verkehr unmittelbar organisieren«). Zwyczaje które dotyczą kwestyj technicznych (»auf den technischen Innenbetrieb beschränkten Gebraüche«) nie zmieniają się w prawo.

V. Krytyka przedstawionych teorii prawa zwyczajowego i poglądów dotyczących różnicy między zwyczajem a prawem zwyczajowym

1. Krytyka tez szkoły historycznej

Wspomniałem już, że obraz prawa zwyczajowego, stworzony przez szkołę historyczną, był niezwykle sugestywny i że po dzień nie stworzono teorii, która mogłaby mu dorównać, gdy chodzi o jednolitość budowy i wyrazistość rysunku. Obraz ten, jak się wyraził Oertmann¹, był jednak zbyt piękny na to, aby być prawdziwym. Wyobrażenie, że prawo wypływa bezpośrednio z przekonań narodu, jako jeden z przejawów aktywności jego »ducha«, zawiera domieszkę mistyki, a oparta na nim koncepcja prawa zwyczajowego uchyla się w pewnej mierze spod kontroli poznania naukowego². Nadto wcześniej już zauważono, że przyjęta przez szkołę historyczną koncepcja spontanicznego tworzenia się prawa dotyczyć może jedynie zupełnie wczesnych stadiów rozwojowych narodu. Gdy chodzi o stadia późniejsze, kiedy życie komplikuje się a społeczeństwo podlega zróżnicowaniu i podziałowi na najrozmaitsze grupy, koncepcja ta zawodzi.

Szkoła historyczna posługuje się błędnym uproszczeniem, polegającym na przypisywaniu narodowi, jako całości, działań i stanów psychicznych analogicznych do tych, które zachodzą u jednostek³. Na gruncie jej tez nie można wytłumaczyć powstania prawa zwyczajowego w łonie społeczności nie będących narodami, np. w łonie organizacji międzynarodowych lub na terytoriach zamieszkałych przez kilka narodowości. Teoria ta nie bierze pod uwagę faktu, że przy tworzeniu się tego prawa więzi innego rodzaju (np. zawodowe) mogą oddziaływać o wiele

¹ Volksrecht und Gesetzesrecht, s. 23.

² Słusznie zauważa Gény, Méthode d'interprétation, t. 1, s. 347, że z chwilą, gdy badając prawo zwyczajowe opuścimy (jak to czyni szkoła historyczna) sferę realiów, każda z możliwych do przyjęcia koncepcji będzie koncepcją subiektywną, która pod kształtem hipotezy naukowej wiąże prawo zwyczajowe z jakąś wyższą zasadą idealną.

³ Por. o tym Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, s. 419: »Es ist... das Charakteristikum aller Theorien der historischen Schule, dass sie ein psychisches Gesamtphänomen als vorhanden behaupten«. Por. również Sturm, Recht und Rechtsquellen, 1883, s. 34: »Es gibt kein Gesamtich mit Gesamtgehirn und Gesamtwillen«.

mocniej, niż więź narodowa. Przy dzisiejszym stanie rozwoju prawa wpływ cech narodowych może się zaznaczać silniej raczej tylko przy powstawaniu instytucyj prawa państwowego (politycznego). W zakresie stosunków prywatnych, zwłaszcza prawno-majątkowych, wpływ ten jest o wiele słabszy. Jeszcze słabiej występuje on w specjalnych dziedzinach prawa, jak np. w prawie handlowym, czy wekslowym¹.

Błędem szkoły historycznej jest również przesada w ocenie znaczenia prawa zwyczajowego dla rozwoju prawa². Szkoła ta, jak to wytknął Ihering³, zupełnie ignoruje znaczenie postępu, który się dokonał przez przejście od formy prawa zwyczajowego do formy ustawy⁴.

¹ Zitelmann, op. cit., s. 416, zwrócił uwagę na to, że istnieje wiele norm, których treść jest właściwie obojętna a chodzi tylko o to, aby istniały jakieś normy. Prawo zwyczajowe prywatne składa się obecnie zdaniem Zitelmanna głównie z takich właśnie norm a zatem z norm, co do których trudno mówić o owym mistycznym »przekonaniu wewnętrznym« lub o przekonaniu o ich sprawiedliwości (Gerechtigkeitsüberzeugung).

² Ihering, Geist des römischen Rechts, t. 2, § 25, s. 29, tłumaczy właściwe szkole historycznej przesadne faworyzowanie prawa zwyczajowego następująco: »Das Gewohnheitsrecht lässt sich recht eigentlich, als das Schosskind der s. g. historischen Schule bezeichnen; es scheint, als ob sie sich verpflichtet gefühlt hätte, dasselbe für die Vernachlässigung, die es früher erfahren, durch um so liebevollere Behandlung zu entschädigen«.

³ Tamże, s. 31.

⁴ Tę wadę szkoły historycznej napiętnował szczególnie dobitnie Petrażycki, Zagadnienia prawa zwyczajowego (w tłumaczeniu J. Sunderlanda, 1938). Podług niego (s. 67) istotnym czynnikiem postępu w dziedzinie prawa były zawsze jedynie ustawy. Przeciwnie prawo zwyczajowe było czynnikiem hamującym rozwój. Petrażycki poddał ostrej krytyce wysuwaną przez szkołę historyczną tezę o szczególnej giętkości i ruchliwości prawa zwyczajowego: »Teoria giętkości i ruchliwości prawa zwyczajowego jest niezgodna z prawdą. Za typową cechą prawa zwyczajowego należy uznać właśnie konserwatyzm i bezwład; nie zdolność nadążania za duchem narodu, lecz właściwość opóźniania się w stosunku do niego i hamowania jego swobodnego ruchu swoją bezwładnością... stanowi istotną cechą prawa zwyczajowego... Kultura nie posuwa się naprzód proporcjonalnie do czasu, lecz w tempie przyspieszonym... Im prędzej mknie życie, tym prędzej mądrość prawna najodleglejszych przodków przemienia się w absurd prawny, tym trudniej prawu zwyczajowemu nadążyć za postępem... Coraz szybciej i mocniej utrwała się taki stan kultury, w którym ustawa nabywa w stosunku do prawa zwyczajowego

Szkoła historyczna posługiwała się wreszcie w swojej teorii prawa zwyczajowego konstrukcją »*opinio iuris*« (seu *necessitatis*). Stąd odnoszą się do niej również uwagi krytyczne, zamieszczone poniżej w ustępie (2) poświęconym teoriom »klasycznym«.

2. Krytyka teoryj »klasycznych«

Teoria przekonania przyjmuje, jak wspomniano, że istotną cechą prawa zwyczajowego i zarazem znamieniem odróżniającym to prawo od zwyczaju jest owa »*opinio iuris*« (seu *necessitatis*), polegająca na powszechnym przekonaniu, że zasady, które się stosuje, są, wzgl. winny być, prawem, że zatem przestrzeganie ich jest koniecznością prawną. Teoria ta była przedmiotem żywych ataków, zwłaszcza ze strony tych autorów, którzy starali się usunąć lub przynajmniej zmniejszyć dystans między prawem zwyczajowym a zwyczajem.

Danz¹ wysunął przeciwko koncepcji »*opinio necessitatis*« argument, że prawo zwyczajowe może, podobnie jak każde prawo, zawierać obok norm bezwzględnie obowiązujących także normy dyspozytywne, a przy przestrzeganiu tych ostatnich odpada przekonanie, że stosowanie ich jest koniecznością prawną, skoro strony mogą swobodnie i z pełnym skutkiem prawnym uregulować swój stosunek inaczej. Argument ten, niewątpliwie słuszny, podważył teorię przekonania w odniesieniu do dyspozytywnych norm prawa zwyczajowego².

Przeciwnicy teorii przekonania występują nadto z trafnym argumentem, że kryterium, którym posługuje się ona przy defi-

wartość »niezrównaną« (Petrażycki odwrócił tu powiedzenie Gierkego o »niezrównanej« wartości prawa zwyczajowego)... Ideał polega na zastąpieniu prawa zwyczajowego przez świadomą rozumną politykę i przejście do niej jest tym konieczniejsze, im szybciej zachodzą zmiany... (s. 12)... Tak jak bez naukowej myśli technicznej, za pomocą doświadczenia kolejnych pokoleń, nie można byłoby osiągnąć rozwoju telefonu, fonografu itp., tak też osiągnięcie wielu norm prawa jest nie do pomyślenia przy rozwoju wyłącznie zwyczajowo-prawnym».

¹ Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, wyd. 2, s. 104; Laienverstand und Rechtsprechung, s. 459.

² Niektórzy z autorów ograniczają pojęcie prawa zwyczajowego do norm *iuris cogentis* i tych norm dyspozytywnych, »których zadanie nie polega na wyjaśnianiu, względnie uzupełnianiu oświadczeń woli«. Por. Titze, Die Lehre vom Missverständnis, s. 474.

niowaniu prawa zwyczajowego i odróżnianiu go od zwyczaju, jest zbyt pływne¹. Istotnie fakty i stany, które mają odpowiadać terminowi »opinio iuris« (seu necessitatis), są zbyt trudne do uchwycenia i sprawdzenia, aby służyć mogły za podstawę dla tak zasadniczych odróżnień. Trafnie zauważa Oertmann², iż sędzia przyjmując, że pewna praktyka odpowiada przekonaniom narodu, zbyt łatwo może kierować się tylko własnym przekonaniem, podstawiając je niejako w miejsce przekonań narodu³.

Wzgląd powyższy, jakkolwiek doniosły z punktu widzenia praktyki prawa, nie przesądzałyby jednak o nietrafności teorii przekonania ze stanowiska teoretycznego. W szczególności zaś nie wykluczałby on sądu, że stany odpowiadające terminowi »opinio iuris« (wzgl. »opinio necessitatis«), jakkolwiek trudne do sprawdzenia, stanowią jednak mimo wszystko podstawę mocy obowiązującej prawa zwyczajowego. Teza ta wydaje się jednak błędną z tej przyczyny, że stany, o które chodzi (a w szczególności przekonanie, że zasada, którą się stosuje jest prawem), są m. zd. w stosunku do prawa zwyczajowego wtórne⁴. Można by tu, odwracając tezę szkoły historycznej, przyjąć, że stany te, o ile powstają, stanowią jedynie symptom wytworzenia się tego prawa i nie

¹ Według Zitelmana zjawisko »powszechnego przekonania« wogóle nie istnieje. Zapytuje on: »Wo ist das Gehirn, das Träger der Gesamtüberzeugung ist?« Nazwie »powszechnie przekonanie« nie odpowiada zatem zdaniem Zitelmana nic w rzeczywistości (por. s. 419 i n.). Co się tyczy tzw. Gerechtigkeitsstheorie (por. wyżej s. 13, uw. 1), to jest ona według Zitelmana nadto dlatego błędna, że cechą wszelkiego prawa jest jego pozytywność. Stąd przekonanie, że jakaś norma winna obowiązywać, gdyż jest sprawiedliwa, nie może nadać jej charakteru normy prawa. Sprawiedliwość jest tylko ideałem, do którego dążymy, nie jest zaś bynajmniej identyczna z prawem.

² Volksrecht und Gesetzesrecht, s. 22.

³ Por. również Till, O prawie zwyczajowym, s. 176: »Wiemy, raczej przypuszczamy, że ono (scill. prawo zwyczajowe) istnieje, lecz uchwycić go nie możemy, a jeśli się nam zdaje, żeśmy je uchwycili, żeśmy rozstrzygnęli dany przypadek według tego ogólnego przekonania narodu, to w istocie było to nasze subiektywne zapatrywanie się, które nami kierowało, a któremu w naszym pojęciu nadaliśmy byt obiektywny«.

⁴ Por. niżej, s. 55.

mogą być uważane za *causa efficiens* jego mocy obowiązującej, a tym mniej za nieodzowny składnik jego istoty¹.

Zwolennicy teorii woli² starali się obalić teorię przekonania twierdzeniem, że samo przekonanie, choćby nawet przejawiające się w aktach praktyki, nie może kreować prawa; u podstawy wszelkiego prawa stać bowiem musi coś więcej, a mianowicie wola społeczności³. Warunkiem powstania prawa zwyczajowego jest przeto to, by akty praktyki były aktami woli zrealizowania (wzgl. nawet przeforsowania) pewnej zasady, jako zasady prawnej.

Uznanie tego argumentu za trafny byłoby oczywiście równoznaczne z przyłączeniem się do teorii woli. Teoria ta nasuwa jednak zasadnicze zastrzeżenia. W szczególności akty praktyki, kwalifikowane tak, jak się ona tego domaga, wydarzają się, o ile sądzić można, bardzo rzadko. Właściwym motorem praktyki jest, m. zd. raczej prosta tendencja do naśladowania form postępowania, które przez ustawiczne stosowanie stały się nawykniem społeczności.

3. Krytyka teoryj prostej praktyki

Jak wspomniano, teorie »klasyczne«, pozostające pod niewygasłym wpływem tej szkoły historycznej, stanowią do dziś dnia w nauce prawa pogląd panujący. Pojawienie się teoryj prostej praktyki, usuwających w cień dominujący dotąd element wewnętrzny, było pewnego rodzaju rewelacją. Teorie te spotkały się z ostrą krytyką ze strony zwolenników doktryny tradycyjnej. Były one niezwykle trudne do przyjęcia dla umysłów przywykłych

¹ Teorii przekonania zarzucano m. in. również popadanie w tzw. błędne koło, por. E. Jung, Das sogenannte Gewohnheitsrecht als Grundfrage der Rechtsquellen, Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, t. 22, 1928, s. 227 i n.: »Und die gemeinrechtliche Lehre fordert... zu der dauernden Übung noch die Überzeugung der Übenden, dass das, was sie üben, Recht sei. Mit anderen Worten in der Begriffsbestimmung des Gewohnheitsrechts kehrt der Ausdruck Recht wieder; ein zweifelloser Zirkel« (s. 230).

² Por. Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, s. 81.

³ Według Zitelmana, op. cit., s. 365, u podstaw teorii woli leży pewne pomieszanie pojęć. W szczególności pomieszano politycznie zorganizowany »populus« z ludem w znaczeniu naturalnym.

do ścisłego rozgraniczania sfery »bytu« (sein) od sfery »powinności« (sollen). Według Enneccerusa¹ pozostanie na zawsze rzeczą niezrozumiałą, w jaki sposób czysto zewnętrzny fakt posiadać ma moc wiążącą. Jego zdaniem praktyka rodzi wprawdzie przez popęd do naśladowania i przyzwyczajenie pobudki do działania w pewien sposób, jednak prawo wypływa dopiero z aktu woli, który powstaje pod wpływem tych pobudek. Oertmann² (w okresie, kiedy uważał się jeszcze za epigona szkoły historycznej) nazwał teorię Zitelmana rozwiązaniem całkowicie zewnętrznym. Jego zdaniem teoria ta nie wyjaśnia istoty zagadnienia, w szczególności zaś nie tłumaczy, czym kieruje się naród, stosując w praktyce np. zasadę nieodpowiadającą jego przekonaniom i woli³.

Znaczenie teoryj prostej praktyki polega m. zd. przede wszystkim na tym, że ich twórcy, po raz pierwszy w dziejach badań nad prawem zwyczajowym, nie zadawałnając się ogólnymi formułami w rodzaju »przekonań narodu«, »aktów woli zbiorowej« itp., sięgnęli po wytłumaczenie interesującego ich zjawiska do psychologii. Dalszą zdobyczą tych teoryj jest śmiało przerzucenie pomostu między sferą »bytu« a sferą »powinności«, oddzielonymi dotąd głęboką przepaścią.

Teorie prostej praktyki dotknięte są jednak zasadniczym brakiem: nie tłumaczą one, dlaczego jedne spośród norm wpływających z praktyki rozwijają się w normy prawne, inne zaś na zawsze pozostają w sferze zwyczaju, ceremonialu, mody itp. Dla zagadnienia, które jest przedmiotem niniejszego rozdziału, teorie te o tyle nie mają większego znaczenia, że nie wyjaśniają one (niezapoznawanej zresztą bynajmniej przez swoich zwolenników) różnicy między zwyczajem a prawem zwyczajowym.

4. Krytyka teorii przyzwolenia

Teoria przyzwolenia nie jest ściśle biorąc teorią prawa zwyczajowego, nie odpowiada bowiem na pytanie, czym jest to prawo, a tylko przynosi pewną koncepcję dotyczącą jego mocy

¹ Op. cit., s. 82.

² Volksrecht und Gesetzesrecht, s. 26.

³ G. Rümelin, Das Gewohnheitsrecht, s. 193, zauważa nadto, że teoria Zitelmana nie wyjaśnia, dlaczego nikomu nie przyszłoby na myśl, by złe i niesprawiedliwe praktyki (*Missbräuche und Ungerechtigkeiten*), stosowane przecież tak często, utrwać, jako normy prawa zwyczajowego.

obowiązującej i jego stosunku do innych źródeł prawa¹. Nie tłumacząc istoty prawa zwyczajowego nie tłumaczy teoria przyzwolenia tym samym różnicy między tym prawem a zwyczajem.

Przeciwnicy omawianej teorii posługują się oddawna trafnym argumentem, że prawo zwyczajowe jest, jako forma powstawania prawa, historycznie wcześniejsze od ustawy tak, że nie można, rozumując poprawnie, przyjmować, że zawdzięcza ono swoją moc obowiązującą ustawie². Piętą achillesową teorii przyzwolenia jest jednak to, że na jej gruncie nie można wyjaśnić zachodzącego nierzadko zjawiska derogowania przepisów ustawy przez prawo zwyczajowe (w drodze tzw. *consuetudo contraria*)³. Doświadczenie poucza nadto, że państwo nie może skutecznie zapobiegać zjawisku derogowania przepisów ustawy przez prawo zwyczajowe ani przeciwdziałać powstawaniu takiego prawa⁴. W szczególności

¹ Słusznie przeto zauważa Somlo, *Juristische Grundlehre*, s. 366, że teoria przyzwolenia z konieczności zdana jest na inne teorie prawa zwyczajowego. Podobnie Zitelmann, *op. cit.*, s. 361 i n.: gdybyśmy przyjęli, że źródłem mocy obowiązującej prawa zwyczajowego jest ustawa, to musielibyśmy także przyjąć, że ustawa może dowolnie określać, co to jest prawo zwyczajowe, a więc przyjmować dowolne teorie tego prawa.

² Por. Zitelmann, *op. cit.*, s. 361, również Pommer, *Schwankungen der reichsgerichtlichen Rechtssprechung und Folgerungen aus der reichsgerichtlichen Rechtssprechung über die Natur des Gewohnheitsrechts*, 1929. Podług Zitelmanna (s. 364) ktoś, kto opiera moc obowiązującą prawa zwyczajowego na autorytecie państwa, podobny jest do Münchhausena, wyciągającego się za własny warkocz z wody.

³ Por. przykłady podane wyżej, s. 9, uw. 2. Przepisy ustawy ulegają również zderogowaniu w drodze tzw. *desuetudo*. Dobry przykład tego podaje Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, s. 69: We Francji wydano w r. 1634 *ordonans* królewski, zabraniający palenia tytoniu pod karą. *Ordonans* ten nie został nigdy uchylony w drodze ustawowej; przestał obowiązywać *per desuetudinem*. Przypadki zderogowania przepisu ustawy w drodze *desuetudo* nie są jednak (wbrew panującym poglądom) objawami zwycięstwa prawa zwyczajowego nad ustawą, skoro w miejsce uchylonej normy nie wchodzi żadna norma zwyczajowa. Inaczej przy zderogowaniu *per consuetudinem contrariam*.

⁴ Związane z tym problemy omawiano w literaturze bardzo często. Zajął się nimi obszernie Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, t. 2, s. 327 i n. Podług Bierlinga niespornym jest, że poszczególne normy zwyczajowe mogą być uchylane przez ustawę. Jakiś ogólny zakaz tworzenia norm zwyczajowych, byłby bezsensowny i nieskuteczny. Niemniej państwo może ważnie odmówić normom zwyczajowym ochrony prawnej, jakkolwiek odmowę taką trudno byłoby usprawiedliwić. Co się tyczy zakazu tworzenia

zamieszczanie w ustawie przepisów stanowiących, że prawo zwyczajowe obowiązuje tylko o tyle, o ile powołuje się na nie ustawa, okazało się środkiem całkowicie zawodnym. Stąd nowsze kodyfikacje nie zawierają już takich przepisów¹. Obserwowane niejednokrotnie zjawisko derogowania przepisów ustawy przez prawo zwyczajowe wskazuje na to, że stosunek ustawy do tego prawa nie jest stosunkiem nadrzędności, lecz stosunkiem sił. Pogląd, że prawo zwyczajowe jest samoistnym źródłem prawa, niezależnym od uznania przez ustawę jest w nauce polskiej i niemieckiej poglądem panującym². Jak wspomniano inne zapatrywania w tej materii panują w nauce francuskiej.

norm zwyczajowych, które byłyby sprzeczne z wyraźnymi przepisami ustawy, to zakaz taki byłby wprawdzie ważny, lecz skuteczności jego nie należy przeceniać. Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Archiv f. d. civil. Praxis, t. 69, 1885, s. 275 i n., przyjmuje, że ustawa nie może skutecznie zakazać tworzenia prawa zwyczajowego, gdyż imperatywy ustawy skierowane są do jednostek, a te, jako takie, nie tworzą tego prawa (por. s. 290). O poglądach autorów piszących na tle kodeksu cywilnego austriackiego, por. wyżej s. 23, uw. 5.

¹ Inaczej jednak nowy kodeks cywilny włoski z r. 1942, por. niżej s. 57, uw. 1.

Pierwszy projekt niemieckiego k. c. głosił w § 2: »Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf das Gewohnheitsrecht verweist«. Przepis ten był przedmiotem ożywionej polemiki. Przeciwno jego przyjęciu występowali szczególnie ostro Schuppe i Gierke. Ten ostatni oświadczył m. in. że już ze względu na sam § 2 cały projekt nie nadaje się do przyjęcia (por. o tym Oertmann, op. cit., s. 19). Przepis nie wszedł w końcu do k. c. n.

² Z piśmiennictwa polskiego por. Zoll, Prawo cywilne w zarysie, t. 1, s. 23; Dziurzyński-Fenichel-Honzatko, Kodeks Handlowy, 1935, s. 6; Wróblewski, Komentarz do kodeksu handlowego, s. 13. Inaczej jednak Koschembahr-Łyskowski, Le code civil et la coutume, Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, 1939, s. 403—415. Podług Koschembahr-Łyskowskiego normy zwyczajowe nie mogą nigdy obowiązywać *contra legem*. Większość autorów niemieckich przyznaje prawu zwyczajowemu charakter samoistnego źródła prawa, por. np. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, t. 1, s. 92; Danz, Laienverstand und Rechtssprechung, s. 416 i n.; Biermann, Bürgerliches Recht, s. 18; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, t. 1, s. 17; Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, s. 18; Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts, s. 3.

5. Krytyka teorii praktyki organów państwa

Niewątpliwą zaletą teorii praktyki organów państwa jest to, że charakteryzując prawo zwyczajowe i rozważając różnicę między tym prawem a zwyczajem posługuje się ona kryteriami łatwo uchwytnymi i sprawdzalnymi. Wytworzenie się stałej praktyki organów państwa jest bez wątpienia faktem o wiele łatwiejszym do spostrzeżenia, niż wytworzenie się »opinio necessitatis«.

Niemniej przeciwko przyjęciu tej teorii nasuwają się następujące zastrzeżenia:

Prawo zwyczajowe powstaje podług niej w tej drodze, że państwo przez swoje organy »recypuje« do porządku prawnego normy zwyczaju, nadając im charakter norm prawa. Bez tej recepcji normy, o których mowa, pozostałyby na zawsze tylko normami zwyczaju. Praktyka organów państwa nie przedstawia się zatem jako stosowanie już istniejącego prawa; praktyka ta wytwarza nowe, poprzednio nieistniejące prawo. Zwyczaj spada tu do roli motywu, którym kieruje się sędzia, czy urzędnik administracyjny, przy swojej czynności tworzenia prawa. Na gruncie omawianej teorii nie można zatem mówić o tworzeniu się prawa w drodze zwyczajowej, a tym samym ściśle biorąc i o prawie zwyczajowym. Równie dobrze można by mówić o takim prawie w przypadku, gdy państwo (co się często zdarza) nadaje przepisom nowej ustawy treść, pokrywającą się z treścią istniejących już norm zwyczaju.

Idąc za rozumowaniem omawianej teorii, należałoby nadto wykluczyć powstawanie prawa zwyczajowego w materiach, w których nie zapadło dotąd żadne orzeczenie władzy, względnie zapadło ich zbyt mało na to, aby można było przyjąć stałą praktykę. Tymczasem w obrocie prawnym, a zwłaszcza w obrocie handlowym, który niezbyt chętnie zwraca się o ingerencję do sądu, czy innej władzy, może powstać szereg sytuacji, których z tych, czy innych przyczyn nie poddano rozpoznaniu władzy, a dla których wytworzyły się normy zwyczajowe. Trudno przyjąć, aby normy te, niczym istotnym nie różniące się od norm, które »uświęciło« orzecznictwo, miały na zawsze pozostać tylko w sferze zwyczaju. Jak słusznie stwierdza Petrażycki¹, »rzeczywista praktyka prawa nie odbywa się w sądzie i nie wykonywują jej sędziowie

¹ Op. cit., s. 17.

i adwokaci; odbywa się ona wszędzie, gdzie ludzie zawiązują między sobą rozmaite stosunki, i wykonywa ją całe społeczeństwo wszędzie i w każdej chwili. Ten mały odsetek, a raczej nawet minimalny ułamek procentu praw i obowiązków, który podlega rozpoznaniu przez sąd, nie stanowi normalnej praktyki prawa... lecz tylko rzadkie wypadki niepowodzeń praktyki prawa, patologiczne wyjątki z praktyki prawnej¹. Stąd błędem jest ograniczanie tworzenia się prawa zwyczajowego wyłącznie do przypadków, w których państwo ingerowało przez swoje organy.

Teoria praktyki organów państwa nie tłumaczy również, na jakiej podstawie prawnej oparte były orzeczenia władzy poprzedzające chwilę, w której mówić już można o wytworzeniu się stałej praktyki. Wzgląd, że podług tej teorii sądy (wzgl. inne władze) nie tylko stosują istniejące już prawo, lecz także tworzą nowe, dotąd nieistniejące, nie wyjaśnia tego zagadnienia, skoro dopiero stała praktyka władz, a nie konkretne orzeczenia, mają stworzyć prawo zwyczajowe².

Względy, które skłaniają mnie do odrzucenia koncepcji prawa zwyczajowego wysuniętej przez omawianą teorię, sprawiają również, że nie mogę zadowolnić się sposobem, w jaki tłumaczy ona różnicę między prawem zwyczajowym a zwyczajem.

VI. Pogląd własny

Zwyczaj (sensu largo) jest to zjawisko polegające na tym, że w pewnym, odpowiednio szerokim kole ludzi przez dłuższy czas przestrzega się pewnego postępowania. Przez określenie »przestrzega się« rozumiem tu stosowanie pewnego postępowania w mniej lub więcej wyraźnym poczuciu, że czyni się przez to

¹ Petrażycki posługuje się dla ilustracji swoich wywodów następującym porównaniem: »Jak niewłaściwe byłoby nazwać praktyką trawienia lub oddychania te wyjątkowe wypadki, kiedy na scenie ukazuje się medicus z olejem rycynowym lub butlami tlenu..., tak samo jest niewłaściwe rozstrzyganie zagadnień wartości i praktyczności... np. zwyczajów prawnych z punktu widzenia tego, co prawnicy nazywają »praktyką«...«.

² Nie można zatem na gruncie omawianej teorii przyjąć, że sędzia wydając wyrok orzeka (deklaratoryjnie) o stanie faktycznym, tworząc równocześnie (konstytutywnie) dla tego stanu normę prawną. Świadczą o tym chociażby argumenty, którymi Oertmann posługuje się przeciwko Danzowi, por. op. cit., s. 355.

zadość jakiejś zasadzie. Zasada, o której mowa, da się streścić w zdaniu: »tak czynią wszyscy«. Zdanie to, zgodnie z teorią Jellinka, dla działających równoznaczne jest niemal ze zdaniem: »tak winni czynić wszyscy«.

Nie da się natomiast bliżej sprecyzować tzw. wymagań obiektywnych, zawartych w powyższym określeniu zwyczaju. W szczególności niepodobna oznaczyć, jak szerokie ma być owo »koło ludzi« i jak długi ma być ów czas przestrzegania, a tym mniej, ile »aktów przestrzegania« musi się zdarzyć, aby odnośne zjawisko mogło uchodzić za zwyczaj.

Zjawisko zwyczaju może przybierać różne natężenie. Natężenie zwyczaju będzie zależne w szczególności od dawności jego istnienia, od rozpowszechnienia zwyczaju w kole ludzi, których on dotyczy, od ilości aktów przestrzegania, od ich częstotliwości itp.

W tak skonstruowanym pojęciu zwyczaju (*sensu largo*) mieści się również prawo zwyczajowe (choćbyśmy chcieli wyobrażać je sobie podług schematu przyjętego przez teorię »klasyczną«). Stąd nie może być mowy o przeciwstawianiu prawa zwyczajowego zwyczajowi w taki np. sposób, w jaki przeciwstawia się prawo moralności. Nasze zadanie polegać może tylko na poszukiwaniu owej *differentia specifica*, która odróżnia tę *species* zwyczaju, jaką jest prawo zwyczajowe, od całej reszty zwyczaju.

Musimy przyjąć, że zanim powstało prawo zwyczajowe, istniał zwyczaj nie będący takim prawem. Musimy również przyjąć, że nie wszystkie zwyczaje przemieniły się w takie prawo, skoro bez wątpienia istnieje wiele zwyczajów nie będących prawem zwyczajowym.

Przyjrzyjmy się bliżej tym zwyczajom, które nie stały się prawem zwyczajowym. Zauważymy pośród nich takie, które dotyczą materii leżących w zasięgu działania prawa (np. zwyczaje dotyczące terminów płacenia czynszu), i takie, które odnoszą się do materii leżących poza tym zasięgiem (np. zwyczaje dotyczące obchodzenia imienin, w innych okolicach urodzin, zwyczaje językowe). Przeprowadzenie powyższego podziału uzależnione będzie oczywiście od tego, jaki zasięg działania przypiszemy prawu. Idealne rozwiązanie tego problemu mógłby dać tylko ktoś, kto znajdowałby się w posiadaniu gotowej odpowiedzi na pytanie: co to jest prawo. Odpowiedzi na to ostatnie pytanie nie możemy

na tym miejscu szukać; nie ulega jednak wątpliwości, że zasięg materii regulowanych przez prawo jest w dziejach zmienny. Można w szczególności obserwować, że materie regulowane ongiś przez prawo (np. przestrzeganie postu) wydostały się później z zasięgu działania prawa, lub odwrotnie, materie leżące ongiś poza tym zasięgiem zostały nim później objęte (tak np. kwestia stroju osób wojskowych, uregulowana obecnie przepisami o umundurowaniu)¹. Stąd badając zasięg działania prawa musimy zawsze brać pod uwagę jakiś konkretny moment historyczny. W każdym z takich momentów prawo obejmuje swoim zasięgiem działania pewne typy spraw ludzkich. Innymi słowy w każdym z takich momentów istnieją materie leżące w zasięgu działania prawa i materie nie objęte tym zasięgiem.

Odróżnienie to (którego z przyczyn wskazanych wyżej niepodobna idealnie przeprowadzić) należy oprzeć w pierwszym rzędzie na zbadaniu norm prawa pozytywnego, obowiązujących w momencie, o który chodzi. Badanie takie okaże się jednak niewystarczającym, skoro istnieć mogą materie zaliczane przez współczesnych do »prawnych«, których nie dotyczy mimo to żadna z norm obowiązującego w danym czasie prawa pozytywnego². Stąd przy odróżnianiu, o którym mowa, należy mieć na względzie nie tylko przepisy prawa pozytywnego, lecz także poglądy panujące w danym czasie w środowisku, o które chodzi³.

Zdaniem moim tylko te spośród norm zwyczajowego, które dotyczą materii leżących w zasięgu działania prawa.

Sam fakt, że pewna norma zwyczajowego dotyczy takiej materii, stwarza dla danej normy jedynie szansę »awansu« na normę prawa zwyczajowego, awansu tego jednak bynajmniej nie za-

¹ Obydwa ostatnio użyte przykłady pochodzą od Iheringa, *Der Zweck im Recht*, t. 2, s. 232 i n.

Wskazane tu zjawisko może doprowadzić badacza istoty prawa do wniosku, że rozwiązania zagadnienia istoty prawa nie można szukać w treści samej normy, skoro normy tej samej treści uchodzić mogą w pewnym czasie za normy prawa, w innym zaś za normy innego rodzaju.

² Np. sądzić należy, że stosunki z zakresu tzw. nieuczciwej konkurencji uchodziły za materie »prawne« już przed powstaniem przepisów o jej zwalczaniu.

³ Dla uproszczenia mówię tu o »poglądach«, aby nie wdawać się w rozważania o »prawie intuicyjnym«, »prawie wolnym« itp.

pewnia. Zwyczaj, o który chodzi, stanie się prawem zwyczajowym po osiągnięciu pewnego stopnia natężenia, co nie znaczy jednak, że stanie się on takim prawem już przez sam upływ czasu. W osiągnięciu potrzebnego stopnia natężenia mogą bowiem zwyczajowi przeszkodzić różne okoliczności, np. osłabienie praktyki, równoległe wytworzenie się praktyki odmiennej lub zgoła przeciwnej itp.

Przemiana zwyczaju w prawo zwyczajowe odbywa się zatem, jak widać, płynnie, przez działanie czynników, które stwierdzić można w zwyczaju od chwili jego powstania, a nie, jak przyjmują teorie »klasyczne«, przez dołączenie się jakiegoś nowego, dotąd nieobecnego czynnika, w postaci »*opinio iuris seu necessitatis*«.

Różnica między zwyczajem dotyczącym materii leżącej w zasięgu działania prawa a prawem zwyczajowym jest przeto różnicą natężenia, a więc różnicą natury ilościowej¹.

To samo zjawisko z chwilą przekroczenia pewnej granicy natężenia zmienia charakter, przemieniając się ze zwyczaju w prawo zwyczajowe. Uchwycenie tej granicy, zwłaszcza in abstracto i przy użyciu kryteriów, które miałyby istotne i sprawdzalne znaczenie dla dogmatyka, jest, o ile można sądzić, nieosiągalne. Te nieliczne i zawodne wskaźniki, które opracowała dotąd nauka prawa, mogą wprawdzie stanowić pomoc przy rozważaniu konkretnych sytuacji, nie rozwiązują jednak samego zagadnienia.

Niewątpliwie najwartościowszym z tych wskaźników jest wytworzenie się stałej praktyki władz stosujących normę, która powstała w drodze zwyczajowej. Niemniej, zgodnie z tym, co powiedziałem wyżej², nie można wykluczać tworzenia się prawa zwyczajowego w materiach, w których nie zapadło jeszcze żadne orzeczenie lub zapadło ich zbyt mało na to, aby można było mówić o stałej praktyce władz.

Co się tyczy wpisania do księgi zasad prawnych Sądu Najwyższego, to jest ono bez wątpienia rękojm'ą ustalenia się (choćby

¹ Por. David, *Verkehrsgewohnheit, Gewohnheitsrecht und ergänzendes Satzungsrecht*, 1940, s. 37 i n. David przyjmuje, że zwyczaj ma w stosunku do prawa zwyczajowego »mniejszy stopień dojrzałości«, »mniejszy stopień pozytywności«.

² Przeprowadzając krytykę teorii praktyki organów państwa, por. wyżej, s. 50.

na pewien czas) praktyki sądowej w pewnym kierunku, a tym samym, o ile wpisano zasadę, która przyjęła się wśród ludności jako norma zwyczaju, dobrym sprawdzianem powstania prawa zwyczajowego¹. Również i ten wskaźnik uprawnia jednak tylko do sądów pozytywnych, skoro nie można wykluczyć powstawania prawa zwyczajowego w przypadkach, w których wpis nie nastąpił.

Jak wspominałem już², za wskaźnik (symptom) wytworzenia się prawa zwyczajowego uważać można również powstanie owej »opinio iuris«, polegającej na zachodzącym u osób, których dotyczy dana norma zwyczajowa, przekonaniu, że norma ta jest prawem³. Owa »opinio« jest zatem czymś wtórnym, czymś w rodzaju odbicia, rzucanego przez gotowe już prawo zwyczajowe.

Jak widać, niezbyt daleko posunęliśmy się po drodze, która miała nas zaprowadzić do możliwie ostrego odróżnienia prawa zwyczajowego od zwyczaju. Przedstawione wyżej rozwiązanie nie

¹ Jest rzeczą oczywistą, że fakt, iż pewną zasadę prawną wpisano do księgi zasad prawnych Sądu Najwyższego, nie dowodzi jeszcze, że zasada ta jest normą zwyczajową. Wpis jest więc sprawdzianem wytworzenia się prawa zwyczajowego tylko w odniesieniu do norm, o których składniad wiadomo, że przyjęły się jako normy zwyczaju. Nie jest natomiast konieczne, aby norma o której mowa, powstała wyłącznie w drodze praktyki. Normą zwyczajową będzie także norma, która powstała wprawdzie w drodze »sztucznej«, w drodze stanowienia, jednak następnie przyjęła się w praktyce. Por. o tym Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, s. 25 i 33. Oertmann powołuje się na przykład przyjęcia się w praktyce norm ustanowionych w ogłoszonym w r. 1911 w Berlinie porozumieniu dotyczącym handlu ziemniakami. Por. o tym również David, op. cit., s. 57 i n.: »... zum Begriffe des Handelsbrauchs gehört keineswegs... das idyllische »Von-Selbst-Gewachsensein«... Heute wirkt der Handelsbrauch im Wirtschaftsleben überwiegend als das Ergebnis bewusster rationaler Schöpfung und der Jurist kann die aus dieser Tatsache erwachsene Gefahr einer einseitigen Interessendurchsetzung nicht dadurch bannen, dass er in überholte Vorstellungen flüchtet«.

Oczywiście normy zawarte w używanych często w obrocie handlowym, zwłaszcza w bankach, na giełdach i w towarzystwach ubezpieczeń, tzw. ogólnych warunkach zawierania transakcyj stają się normami zwyczaju tylko o tyle, o ile przyjmą się dostatecznie silnie w praktyce.

² Przeprowadzając krytykę teorii »klasycznych«, por. wyżej, s. 45.

³ Wskaźnik ten jest zresztą równie zawodny, jak inne. Świadczy o tym praktyka sądów niemieckich, która te same zasady traktowała raz jako zwyczaj, inny zaś raz, jako prawo zwyczajowe. Por. o tym Dziurzyński, Prawo zwyczajowe w przyszłej ustawie handlowej, 1929, s. 10 (363).

przynosi w szczególności praktyce prawa tego, czego oczekuje ona (niestety daremnie) od nauki, tj. dogodnych i wyraźnych wskaźników, które pozwalałyby na rozpoznanie w każdym następującym się przypadku, czy chodzi o zwyczaj, czy o prawo zwyczajowe. Usprawiedliwia nas jednak okoliczność, że przeprowadzenie ostrej granicy jest tu równie nieosiągalne, jak wszędzie, gdzie o rozgraniczeniu pojęć decydują kryteria ilościowe¹.

Stwierdzić wypada, że nasza umiejętność odróżniania w praktyce prawa zwyczajowego od zwyczaju nie stoi w żadnym stosunku do konsekwencji, które łączą się z takim odróżnieniem. Konsekwencje te płyną z faktu, że obydwu czynnikom przypadły w porządku prawnym zupełnie odmienne role. Co się tyczy roli prawa zwyczajowego, to zgodnie z panującym² poglądem przyjmuję, że jest ono formalnym źródłem prawa, równorzędnym z ustawą a tym samym niezależnym od uznania przez ustawę.

¹ Nazwa »prawo zwyczajowe« (podobnie jak nazwa »prawo«) należy zatem do tzw. nazw o znaczeniu niejasnym lub nieostrym. Nazwą o znaczeniu niejasnym lub nieostrym jest podług Ajdukiewicza, *Propedeutyka filozofii*, 1938, s. 75, taka nazwa, »której znaczenie uzbraja rozumiejącego ją... w metodę pozwalającą tylko o niektórych przedmiotach rozstrzygnąć, czy przedmiot ten można nazwą tą określić, czy też nie...«. Na tle takich nazw »powstają często jałowe spory nie dające się rozstrzygnąć nie z powodu jakichś technicznych trudności, ale z powodów zasadniczo nie dających się przezwyciężyć. Jeżeli mianowicie spór będzie dotyczył tego, czy jakiś przedmiot można pod pewną nazwą podciągnąć, czy też nie, a przedmiot ten należy właśnie do tych, dla których znaczenie tej nazwy nie wykazuje żadnej metody rozstrzygnięcia tej kwestii, wówczas spór ten staje się równie jałowy i beznadziejny, jak gdyby chodziło o rozstrzygnięcie kwestii, dotyczącej podpadania tego przedmiotu pod nazwę, która w ogóle nie posiada znaczenia. Spór taki staje się więc sporem bez sensu mimo, że pozory sensu posiada«. Środkiem uniknięcia takich jałowych sporów jest »zaostrenie« znaczenie terminów. Nie należy jednak zapominać o tym, że »zaostrenie tych znaczeń jest właściwie ich zmianą i że zmiany tych znaczeń można dokonać dowolnie w sposób taki lub inny, otrzymując zależnie od zapadłej w tej sprawie decyzji taką lub inną odpowiedź na sformułowane słowne pytania, będącego tematem sporu« (por. Ajdukiewicz tamże).

Przykładem jest zaostrenie znaczenia nazwy »prawo zwyczajowe« stosowane przez teorię praktyki organów państwa (por. wyżej, s. 24 i n.). Przedstawia się ono jako zwięźlenie, a więc zmiana znaczenia tej nazwy, w stosunku do znaczenia przypisywanego jej potocznie.

² W nauce polskiej i niemieckiej, por. wyżej, s. 49, uw. 3.

Stąd nie leży m. zd. w mocy ustawodawcy ustalanie stosunku sił między prawem zwyczajowym a ustawą. Prawu zwyczajowemu przypisuję moc derogowania, przy korzystnym dla niego układzie sił, przepisów ustawy.

O ile chodzi o rolę, jaką w zakresie stosunków prawnych spełnia zwyczaj (nie będący prawem zwyczajowym), to jak się okaże, jest ona zupełnie inna. Przedstawienie jej (w granicach wskazanych tematem niniejszej pracy) będzie przedmiotem dalszych rozdziałów.

VII. O przepisach ustawy dotyczących prawa zwyczajowego

Przyjąłem wyżej, że nie leży w mocy ustawodawcy ustalenie stosunku prawa zwyczajowego do ustawy. Stosownie do tego sądzić by można, że zamieszczanie w ustawie przepisów dotyczących mocy obowiązującej tego prawa jest zbędne¹. Niemniej

¹ Ani k. c. niemiecki, ani k. Napoleona nie zawierają takich przepisów. Przepis zbliżony do naszego art. 1 k. h. miał się znaleźć w niemieckim k. h., lecz zastąpiono go obecnym § 346 k. h. niem., dotyczącym jedynie zwyczajów handlowych a nie wspominającym o prawie zwyczajowym. Dla tych, którzy szukają sankcji dla niemieckiego prawa zwyczajowego w prawie pisanym, wystarcza art. 2 ustawy wprowadzającej k. c. n., który postanawia: »Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm«.

K. c. szwajcarski postanawia w art. 1 (ust. 2 i 3): »Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung«. Prawo zwyczajowe obowiązujące zatem według k. c. szwajcarskiego tylko *praeter legem scriptam*.

Przepisy wstępne zamieszczone przed właściwym tekstem nowego kodeksu cywilnego włoskiego z r. 1942 (zatytułowane: *Disposizioni sulla legge in generale*) wyliczają w art. 1 następujące źródła prawa: »1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) le norme corporative; 4) gli usi«. Art. 8 tych przepisów postanawia: »Usi.—Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati. Le norme corporative prevalgono sugli usi, anche se richiamati dalle leggi e dai regolamenti, salvo che in esse sia diversamente disposto«. Jak widać zatem, na tle prawa cywilnego włoskiego (pisanego), gdy chodzi o materie regulowane przez ustawy i rozporządzenia, normy zwyczajowe obowiązują tylko o tyle, o ile prawo pisane odsyła do tych norm. Nowe ustawodawstwo włoskie nie zna osobnego kodeksu handlowego. Normy prawa handlowego zawarte są w kodeksie cywilnym.

nawet zupełnie nowe kodyfikacje¹ zawierają takie przepisy. Nie można tego poczytywać za błąd o tyle, że zamieszczenie odnośnych przepisów w ustawie, choć nie wpływa na moc obowiązującą prawa zwyczajowego, to jednak jest przejawem jego uznania przez porządek prawny. Poza tym za umieszczeniem takich przepisów w ustawie przemawiają jeszcze względy praktyczne, skoro przez ich odpowiednie zredagowanie osiągnąć można pewne szczególne cele².

Przykładem jest art. 1 polskiego kodeksu handlowego, który postanawia:

W stosunkach handlowych obowiązują w braku przepisów kodeksu handlowego i ustaw szczególnych lub powszechnego w państwie prawa zwyczajowego przepisy prawa cywilnego.

Przepis ten, o ile chodzi o stosunki handlowe, stawia prawo zwyczajowe na równi z prawem handlowym pisanim, tj. z przepisami kodeksu handlowego i ustaw szczególnych. Okoliczność, że prawo handlowe pisane wymienione jest w art. 1 k. h. przed prawem zwyczajowym, jest całkowicie obojętne, skoro przez użycie alternatywy »przepisy kodeksu handlowego i ustaw szczególnych lub powszechnego w państwie prawa zwyczajowego« obydwa źródła prawa w wyraźny i niedwuznaczny sposób potraktowane są jako równorzędne³.

Art. 1 k. h. jest więc o tyle w zgodzie ze współczesnymi zapatrywaniami nauki prawa, że, uznając w prawie pisanim i prawie zwyczajowym samoistne i niezależne od siebie źródła prawa, nie stwarza między nimi jakiegokolwiek stosunku hierarchii. K. h. nie podejmuje zatem daremnego trudu obwarowywania swoich przepisów przed zderogowaniem ich w drodze *consuetudo contraria*.

¹ Por. np. k. h. polski i przepisy ogólne prawa cywilnego.

² O czym niżej.

³ Por. Dziurzyński-Fenichel-Honzatko, Kodeks handlowy, komentarz, 1935, s. 6. Inaczej jednak Wróblewski, Komentarz do kodeksu handlowego, 1935, s. 12: »art. 1 pozwala stosować prawo zwyczajowe tylko w braku przepisów kodeksu handlowego i ustaw szczególnych, a więc tylko *praeter legem*«. Zapatrywanie to przejął zapewne Wróblewski ze skomentowanego przez siebie dawnego k. h. niemieckiego, na którego gruncie było ono jednak uzasadnione odmienną stylizacją ustawy.

Art. 1 k. h. zawiera jednak zastrzeżenie, że na równi z prawem handlowym pisany obowiązuje jedynie prawo zwyczajowe »powszechne w państwie«. Zastrzeżenie to nie stanowi jednak odstępstwa od opisaney wyżej zasady, a podyktowane było tylko względami polityki prawa. Chodziło tu, jak wyjaśniają Dziurzyński - Fenichel - Honzatkó¹, o uniemożliwienie przetrwania dotychczasowych partykularizmów dzielnicowych »pod pozorem, że wskutek przyzwyczajenia się do nich i stosowania ich w obrocie stały się one już prawem zwyczajowym«.

Zdaniem Wróblewskiego² zastrzeżenie to stanowi również »wiązącą wskazówkę, aby praktyka sądowa nie współdziałała przy tworzeniu się prawa zwyczajowego na podstawie zwyczaju, który nie jest powszechny w państwie albo stoi w sprzeczności z przepisami kodeksu handlowego lub ustaw szczególnych«.

Niemniej zgodnie z tym, co powiedziałem na wstępie, przepis art. 1 k. h. nie odbierze mocy obowiązującej prawu zwyczajowemu powstającemu z pominięciem tej wskazówki³, a w szczególności nie zapobiegnie powstaniu partykularnego prawa zwyczajowego, o ile by takie miało się wytworzyć. Tak więc partykularne prawo zwyczajowe, o ile się tylko wytworzy, będzie miało taką samą moc obowiązującą, jak powszechne w państwie prawo zwyczajowe.

Prawo zwyczajowe, o którym mowa w art. 1 k. h., to prawo zwyczajowe handlowe (tj. odnoszące się do handlu, z pominięciem stosunków powszechnego obrotu prawnego), w odróżnieniu od prawa zwyczajowego cywilnego, którego normy wchodzą w skład przepisów prawa cywilnego, obowiązują zatem w stosunkach handlowych tylko posiłkowo⁴.

Prawa zwyczajowego cywilnego dotyczą art. 2 i art. 3 przepisów ogólnych prawa cywilnego. Brzmia one:

Art. 2. Zwyczaj może mieć moc przepisu ustawy, jeżeli jest powszechny w Państwie.

¹ Op. cit., s. 7.

² Op. cit., s. 13.

³ Por. Wróblewski, tamże.

⁴ Bliższe rozważanie różnicy między prawem handlowym a cywilnym wybiegałoby poza ramy niniejszej pracy.

Art. 3. Jeżeli ani ustawa, ani prawo zwyczajowe nie daje podstaw do rozstrzygnięcia przypadku, będącego przedmiotem rozpoznania, sąd ustali podstawę rozstrzygnięcia samodzielnie kierując się interesem społecznym oraz uzasadnionymi interesami stron¹.

Pobieżna wykładnia art. 2 cytowanych przepisów mogłaby prowadzić do błędnego wniosku, że każdy zwyczaj powszechny w państwie ma »moc przepisu ustawy«, czyli że każdy zwyczaj powszechny w państwie jest prawem zwyczajowym². Można by w szczególności (przy takiej pobieżnej wykładni) sądzić, że ustawa ustala ową *differentia specifica* między prawem zwyczajowym a zwyczajem postanawiając, że jest nią znamię »powszechności w państwie«. Sąd taki byłby jednak błędny. Ustawa nie rozstrzyga zagadnienia różnicy między prawem zwyczajowym a zwyczajem, pozostawiając rozwiązywanie tego zagadnienia nauce³. Ustawa nie postanawia w szczególności, że zwyczaj ma moc przepisu ustawy, jeżeli jest powszechny w państwie, lecz że »zwyczaj może mieć moc przepisu ustawy, jeżeli jest powszechny w państwie«. Stąd wniosek, że o tym, czy konkretny zwyczaj ma tę moc (czyli jest prawem zwyczajowym), czy jej nie ma, decydują kryteria, których ustawa nie ustala.

¹ W projekcie części ogólnej kodeksu cywilnego, uchwalonym w pierwszym czytaniu, por. Przegląd Notarialny, t. 1, zes. 2—3, luty—marzec 1948, zmieniono kolejność i brzmienie tych przepisów następująco:

»Art. 1. Jeżeli ani ustawa ani prawo zwyczajowe nie daje podstawy do rozstrzygnięcia przypadku będącego przedmiotem rozpoznania, sąd ustali podstawę rozstrzygnięcia kierując się zasadami istniejącego w Państwie ustroju społecznego«.

»Art. 2. Zwyczaj może uzyskać moc ustawy tylko wtedy, gdy jest powszechny w Państwie«.

² Zestawienie tekstu obydwu cytowanych artykułów prowadzi do wniosku, że zwyczaj mający »moc przepisu ustawy« jest równoznaczny z prawem zwyczajowym.

³ Por. Wasilkowski, Zagadnienia ogólne nowego prawa cywilnego, Demokratyczny Przegląd Prawniczy, 1946, nr 9—10 (og. zbioru nr 11—12), s. 18 i n.: »Natomiast nie jest potrzebne określenie w ustawie przesłanek, od których zależy powstanie prawa zwyczajowego; ustalenie tych przesłanek należy pozostawić nauce; nie wydaje się także właściwym rozstrzygnięcie spornej kwestii, czy prawo zwyczajowe może się wytwarzać *contra legem*, zachodzi bowiem wątpliwość, czy ustawowe rozstrzygnięcie tej kwestii w dziedzinie prawa prywatnego miałyby znaczenie realne«.

Zastrzeżenie o »powszechności w państwie« podyktowane było względami praktycznymi, analogicznymi do tych, które podyktowały to samo zastrzeżenie w art. 1 k. h.¹ Stąd stosuje się i tu wszystko, co powiedziałem o tym zastrzeżeniu wyżej.

VIII. O doniosłości praktycznej prawa zwyczajowego

Nie ulega wątpliwości, że doniosłość praktyczna prawa zwyczajowego zmniejsza się. Świadczy o tym chociażby fakt, że prawnicy są często w kłopotcie, kiedy przyjdzie im wymienić normy tego prawa. Gdy zbadamy przykłady norm prawa zwyczajowego powołane jeszcze w piśmiennictwie z końca XIX wieku, przekonamy się, że większość z nich stała się już przepisami ustawy². Każda nowa kodyfikacja »polyka« szereg tych norm, czyniąc z nich przepisy prawa pisanego. Częściej jeszcze zdarza się, że ustawodawca wciela do ustawy normy zwyczaju, zanim jeszcze zdążą one umocnić się, jako prawo zwyczajowe.

Niemniej jednak mylilibyśmy się sądząc, że nastąpił już zupełny zmierzch prawa zwyczajowego. Prawo to istnieje i powstaje także w naszych czasach. Akty ustawodawcze w zakresie prawa prywatnego są stosunkowo rzadkie. Równocześnie przy wzmagającym się tempie życia, ustawy »starzeją się« dosyć szybko, przestają wystarczać, tracą wpływ na praktykę³. Praktyka od-

¹ Por. Wasilkowski, tamże. Wasilkowski zauważa, że »Wobec trudności ustalania się zwyczajów powszechnych w praktyce pozasądowej, orzecznictwo wydaje się w ustroju współczesnym Polski i wielu innych państw niezbędnym niemal czynnikiem w procesie powstawania prawa zwyczajowego« (s. 20).

² G. Rümelin, Das Gewohnheitsrecht, Iherings Jahrbücher, t. 27, 1888, s. 153 i n., wlicza przykładowo następujące materie regulowane w owym czasie w Niemczech wyłącznie przez prawo zwyczajowe: a) zasadnicza dopuszczalność zastępstwa przy czynnościach prawnych; b) przyrzeczenie publiczne; c) umowy na rzecz osób trzecich; d) obowiązek alimentowania dzieci nieślubnych, nie będących dziećmi konkubiny. Inne materie wliczone przez G. Rümelina ustraciły od dawna swoją aktualność, jak np. przeliczanie 500 solidi prawa rzymskiego na talary i marki lub sam fakt recepcji prawa rzymskiego.

³ Por. o tym David, op. cit., s. 49. O niemieckim kodeksie cywilnym obowiązującym zaledwie od r. 1900, a więc znacznie krócej od kodeksu Napoleona, czy kodeksu cywilnego austriackiego, pisze on: »Aus dem Geiste einer vergangenen Epoche geschaffen, ist es in grossen Teilen verstaubt, verdorrt, »Auf-der-Stelle-Treten«, kodifizierte Pandektenweisheit. Wir Juristen sind Gesetzesmenschen und wollen uns nur schwer daran

czuwając potrzebę norm tworzy je ustawicznie sama, w postaci norm zwyczajów. Niektóre z nich umacniają się jako normy prawa zwyczajowego. Obserwować można niejednokrotnie, że normy takie powstają już w niedługi czas po ukazaniu się nowych kodyfikacji, zapelniając ich luki a czasem usuwając ich błędy¹. Szczególnie łatwo rodzą się takie normy wtedy, gdy na jakimś odcinku życia regulowanym przez prawo prywatne powstanie nagle zmiana stosunków a ustawodawca nie reaguje na nią dostatecznie szybko przez wprowadzenie nowych przepisów. Przykładem z ostatnich czasów jest sprawa tzw. świadczeń dodatkowych, opłacanych

schicken, dass das uns so vertraute positive Recht nicht das Recht des Lebens ist. Aber wer hält sich heute noch an den Mietvertrag des BGB. Welche Bank könnte es wagen, auf Grund der vier Darlehensparagrafen des BGB tausende von Kreditgeschäften abzuschliessen. Wo soll das Börsengeschäft mit dem Kommissionsvertrag des HBG hinkommen, itd.

¹ Literatura niemiecka, z czasów po wprowadzeniu w życie kodeksu cywilnego, wylicza przykładowo następujące materie regulowane w Niemczech przez prawo zwyczajowe: a) prawo wyłączenia przysługujące fiduciantowi w razie upadłości powiernika; b) przewłaszczenie na zabezpieczenie; c) dopuszczalność zapobiegającej skargi o zaniechanie (tzw. vorbeugende Unterlassungsklage); d) niedopuszczalność zaczepiania oświadczeń o przystąpieniu do spółki lub stowarzyszenia; e) skuteczność złożenia podpisu na niewypełnionym blankiecie w przypadkach w których ustawa zastrzega formę pisemną; f) dopuszczalność dochodzenia przez zastępcę pośredniego (tj. działającego we własnym imieniu lecz na cudzy rachunek) w przypadku zerwania umowy przez kontrahenta, oprócz szkody własnej, także szkody, która wynikła dla zastąpionego (tzw. Schadensliquidation aus fremden Interesse); g) prawa i obowiązki aktorów. Por. J. v. Staudingers Kommentar zum BGB. und Einführungsgesetze, 1936, s. 26.

W literaturze francuskiej spotykamy następujące przykłady materii regulowanych przez prawo zwyczajowe: a) szereg materii dotyczących skargi pauliańskiej, unormowanej w kodeksie Napoleona tylko jednym przepisem (art. 1167); b) szereg materii dotyczących ustroju posagowego (por. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, s. 51); c) prawo żony do używania nazwiska rodzowego męża, uregulowane ustawą dopiero w r. 1893; d) legitymacja do rozporządzania przedmiotami, wchodzącymi w skład majątku pozostałego po zmarłym, którą dla dziedzica wzgl. małżonka korzystającego ze wspólności małżeńskiej stwarza inwentarz spadkowy wzgl. akt notarialny; e) zwolnienie od obowiązku sporządzenia drugiego, wzgl. dalszych egzemplarzy umowy dwustronnie obowiązującej (art. 1325 k. Napoleona) w przypadku, gdy umowa pozostaje w depozycie notariusza; f) używanie klauzuli «bon pour» w dokumentach niewymienionych w art. 1326 k. Napoleona, np. w pełnomocnictwach, pokwitowaniach itp. (por. Gény, Méthode d'interprétation, t. 1, s. 328 i n.).

obecnie obok czynszu przez najemców lokali mieszkalnych i użytkowych. Jeszcze przed kilku laty najemcy nie opłacali tych świadczeń. Wynajmujący znajdował dla opłat za wodę, wywóz śmieci, czyszczenie kominów itp. pokrycie w kwotach wpłacanych tytułem czynszu najmu. Podniesienie tych opłat, z równoczesnym utrzymaniem wysokości czynszów za lokale mieszkalne (dla większości najemców) na nominalnym poziomie przedwojennym, sprawiło, że wynajmujący — nie wyłączając instytucji publicznych sprawujących administrację realności — zaczęli, bez wprowadzania zmian w zawartych już umowach najmu, przerzucać odnośne koszty na najemców. Najemcy uczestniczą przeto odtąd w kosztach utrzymania rzeczy najętej w stanie zdatnym do użytku, chociaż według przepisów prawa pisanego (art. 373 kodeksu zobowiązań) koszty te, za wyjątkiem drobnych napraw, obciążają wynajmującego. Powstała w krótkim czasie taka właśnie praktyka a z nią norma zwyczajowa, która rozpowszechniła się w całym państwie i okrzepla tak mocno, że można ją już obecnie uważać na normę prawa zwyczajowego.

Jak wspomniałem we wstępie, tradycyjną domeną działania norm zwyczajowych są stosunki handlowe. Praktyka stwarza tu nie tylko normy, które uzupełniają przepisy ustawy, lecz także instytucje prawne nieznanne w ogóle ustawodawstwu. Charakterystyczne jest np., że prawo handlowe pisane francuskie nie reguluje dotąd wcale umowy rachunku bieżącego, ani umowy ubezpieczenia (lądowego). Obydwie te instytucje rządzą się wyłącznie normami prawa zwyczajowego. Instytucja czeku została we Francji uregulowana przez prawo pisane dopiero w r. 1865¹.

W Polsce do instytucji prawa handlowego uregulowanych wyłącznie prawem zwyczajowym należą winkulacja i akredytywa². Winkulacja powstała w 70-tych latach XIX wieku w Austrii

¹ Przykłady powyższe podają Lyon-Caën-Renault, *Traité de droit commercial*, 1921, t. 1, s. 91. U Gény'ego, op. cit., t. 1, s. 326 i n., znajdujemy następujący przykład prawa zwyczajowego handlowego: w Paryżu i wielu innych miastach przyjęło się, że nabywający przedsiębiorstwo ogłasza o nabyciu i wstrzymuje się przez pewien przeciąg czasu (zwykle przez 10 dni) z zapłatą ceny, oczekując w tym czasie sprzeciwu ze strony wierzycieli zbywającego.

² O instytucjach tych por. Fenichel, *Ustawowo nieuregulowane handlowe instytucje zabezpieczające*, odbicie z Przeglądu Prawa Handlowego, 1933, nr 5 i 6.

i stosowana była powszechnie w Małopolsce w handlu eksportowym jajami, zbożem i lnem¹. Akredytywa jest instytucją znaną w całym świecie, stosowaną tak w handlu międzynarodowym, jak i wewnętrznym². Kodeks handlowy z r. 1934 zastał obydwie instytucje funkcjonujące w obrocie, nie uregulował ich jednak w swoich przepisach³.

Należy sądzić, że odbywająca się obecnie w Polsce przebudowa życia gospodarczego da okazję do wytworzenia się nowych norm zwyczajowych, odpowiadających zmienionym potrzebom. Część tych norm, zwykłym biegiem rzeczy, umocni się zapewne w postaci prawa zwyczajowego.

ROZDZIAŁ II

Działanie zwyczaju

I. Odwołanie się ustawy do zwyczaju. Przyczyny

W przeciwieństwie do prawa zwyczajowego, które obowiązuje z własnej mocy, zwyczaj czerpie moc obowiązującą w dziedzinie stosunków prawnych wyłącznie z ustawy, tj. obowiązuje tylko o tyle, o ile ustawa powołuje się na zwyczaj⁴.

Rozważmy pokrótce ogólne przyczyny, dla których ustawa odwołuje się w pewnych przepisach do zwyczaju.

Niewątpliwie najważniejszą z nich jest fakt, że nawet najbardziej przewidujący ustawodawca nie potrafi wyczerpać w tekście ustawy wszystkich materii, dotyczących regulowanych przez siebie stosunków. To skłania ustawodawcę do zamieszczania w ustawie

¹ Por. Fenichel, op. cit., s. 14.

² Międzynarodowa Izba Handlowa wydała jako druk nr 82 zbiór zwyczajów handlowych dotyczących akredytywy. Por. o tym Schlegelberger, *Handelsgesetzbuch*, t. 2, 1939, s. 860.

³ Winkulacją zajmował się w swoich orzeczeniach kilkakrotnie Sąd Najwyższy. Orzeczenia te omawia Fenichel, op. cit., s. 17 i n. Projekt kodeksu handlowego Górskiego zawierał w art. 272 i n. przepisy normujące akredytywę.

⁴ Düringer-Hachenburg, *Das Handelsgesetzbuch*, 1941, t. 1, s. 12, nazywa zwyczaj źródłem prawa niższego stopnia (die Rechtsquelle minderen Grades). Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, 1914, s. 84, mówi o pochodnym znaczeniu prawnym zwyczaju (abgeleitete rechtliche Bedeutung der Verkehrssitte).

tw. klauzul generalnych, tj. ogólnych przepisów, w których ustawa odwołuje się do czynników stojących poza prawem, jak np. do dobrych obyczajów, słuszności itp.¹ Do klauzul generalnych należą m. in. niektóre przepisy, w których ustawa odwołuje się do zwyczaju (np. art 60, 107, 189 k. z.)².

Dalszą przyczyną odwołania się do zwyczaju jest intencja zapewnienia ustawie możliwie bliskiego i trwałego kontaktu z życiem. Doświadczenie wykazuje, że zbyt kazuistycznie zre-dagowane ustawy nie osiągają zamierzonego celu. Mijają się one z potrzebami życia albo już w chwili ukazania się albo w najlepszym wypadku w pewien czas później, a to na skutek nieznacznej choćby zmiany stosunków. Ustawa która odwołuje się do zwyczaju (a zatem do praktyki życia), jest w mniejszym stopniu narażona na takie »wykolejenie się«.

Nie bez znaczenia jest tu również intencja respektowania tych norm postępowania, które sama ludność stworzyła dla regu-

¹ Podług Hedemanna, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1921, s. 285, ustawodawca ucieka się do takiego środka wtedy, gdy staje u granicy swoich możliwości. »Es ist der Punkt erreicht, wo er in das Allgemeinmenschliche hinüber muss, wo der Gesetzgeber auf eine eigene Regelung verzichtet und statt dessen Anlehnung an Sitte und Anstand gesucht hat... Es war ein Wahn des XIX. Jahrhunderts, dass sich alle Rechtsfragen aus dem blossen juristischen Gedankenschatz, aus dem Rechtssystem heraus beantworten liessen«.

² Nie należy jednak bynajmniej sądzić, że zwyczaj zdolny jest wypełnić wszystkie, lub choćby tylko większość luk ustawy. Byłoby to nieporozumieniem z następujących przyczyn: 1) zwyczaje obowiązują w stosunkach prawnych tylko w zakresie przeznaczonym im przez ustawę. Choćby z tego powodu nie mogą one wypełniać luk leżących poza tym zakresem; 2) zwyczaje nie tworzą bynajmniej (jakby się mogło wydawać) jakiejś całości, obejmującej w sposób ciągły wszystkie dziedziny życia. Przeciwnie, mają one charakter fragmentaryczny. Autorem szczególnie skłonny do przeceniania roli zwyczaju był Danz. Wytykano mu to często w literaturze niemieckiej. Charakterystyczny jest żart uczyniony w tym przedmiocie przez Henlego, *Treu und Glauben*, s. 16: Danz był zdania, że o tym, czy osobie wziętej z grzeczności na przejażdżkę należy się w razie wypadku odszkodowanie, rozstrzyga zwyczaj. Według Henlego, jeżeli Danz sądzi, że istnieją w ogóle zwyczaje dotyczące takiej materii, to ma chyba na myśli ludność równie dobroduszną, jak ściganą przez nieszczęścia.

lowania swoich stosunków, o ile nie sprzeciwiają się one zasadniczym wytycznym ustawy¹.

II. Zwyczaje uczciwego obrotu

Ustawa nie sankcjonuje bynajmniej wszystkich zwyczajów. Sankcja ustawy obejmuje tylko tzw. zwyczaje uczciwego obrotu². Ustalenie, co trzeba rozumieć przez ten termin, nie należy do zadań łatwych³. W klauzulach generalnych, używanych przez kodeks zobowiązań, spotykamy powyższy termin dwa razy (art. art. 107 i 189 k. z.). W obydwu wypadkach »zwyczaje uczciwego obrotu« występują w sąsiedztwie »dobrej wiary«. Mamy prawo spodziewać się, że ustawodawca nie użył w tym samym zdaniu dwu różnych nazw na oznaczenie tej samej właściwości. Należy przeto przyjąć, że obrót »uczciwy« nie jest równoznaczny z obrotem odpowiadającym wymaganiom dobrej wiary⁴. Stąd termin »zwyczaje uczciwego obrotu« nie da się zastąpić terminem »zwyczaje odpowiadające wymaganiom dobrej wiary«. W poszukiwaniu za właściwym znaczeniem terminu »zwyczaje uczciwego obrotu« sięgnąć musimy do czynników, na które powołuje się zwykle ustawa w klauzulach generalnych. Spośród takich czynników najbliższe powinowactwo z »uczciwością« wykazują »dobre obyczaje«⁵. Moglibyśmy jednak posłużyć się tym terminem w poszukiwaniu

¹ Wymieniłem tu tylko najogólniejsze rationes, dla których ustawa odwołuje się do zwyczaju. Szczegółowe rationes legum poszczególnych przepisów k. z. i k. h., które omawiam bliżej w niniejszej pracy, przedstawię w dalszym ciągu.

² Por. art. 107 i art. 189 k. z.

³ Termin ten wzorowany jest na użytym w § 863 ust. 2, kodeksu cywilnego austriackiego (w brzmieniu III noweli) określeniu: »die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche«. Ani k. Napoleona, ani k. c. n. nie określają zwyczaju w podobny sposób.

⁴ W przeciwnym wypadku musielibyśmy np. art. 189 k. z. wyklądać następująco: zobowiązania należy wykonywać zgodnie z ich treścią, w sposób odpowiadający wymaganiom dobrej wiary i zwyczajom odpowiadającym wymaganiom dobrej wiary — co oczywiście byłoby pleonazmem, skoro ustawodawca osiągnąłby ten sam cel przez jednokrotne odwołanie się do dobrej wiary.

⁵ Dowodzi tego np. brzmienie art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: »... przez czyny sprzeczne z obowiązującymi przepisami albo z dobrymi obyczajami (uczciwością kupiecką)...«.

za znaczeniem dla terminu »zwyczaję uczciwego obrotu«¹ tylko wtedy, gdybyśmy potrafili odróżnić »dobre obyczaje« od »dobrej wiary«².

Odróżnienie obydwu czynników natrafia na duże trudności. Znajomość języka niewiele nam tu pomaga, gdyż terminy »dobra wiara« i »dobre obyczaje« mają znaczenie tak niejasne, że ktoś nieuprzedzony mógłby śmiało używać ich na przemian na oznaczenie tego samego przedmiotu myślowego³. Stąd byłoby nieporozumieniem sądzić, że każdemu z nich odpowiada jakaś ściśle oznaczona i jemu tylko właściwa treść, czekająca na szczęśliwego odkrywcę, który potrafi ją rozszyfrować i opisać. Naukowe opracowanie obydwu pojęć może polegać tylko na znalezieniu jakiejś możliwie przekonującej i możliwie przydatnej dla praktyki prawa konwencji, która by ustalała co będzie się rozumieć przez termin »dobra wiara« a co przez termin »dobre obyczaje«. Tak więc spory na temat, czym jest (»w rzeczywistości«) »dobra wiara« a czym nie jest, względnie czym są (»w rzeczywistości«) »dobre obyczaje«, a czym nie są, uważać należy za metodologicznie chybione. Można je usprawiedliwić tylko o tyle, o ile przyczyniają się one do powstawania jakiegoś konwencjonalnego poglądu na znaczenie obydwu terminów.

Nie znaczy to oczywiście, aby nauka prawa mogła budować konwencje, o które chodzi, zupełnie dowolnie. Przeciwnie, nauka winna korzystać z tych (nielicznych) punktów oparcia, które daje w tym przedmiocie ustawa. Ustawa daje w szczególności punkt wyjścia dla odnośnych poszukiwań, tekst ustawy pozwala mianowicie wnosić, że dobrej wiary nie można utożsamiać z dobrymi obyczajami. Gdyby obydwa terminy były jednoznaczne, ustawodawca (który, jak musimy przyjąć, prawidłowo wyraził swoje myśli) byłby się posłużył tylko jednym terminem, tj. tylko

¹ Oczywiście ani na chwilę nie utożsamiam zwyczajów uczciwego obrotu z dobrymi obyczajami. Pokrewieństwo dźwiękowe jest tu raczej przypadkowe.

² Mam tu na myśli dobrą wiarę w znaczeniu obiektywnym, tj. w znaczeniu obiektywnego miernika czyjś zachowania się, a nie w znaczeniu subiektywnym, tj. w znaczeniu czyjś subiektywnego wyobrażenia o jakimś stanie rzeczy.

³ Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, 1934, s. 139, utożsamia dobrą wiarę z dobrymi obyczajami: »w znaczeniu obiektywnym, dobra wiara oznacza to samo, co dobre obyczaje«.

terminem »dobra wiara«¹ wzgl. tylko terminem »dobre obyczaje«¹. Tekst ustawy pozwala również sądzić, że obydwaj czynniki mają być jakąś obiektywną miarą oceny, miarą, której coś może odpowiadać lub nie odpowiadać, czynić zadość lub sprzeciwiać się².

Istotną trudność sprawia dopiero pytanie, z jakiego punktu widzenia ma się odbywać ta ocena i czy istnieje w tym przedmiocie różnica między dobrą wiarą a dobrymi obyczajami.

Nauka niemiecka umieszcza zasady dobrej wiary (Treu und Glauben) w łonie porządku prawnego. Typowy pod tym względem jest pogląd Hamburgera³, który przyjmuje, że zasady te są immanentne dla każdego przepisu ustawy⁴, że zatem stanowią one część prawa pozytywnego a tym samym porządku prawnego⁵. Przyjąć by przeto należało, że ocena z punktu widzenia dobrej wiary jest dla zwolenników tego poglądu oceną z punktu widzenia prawa (choć niepisanego). Co się tyczy dobrych obyczajów, to większość autorów niemieckich umieszcza je w sferze moralności. Według Hamburgera dobre obyczaje oznaczają uznany podług powszechnie przyjętych zapatrywań porządek moralny⁶. Stąd stoją one jego zdaniem poza porządkiem prawnym przynależąc do sfery etyki⁷. Czynnikiem dobrych obyczajów nie jest zatem immanentny dla przepisów prawa, niemniej porządek prawny poddaje się temu czynnikowi stojącemu poza jego obrębem. Konkludując przyjmuje Hamburger (za Enneccerusem), że przez termin dobre obyczaje (gute Sitten) należy rozumieć »poczucie moralne słusznie i sprawiedliwie myślących obywateli«⁸. Tak więc dla Hamburgera ocena z punktu widzenia dobrych obyczajów jest oceną z punktu widzenia moralności.

¹ Trudno w tym świetle zrozumieć, dlaczego Longchamps de Berier utożsamia dobrą wiarę z dobrymi obyczajami.

² Por. art. 55 i art. 189 k. z.

³ Treu und Glauben im Verkehr, 1930.

⁴ Op. cit., s. 16.

⁵ W literaturze szwajcarskiej podobnie Gmür, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 1910, t. 1, s. 39.

⁶ »Die nach herrschender Anschauung allgemein anerkannte Sittenordnung«; por. tamże s. 17.

⁷ Podobnie Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, s. 86.

⁸ »Das Sittlichkeitsgefühl der billig und gerecht denkenden Volksgenossen...«. Formuła ta przyjęta jest w orzecznictwie niemieckim, por. np. R. G. 48, 124 i 80, 221.

Na odmiennym stanowisku stanął Ehrenzweig¹, podług którego pojęcie dobrych obyczajów nie ma nic wspólnego z pojęciem moralności. Jeżeli sędzia orzeka, że ktoś wykroczył przeciwko dobrym obyczajom, to nie zarzuca mu on jeszcze przez to niemoralności. Dobre obyczaje są częścią porządku prawnego. Wszystko, co wykracza przeciwko dobrym obyczajom, jest przeciwne prawu².

W literaturze polskiej przeciwko umieszczaniu dobrych obyczajów w sferze moralności wystąpił Szpunar³. Przyjmuje on trafnie, że »moralność dotyczy wewnętrznej strony psychiki jednostki, podczas gdy dobre obyczaje dotyczą postępowania ludzkiego«. Szpunar umieszcza zarówno dobrą wiarę, jak i dobre obyczaje, w sferze prawa: »pojęcia te stanowią szczególny rodzaj prawa, mianowicie prawo słuszne«. Rozróżnienie między dobrą wiarą a dobrymi obyczajami polega jego zdaniem na tym, że przy ocenie z punktu widzenia dobrych obyczajów decydujący jest tylko wzgląd na interes powszechny, natomiast przy ocenie z punktu widzenia dobrej wiary należy wziąć pod uwagę interesy powszechne bezpieczeństwa obrotu, ochrony zaufania itp. a nadto wzajemne interesy stron.

Stanowisko zajęte przez Szpunara, w przedmiocie odróżnienia dobrych obyczajów od moralności, wydaje się trafnym. Istotnie moralność (podług konwencjonalnego jej ujęcia), dotyczy tylko tego, co odbywa się w psychice człowieka. Zachowanie się człowieka, w znaczeniu wywołania jakichś zmian na widowni świata zewnętrznego, jest dla moralności doniosłe tylko o tyle, o ile stanowi ono przejaw jego przeżyć wewnętrznych. Przeżycia te, o ile nie towarzyszą im jakieś zewnętrzne przejawy, są natomiast obojętne dla prawa. Stąd przyjąć należy, że ustawodawca, który, jak wspomniano, zmuszony jest w pewnych przypadkach do odwoływania się do czynników stojących poza prawem, nie odczułby potrzeby odwoływania się do takich spośród nich, które regulują sferę dla prawa obojętną, tj. sferę wewnętrznych przeżyć czło-

¹ System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, t. 2, 1 Hälfte, s. 50.

² Op. cit., s. 52.

³ Nadużycie prawa podmiotowego, 1947, s. 61 i n.

wieka¹. Sądzić by zatem należało, że spośród czynników stojących poza prawem interesować mogą ustawodawcę przede wszystkim te, które regulują zewnętrzną stronę zachowania się ludzi. Do takich czynników zaliczyć wypada niewątpliwie ów czynnik, który Szpunar nazywa »prawem słusznym«. Nie znaczy to jednak, aby owo prawo słuszne było jedynym takim czynnikiem. Odrzucenie koncepcji moralności nie zmusza nas zatem bynajmniej do umieszczania dobrych obyczajów w sferze prawa. Przeciwno takiemu rozwiązaniu przemawiają w szczególności następujące względy:

Gdybyśmy przyjęli, że zarówno dobra wiara, jak i dobre obyczaje stanowią »szczególny rodzaj prawa, mianowicie prawo słuszne«, a nie utożsamiali równocześnie obydwu pojęć, to musielibyśmy albo wyróżnić w owym szczególnym rodzaju prawa jeszcze dwa »podrodzaje« (a to prawo słuszne uwzględniające tylko interes powszechny i prawo słuszne uwzględniające zarówno interes powszechny itd., jak i wzajemne interesy stron) albo znaleźć sposób, który by nam pozwolił na wydawanie dwu różnych ocen z jednego punktu widzenia, tj. z punktu widzenia »prawa słusznego«. Ta druga ewentualność nie da się oczywiście zrealizować. Rozwiązanie pierwsze komplikowałoby natomiast niewątpliwie całe zagadnienie. Konwencja dobrych obyczajów, której poszukujemy, winna być możliwie najprostsza, rozwiązania tego nie możemy zatem zużytkować przy jej budowaniu.

Wspomniałem wyżej, że wyeliminowanie dobrych obyczajów ze sfery moralności nie oznacza jeszcze koniecznie umieszczenia ich w sferze prawa. Nic nie stoi na przeszkodzie, abyśmy rezygnując z umieszczenia ich w porządku moralnym i w porządku prawnym poszukali dla nich miejsca jeszcze w jakimś innym, trzecim porządku, który normuje zewnętrzną stronę zachowania się ludzi, nie będąc równocześnie porządkiem prawnym.

Zachowanie się ludzkie podlega ocenom z najrozmaitszych punktów widzenia². Jedną z możliwych ocen jest ocena z punktu widzenia, który na własny użytek nazwiemy »obyczajnością«. Mam tu na myśli miernik, którego nie można utożsamiać z moralnością, gdyż dotyczy on zewnętrznej strony zachowania się ludzi.

¹ Niemniej prawo odwołuje się nieraz i do ocen moralnych, por. np. art. 131 p. 2 k. z.

² Np. z punktu widzenia estetyki, honoru, mody itp.

Dla kogoś, kto ocenia sprawę z punktu widzenia »obyczajności«, psychiczne przeżycia działających są zupełnie obojętne, decydujące jest samo zewnętrzne zachowanie się. Istnieją niewątpliwie zachowania się, które uchodzą za poprawne z punktu widzenia owej »obyczajności«, co nie przesądza jednak bynajmniej o tym czy można by je zaaprobować, jako moralne. Skoro, jak już wspomniałem, odpada możliwość umieszczenia dobrych obyczajów w sferze moralności, a umieszczenie ich w sferze prawa natrafia na przeszkody, najwłaściwszą wydaje się konwencja, która utożsamiałaby dobre obyczaje z ową »obyczajnością«, nie będącą ani moralnością, ani prawem, lecz źródłem ocen innego rzędu, o naturze wyżej przedstawionej. Tak więc wprowadzony wyżej przejściowo termin »obyczajność« możemy zastąpić terminem »dobre obyczaje«.

Co się tyczy dobrej wiary, to zupełnie trafną wydaje się konwencja, ujmująca ją jako składnik porządku prawnego, w szczególności zaś jako źródło ocen prawnych, uwzględniających zarówno wzajemne interesy stron, jak i interes powszechny.

Odróżnienie dobrych obyczajów od dobrej wiary nie było dla mnie celem samym w sobie. Miało ono posłużyć do wyraźniejszego obrysowania pojęcia dobrych obyczajów, które zamierzałem użytkować przy objaśnianiu terminu »zwyczaje uczciwego obrotu«. Zmierzałem w szczególności do następującej konkluzji: przez termin »zwyczaje uczciwego obrotu« należy rozumieć zwyczaje nie sprzeciwiające się dobrym obyczajom. W tym właśnie znaczeniu będę używał tego terminu w dalszym ciągu.

Inne zwyczaje, tj. zwyczaje sprzeciwiające się dobrym obyczajom, nie są objęte sankcją ustawy. Nie może ulegać wątpliwości, że we wszystkich przypadkach, w których ustawa odwołuje się do zwyczaju¹, chodzić może tylko o zwyczaje uczciwego

¹ A to niezależnie od tego, czy wspomina wyraźnie o »zwyczajach uczciwego obrotu«, czy też tylko o »zwyczajach«.

Kodeks zobowiązań posługuje się następującymi terminami: »zwyczaj«, »zwyczaj uczciwego obrotu«, »zwyczaj handlowy«. Kodeks handlowy terminami: »zwyczaj«, »zwyczaje handlowe«.

K. c. niemiecki używa terminów: »Verkehrssitte«, »Ortsüblichkeit«. W nauce niemieckiej występuje nadto termin »Observanz«, używany w dwu znaczeniach: oznacza on albo prawo zwyczajowe, powstające w autonomicznych zrzeszeniach, albo zwyczaj, powstający w jakimś zamkniętym środowisku, np. na giełdzie.

obrotu, nie można bowiem przypuścić, by ustawa przywiązując w jednych przypadkach wagę do »uczciwości« zwyczaju nie czyniła tego w przypadkach innych. Dotyczy to także zwyczajów handlowych.

III. Zwyczaje handlowe

Przez termin »zwyczaje handlowe« rozumiem zwyczaje, odnoszące się do handlu, przy czym terminu »handel« używam nie w jego znaczeniu technicznym¹, lecz w owym szerokim znaczeniu, które łączy się z nim na tle przepisów polskiego k. h., w szczególności zaś na tle art. 2 tego kodeksu. Pod pojęcie »handlu« podpadnie zatem obok działalności kupca sensu stricto także działalność producenta i działalność przedsiębiorców ofiarowujących usługi. Tym samym zwyczajami handlowymi będą wszystkie zwyczaje dotyczące wymienionych rodzajów działalności.

Przyjęta tu konstrukcja zwyczajów handlowych odbiega od konstrukcji, którą posługuje się tradycyjnie nauka niemiecka. Autorzy niemieccy rozumieją na ogół przez termin »zwyczaje handlowe«² zwyczaje obowiązujące pośród kupców. Konstrukcja taka³ wypływa ze zbyt wąskiego sformułowania przepisu niemieckiego k. h. dotyczącego zwyczajów handlowych. § 346 k. h. n. zawiera mianowicie zastrzeżenie, że zwyczaje handlowe mają być uwzględniane w stosunkach »między kupcami«⁴.

Kodeks Napoleona używa terminu »usage«. Nauka francuska tego samego terminu (Gény, op. cit., s. 418 i n., także terminu »usage conventionnel«).

¹ Tj. w znaczeniu obrotu dobrami gospodarczymi, na odcinku między producentem a konsumentem, por. np. Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, t. 1, s. 3.

² K. h. niemiecki posługuje się terminem »die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche« (§ 346), także terminem »Handelsbrauch« i »Ortsgebrauch«. Nauka niemiecka używa terminów: »Handelsbrauch«, »Handelsgewohnheit«, rzadziej »Handelssitte«. W nauce niemieckiej i polskiej spotykamy się także z terminem »usage« o niejednolitym znaczeniu. Termin ten oznacza albo zwyczaje handlowe (zwłaszcza giełdowe), albo ogólne warunki transakcyj, ustalane i wydawane drukiem przez władze giełd i korporacji handlowych.

³ Która nie jest zresztą w nauce niemieckiej powszechna, por. np. Baumbach, Handelsgesetzbuch, wyd. 6, 1943, s. 474.

⁴ Przepis ten brzmi: »Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen«.

Konstrukcję tę odrzucam z następujących przyczyn: na jej gruncie trudno wyjaśnić stosowanie zwyczajów handlowych w przypadkach, gdy jedna ze stron nie jest kupcem. Autorzy niemieccy (związani brzmieniem § 346 k. h. n.) mają wiele kłopotu z ominięciem tej trudności. Zbyt wąskie sformułowanie cytowanego przepisu zmusza ich do szukania skomplikowanych wybiegów¹.

Skoro nasze prawo nie zawiera zastrzeżenia o stosowaniu zwyczajów handlowych tylko »między kupcami«, to nie ma tym samym przyczyny do przyjmowania dla naszych stosunków konstrukcji, która powoduje tyle trudności. Nadto, jeżeli prawo handlowe obowiązuje nie tylko w stosunkach między kupcami, lecz także w stosunkach kupców z laikami², to nie ma powodu, aby za zwyczaje handlowe uważać tylko zwyczaje obowiązujące pośród samych kupców, z pominięciem np. zwyczajów obowiązujących w stosunkach kupców z laikami.

IV. Dwie funkcje zwyczaju

Jak przyjąłem wyżej³, nie leży w mocy ustawodawcy normowanie zakresu, w którym obowiązywać ma prawo zwyczajowe. Stąd działanie tego prawa można rozpatrywać w zupełnym oderwaniu od tekstu ustawy. Inaczej przedstawia się rzecz, gdy chodzi o zwyczaje. Jak już wspomniano, moc obowiązująca zwyczaju (w dziedzinie stosunków prawnych) ma swoje źródło w ustawie. Ustawa określa również granice, w których zwyczaj obowiązuje. Dlatego zbadanie działania zwyczaju (choćby w zakresie objętym tematem niniejszej pracy) uzależnione jest od przeprowadzenia należytej wykładni odpowiednich przepisów ustawy.

Kodeks handlowy, odsyłający w kilku przepisach dotyczących szczególnych sytuacji do zwyczaju⁴, zawiera tylko jeden

¹ Ehrenberg, op. cit., t. 1, s. 273, posługuje się np. następującym rozumowaniem: zwyczaj handlowy można stosować w stosunkach między kupcem a laikiem, jeżeli zwyczaj powszechny dopuszcza zastosowanie w odnośnej sytuacji zwyczaju handlowego. Rozwiązanie to nie odznacza się prostotą.

² A nawet niejednokrotnie w stosunkach między samymi laikami, np. gdy chodzi o przepisy o założeniu spółki akcyjnej, czy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

³ Por. s. 57.

⁴ Por. artykuły 532, 576 i in. k. h.

przepis ogólny, odnoszący się do stosowania zwyczaju. Jest nim art. 500 k. h., który brzmi: »Domniemywa się, że zwyczaje handlowe są kupcowi znane«.

Ten lakoniczny przepis nie wyczerpuje oczywiście nawet w drobnej części zasad stosowania zwyczaju w stosunkach handlowych. Tym samym w myśl art. 1 k. h. sięgnąć musimy do przepisów prawa cywilnego.

Dla zagadnień, które dotyczą tematu niniejszej pracy, mają w szczególności znaczenie następujące przepisy kodeksu zobowiązań: art. 60, art. 107 (w związku z art. 108) i art. 189.

Wymienione przepisy brzmią:

Art. 60. Umowy zobowiązują nie tylko do tego, co w nich jest wyrażone, lecz także do wszelkich następstw, wynikających z ustawy, zwyczaju lub słuszności.

Art. 107. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, dobra wiara i zwyczaje uczciwego obrotu.

Art. 108. W umowach należy raczej badać, jaki był wspólny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na dosłownym znaczeniu wyrazów¹.

Art. 189. Strony winny wykonywać zobowiązania zgodnie z ich treścią, w sposób, odpowiadający wymaganiom dobrej wiary i zwyczajom uczciwego obrotu².

Na tym miejscu zajmę się bliżej tylko artykułami 107, 108 i 60 k. z. Rolę art. 189 k. z. omówię osobno.

¹ Art. 108 k. z. nie wspomina wprawdzie o zwyczaju, niemniej stanowi on dalszy ciąg art. 107 k. z., por. niżej, s. 94.

² W projekcie części ogólnej kodeksu cywilnego uchwalonym w pierwszym czytaniu, artykułom 60, 107 i 108 k. z. odpowiadają następujące przepisy:

Art. 40. Czynności prawne pociągają za sobą nie tylko skutki, które zostały w nich określone, lecz także takie, które wynikają z ustawy, zwyczaju i słuszności.

Art. 54. § 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności wśród których złożone zostało, dobra wiara i zwyczaje uczciwego obrotu. § 2. W umowie należy raczej badać jaki był wspólny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na dosłownym znaczeniu wyrazów.

Przytoczone wyżej przepisy regulują dwie zasadnicze funkcje zwyczaju a mianowicie:

a) znaczenie zwyczaju dla tłumaczenia oświadczeń woli¹ (funkcja wyjaśniająca);

b) oddziaływanie zwyczaju na skutki prawne czynności prawnych (funkcja normująca)^{2, 3}.

Wielu autorów nie przywiązuje należytej wagi do odróżniania obydwu wskazanych wyżej funkcji, względnie nawet nie odróżnia ich w ogóle⁴. Prowadzi to do powikłań, a często i do zupełnie błędnych wniosków. Na gruncie kodeksu zobowiązań, który obydwie funkcje normuje w oddzielnych i odmiennie sformułowanych przepisach, nie można mieć wątpliwości co do ich całkowicie różnego charakteru.

Art. 107 k. z.⁵ nakazuje kierowanie się zwyczajami przy tłumaczeniu (wykładni) oświadczeń woli, tj. dociekaniu ich treści. Przepis ten nie prowadzi nas natomiast poza samo oświadczenie woli, w szczególności zaś nie dotyczy zagadnienia, czy i w jakim zakresie oświadczenie to będzie zobowiązujące.

¹ Jednostronnych i umów.

² Terminy »funkcja wyjaśniająca« i »funkcja normująca« przyjąłem tu (jakkolwiek zapewne można by obmyśleć trafniejsze), aby uniknąć powtarzania w dalszym ciągu całych zdań.

³ W kodeksie Napoleona funkcję wyjaśniającą zwyczaju normuje (w odniesieniu do umów) art. 1159 (będący również przepisem kolizyjnym, por. niżej s. 119, uw. 4). Art. 1160 dotyczy uzupełniania umowy podług zwyczaju. Artykułowi 60 polskiego k. z. odpowiada art. 1135 (stanowiący zresztą jego pierwowzór).

Nauka francuska (z nielicznymi wyjątkami) nie uznaje normującego działania zwyczaju, przypisując zwyczajowi pewne znaczenie tylko gdy chodzi o wykładnię oświadczeń woli.

W kodeksie cywilnym niemieckim funkcję wyjaśniającą zwyczaju normuje § 157, zaś funkcję normującą (w odniesieniu do wszystkich zobowiązań) § 242. Przepis ten odpowiada art. 189 naszego kodeksu zobowiązań. Przepisu, który odpowiadałby art. 60 k. z., k. c. n. nie posiada.

W nowym kodeksie cywilnym włoskim z r. 1942 funkcję wyjaśniającą zwyczaju normuje art. 1368 (będący również przepisem kolizyjnym, por. niżej s. 119, uw. 4), zaś funkcję normującą art. 1374, odpowiadający artykułowi 1135 Kodeksu Napoleona a tym samym artykułowi 60 naszego kodeksu zobowiązań.

⁴ Por. niżej, s. 76 i n.

⁵ Działający, gdy chodzi o mowę, w związku z art. 108 k. z.

Tutaj dopiero zaczyna się rola art. 60 k. z. Przepis ten nie dotyczy już tłumaczenia oświadczeń złożonych przez strony, tj. dociekania ich treści. Do art. 60 k. z. sięgamy dopiero wtedy, gdy przez zastosowanie art. 107 i 108 k. z. usunęliśmy już wątpliwości co do treści tych oświadczeń.

Jest rzeczą zrozumiałą, że jak długo nie znamy treści oświadczeń stron, składających się na osnovę umowy, tak długo nie możemy zastanawiać się nad pytaniem, do czego umowa zobowiązuje, jak znowu na odwrót rozumiałym jest, że z chwilą, kiedy przystępujemy do rozważania tego pytania, dociekanie treści oświadczeń musimy już mieć definitywnie poza sobą¹.

W literaturze niemieckiej spotykamy jednak również pogląd przeciwny. Reprezentowali go Titze² i Danz³. Według Titzego nie można odróżnić czynności, polegającej na dociekaniu treści oświadczenia, od czynności, polegającej na ustalaniu skutków prawnych⁴. Obydwie czynności są w gruncie rzeczy identyczne, gdyż wszystkie skutki prawne oświadczenia woli zawarte są w tym oświadczeniu. Treść oświadczenia woli można zdaniem Titzego zdefiniować jako »sumę skutków prawnych wywołanych przez oświadczenie«⁵.

Danz walczy z tradycyjnym (w jego czasach) poglądem, jakoby skutki prawne płynęły automatycznie wprost z ustawy, a to już z chwilą powstania opisanego w ustawie stanu faktycznego⁶ (np. z chwilą zawarcia umowy) bez potrzeby jakiegokolwiek współdziałania ze strony człowieka⁷. Według Danza wyraźne odróżnienie między stanem faktycznym z jednej strony,

¹ Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, s. 93, ujmując to następująco: »Aber damit das Gesetz Rechtsfolgen an die Erklärung knüpfen kann, muss zuvor doch die Bedeutung der Erklärung feststehen«.

² Die Lehre vom Missverständniss, 1910, s. 493.

³ Por. dzieła wymienione na s. 27, uw. 1.

⁴ Sprowadzam myśl Titzego do użytej wyżej terminologii.

⁵ Manigk, Irrtum und Auslegung, 1918, s. 119, krytykując to zapatrywanie pisze: »Die Vorstellung, als wenn alle Rechtsfolgen schon in der Erklärung des Willens enthalten wären, ist eine der willentheoretischen Übertreibungen. ... »Inhalt« und »Folge« stehen sich schon logisch gegenüber«.

⁶ Nazywano to »unmittelbare rechtsgestaltende Kraft des Gesetzes«.

⁷ Por. Einführung in die Rechtsprechung, s. 4 i Auslegung der Rechtsgeschäfte, wyd. 1, s. 90.

a skutkiem prawnym z drugiej strony, przejęli cywiliści stosunkowo niedawno z nauki prawa karnego. W dziedzinie prawa cywilnego odróżnienie to nie występuje tak ostro¹. Oświadczenie woli nie może być traktowane wyłącznie jako stan faktyczny i przeciwstawiane (w tym charakterze) prawu. Oświadczenie takie jest również prawem (*lex privata*). To właśnie prawo zawiera normę, która rodzi skutki konkretnej czynności prawnej². Danz odróżnia ściśle stan faktyczny abstrakcyjny (tj. opisany w ustawie) od stanu faktycznego konkretnego (tj. takiego, jaki rzeczywiście powstał)³. Pogląd, jakoby skutki prawne płynęły wprost z ustawy, opiera się według niego na błędnym założeniu, że powstał konkretnie dokładnie taki stan faktyczny, z jakim ustawa hipotetycznie wiąże dane skutki prawne. Życie nie jest jednak bynajmniej tak łaskawe, by dostarczać nam takich idealnych stanów faktycznych⁴. Dlatego nie można tu obejść się bez pomocy człowieka⁵. Jeżeli stan faktyczny polega na złożeniu oświadczenia woli, to człowiek (sędzia) podejmuje wykładnię tego oświadczenia, wyjaśniając jego treść i tym samym ustalając jego skutki prawne⁶.

Titze i Danz, nie odróżniając czynności polegającej na tłumaczeniu oświadczenia woli (w znaczeniu dociekania jego treści) od czynności polegającej na ustalaniu skutków prawnych oświadczenia, nie mogli tym samym odróżnić obydwu wska-

¹ Por. *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, wyd. 1, s. 16.

² Tamże, s. 20.

³ Tamże, s. 18, por. również Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, s. 242, a także Peter, *Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleicher Rechtsfolgen*, *Archiv f. d. civ. Praxis*, t. 132, 1930, s. 1 i n.: Konkretnie stany faktyczne (*«was sich irgendetwas in der Erfahrung abgespielt hat, sich lebensmässig ereignet»*) określa Peter terminem *«Sachverhalt»*, — abstrakcyjne (*was sich aus der gedanklichen Typisierung empirischen Geschehens als Abstractum ergibt*), terminem *«Tatbestand»*.

⁴ *Einführung in die Rechtsprechung*, s. 5.

⁵ Por. również Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929.

⁶ Konstrukcja Danza nie jest jednak konsekwentna. Jak wspomniano wyżej, przyjmuje on, że skutki prawne płyną z normy zawartej w owej *lex privata*, jaką jest oświadczenie woli. W innych miejscach twierdzi natomiast Danz, że normę dla rozstrzygnięcia konkretnego przypadku tworzy dopiero sędzia, kierując się zwyczajem. Norma ta nie istniała dotąd. Por. *Einführung*, s. 38.

zanych wyżej funkcji zwyczaju. Poglądy ich na rolę zwyczaju pozostawały zresztą pod wpływem dawnej doktryny, która ujmowała zwyczaj, bądź jako środek wykładni (Sprachgebrauch), bądź jako prawo zwyczajowe, nie znala natomiast normującego działania zwyczaju nie będącego prawem.

Odróżnienie obydwu funkcji zwyczaju występuje bardzo wyraźnie u Oertmanna¹. Omawiając stosunek § 157 k. c. n. (odpowiadającego art. 107 naszego k. z.) do § 242 k. c. n. (odpowiadającego art. 189 naszego k. z. i spełniającego zarazem rolę zbliżoną do tej, jaką na gruncie naszego prawa spełnia art. 60 k. z.) stwierdza Oertmann, że obydwie przepisy zmierzają do zupełnie innych celów, choć posługują się tymi samymi środkami, tj. odwołaniem się do dobrej wiary i zwyczaju². Obydwie funkcje zwyczaju³ opisuje Oertmann osobno przyjmując, że przebiegają one według zupełnie odmiennych zasad⁴. Odróżnienie, o którym mowa, opiera Oertmann na wnikliwej analizie zagadnienia skutku prawnego i stosunku, który zachodzi między czynnością prawną a ustawą⁵. Zagadnienia te są w nauce prawa sporne. Dla nas są one o tyle doniosłe, że, jak się okaże, odróżnienie obydwu funkcji zwyczaju uwarunkowane jest zajęciem określonego stanowiska wobec tych zagadnień.

Istotę skutku prawnego ujmowano w nauce prawa w różny sposób. Liczne koncepcje, dotyczące tej materii, zgrupować można wokół dwu zasadniczych a przeciwstawiających się sobie tez:

Pierwsza z nich (którą nazwać można psychologiczną) łączy skutek prawny tylko z konkretnym działaniem myślowym żywego człowieka⁶ (sędziego), rozstrzygającego nadarzający się

¹ Rechtsordnung und Verkehrssitte. We wstępie do tego dzieła, s. VI, wyjaśnia Oertmann, że odróżnienie, o którym mowa, jest podstawową ideą jego książki.

² Tamże, s. 311.

³ Z których pierwszą nazywa »rechtsgeschäftliche Bedeutung der Verkehrssitte« (op. cit., s. 60), drugą zaś »objektivrechtliche Bedeutung der Verkehrssitte« (op. cit., s. 310).

⁴ Najważniejsze różnice dotyczą według Oertmanna działania błędu co do zwyczaju i pozycji zwyczaju w stosunku do dyspozytywnych przepisów ustawy.

⁵ Por. niżej, s. 79, uw. 3

⁶ Obejmującym m. in. także działanie woli. Por. Isay, op. cit., s. 27. Poglądy Isaya na działanie prawa są następujące: Mniemanie, jakoby

w praktyce przypadek, druga (którą nazwać można realistyczną)¹ przyjmuje, że skutek prawny następuje niezależnie od tego, czy ktoś o nim konkretnie pomyślał².

Zwolennik tezy »psychologicznej« odrzucając bezpośrednie działanie ustawy i przypisując kreowanie skutków prawnych wyłącznie działaniu osoby, która rozstrzyga konkretny przypadek odrzuca tym samym myśl, jakoby rozstrzygający ustalał skutki prawne. Rozstrzygający nie potrzebuje ich ustalać, gdyż je sam tworzy. Nie zachodzi również potrzeba rozbijania jego działania na dwie czynności, tj. dociekanie treści oświadczenia woli

regulatorem nadarzających się w praktyce przypadków była norma prawna i jakoby rozstrzyganie przypadku polegało jedynie na zastosowaniu normy, jest zasadniczo błędne. Bardzo rzadko tylko uregulowanie nadarzającego się w praktyce przypadku wypływa bezpośrednio z normy, tak że można je uchwycić bez podejmowania jakiegokolwiek pracy myślowej. Zwykle rozstrzygający musi podjąć samodzielną i intensywną pracę myślową. Praca ta należy do typu myślenia, który Isay określa jako »volitive Denkart« (w przeciwstawieniu do pracy polegającej na prostym zastosowaniu ustawy, »cognitive Denkart«). Sama norma prawna, bez »rozstrzygnięcia« (Entscheidung), jest zasadniczo dla uregulowania konkretnych przypadków bez wartości. Pod terminem »rozstrzygnięcie« (»Entscheidung«) rozumie zresztą Isay nie tylko rozstrzygnięcie przypadku przez sędziego, lecz każdy osąd nadarzającego się w praktyce przypadku, choćby przez stronę. Jego zdaniem prawo przedstawia się nie jako ogół norm, lecz jako ogół rozstrzygnięć (»das Recht wird nicht durch die Gesamtheit der Normen, sondern durch die Gesamtheit der Entscheidungen dargestellt«; por. s. 20, 21, 23, 27, 29).

¹ W znaczeniu, w jakim się mówi o »realizmie pojęciowym«.

² Peter, op. cit., upatruje istotę skutku prawnego nie w tym, że jest on (wzgl. był) przez kogoś pomyślany, lecz że może być w każdej chwili przez kogoś pomyślany (das Gedachtwerdenkönnen). »Ihr (scil.: der Rechtsfolge) Gegebensein wurzelt im jederzeitigen Gedachtwerdenkönnen« (s. 15).

Według Oertmanna »substancja« skutku prawnego nie jest natury psychologicznej, lecz normatywnej: »Nicht im wirklichen Motiviertwerden, sondern im Motiviertwerdensollen ist seine Substanz zu suchen; sie ist nicht psychologisch, sondern normativ«. Istotę skutku prawnego ujmuje Oertmann następująco: »Die Rechtsfolge besteht also darin, dass sich der bisher allgemeine, beziehungslose Befehl in einen konkreten Rechtsbefehl verwandelt... Der Rechterfolg besteht in der Konkretisierung der Normen in der Regel, wenn schon nicht überall, in ihrer Verdichtung zu subjektiven Rechten des einzelnen und hat genau im gleichen Sinne Realität, wie die Normen selbst sie erweisen (op. cit., s. 230 i n.).

i ustalanie skutków prawnych. Działanie jego jest jednolite. Tym samym funkcja zwyczajtu jest tylko jedna.

Tezę »psychologiczną« muszę odrzucić, jako prowadzącą do zupełnego relatywizmu. Akceptując ją musiałbym w konsekwencji przyjąć, że »istnieje tyle porządków prawnych, ilu jest rozstrzygających«¹, kiedy moim zdaniem elementarnym warunkiem stosowania prawa jest wyobrażenie o jedności porządku prawnego, istniejącego poza rozstrzygającym².

Rozumowanie tych zwolenników tezy »psychologicznej«, którzy źródło skutków prawnych upatrują głównie w działaniu sędziego³, jest przykładem jurysprudencji, którą Petrażycki nazwał »patologiczną«, tj. jurysprudencji, kierującej uwagę tylko na przypadki rozpoznawane przez sąd, z zupełnym pominięciem tej olbrzymiej większości przypadków, co do których nie zaszła potrzeba interwencji sądu. Trudno przypuścić, aby owe »zdrowe« przypadki nie podlegały rządowi norm prawnych i aby w odniesieniu do nich nie można było mówić o skutkach prawnych.

Powyzsze względy skłaniają mnie do przyłączenia się do tezy, którą nazwałem wyżej »realistyczną«⁴. Pozostaje jednak do rozstrzygnięcia pytanie, skąd płyną skutki prawne. Odpowiedź na to pytanie nie będzie oczywiście ani zgodna ani niezgodna z »rzeczywistością«. Dążenie do odkrycia, »jak jest naprawdę«, byłoby tu nieporozumieniem. Chodzi o poszukiwanie odpowiedzi, która byłaby najprzydatniejsza dla stosowania prawa.

Jak słusznie przyjmuje Manigk⁵, pytanie, czy źródłem skutków prawnych czynności prawnej jest czynność prawna, czy ustawa, jest pytaniem postawionym błędnie⁶. Błąd polega na na-

¹ Parafraza tezy Merkla użytej w innym związku: »In extremer Formulierung kann man sogar behaupten, dass es eben soviel Rechtsordnungen — als Auslegungsmethoden gibt«.

² Podobnie np., jak elementarnym warunkiem mierzenia, jest kierowanie się jednym tylko porządkiem miar.

³ Nie należy do nich Isay, op. cit., który jak wspomniano wyżej, s. 78, uw. 6, w swoisty sposób pojmuje »rozstrzygnięcie«.

⁴ Teza »realistyczna« nadaje się do przyjęcia bez względu na wyznawane poglądy filozoficzne. Wyobrażenie, że porządek prawny istnieje obiektywnie (niezależnie od tego czy się w to wierzy), ułatwia m. zd. wydatnie stosowanie prawa.

⁵ Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, 1935, s. 137.

⁶ Podobnie np. jak pytanie, czy przyczyną spadania pocisku jest wyrzelenie go z działu, czy przyciąganie ziemi (por. tamże).

daniu temu pytaniu formy alternatywnej, gdyż skutki prawne nie płyną ani z samej czynności prawnej, ani z samej ustawy¹. Pogląd, który w czynności prawnej upatruje tylko stan faktyczny, pobudzający do działania samoczynny mechanizm ustawy, jest błędny. Wypływa on z niewłaściwego przeciwstawiania czynności prawnej (jako stanu faktycznego) ustawie (jako prawu). Nawet zwolennicy tego poglądu (wzgl. poglądów zbliżonych) przyznają, że spośród innych stanów faktycznych czynności prawne wyróżniają się w szczególności sposób. Ich specyficzną cechą jest przede wszystkim to, że są one narzędziem służącym do wywoływania zamierzonych skutków prawnych². Działający człowiek może tu w pewnych granicach świadomie kształtować stan faktyczny, a tym samym oddziaływać podług swej woli na skutki prawne³.

Ujęcie takie dzieli już tylko krok od poglądu, że czynność prawna jest pochodnym⁴ źródłem prawa⁵. Przeciwstawienie czynności prawnej (jako stanu faktycznego) ustawie (jako prawu) traci tutaj swój bezwzględny sens i staje się przeciwstawieniem relatywnym⁶: czynność prawna jest stanem faktycznym lub prawem w zależności od tego, jak na nią patrzymy.

Czynność prawna nie jest zatem czymś, co wystarcza podsumować pod przepis ustawy. W zakresie pozostawionym autonomii stron czynność prawna współdziała w pewien sposób z ustawą w kreowaniu skutków prawnych. Jeżeli chodzi o umowy, wyraża to k. z. w następującej formule:

¹ Według Manigka płyną one z syllogizmu, którego przesłankami są: zasada wyrażona w ustawie i stan faktyczny czynności prawnej. Syllogizm taki nie jest jednak zupełny. Pełny syllogizm obejmuje jako pierwszą przesłankę samą ideę prawa, op. cit., s. 139.

² Por. Manigk, Irrtum und Auslegung, 1918, s. 29.

³ Por. Manigk, Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, s. 68. Nie znaczy to jednak oczywiście, aby między działaniem człowieka a skutkiem prawnym zachodził związek przyczynowy.

⁴ W stosunku do ustawy, podobnie, jak ustawa w stosunku do ustawy konstytucyjnej.

⁵ Jest rzeczą charakterystyczną, że nowe teorie rozszerzają pojęcie czynności prawnej, podciągając pod nie wszystkie przypadki stanowienia prawa, m. in. także stanowienie prawa w drodze ustawy.

⁶ Por. Schreier, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, 1927, s. 74.

Art. 60. Umowy zobowiązują nie tylko do tego, co w nich jest wyrażone, lecz także do wszelkich następstw, wynikających z ustawy, zwyczaju lub słuszności¹.

Przepis ten wskazuje wyraźnie na to, że skutki prawne są wspólną projekcją umowy, ustawy i zwyczaju².

Ustalenie tych skutków uwarunkowane jest uprzednim zbadaniem treści umowy, ustawy i zwyczaju. Samo zbadanie treści umowy mogłoby tylko wtedy³ uchodzić za równoznaczne z ustaleniem skutków prawnych, gdyby umowa była jedynym i samodzielnym źródłem tych skutków⁴. Skoro tak nie jest, to czynność, polegająca na dociekaniu (rozszyfrowaniu) treści umowy, nie pokrywa się z czynnością, polegającą na ustalaniu skutków prawnych⁵. Pierwsza z tych czynności musi zarazem z przyczyn, które podałem wyżej⁶, wyprzedzać drugą⁷. Podejmując tak pierwszą, jak i drugą czynność musimy (zgodnie z przepisami ustawy) mieć na uwadze zwyczaj. W każdym z tych dwu przypadków jednak funkcja zwyczaju jest inna. Obydwie funkcje zwyczaju omówię kolejno w dalszym ciągu.

V. Funkcja wyjaśniająca zwyczaju

1. Wprowadzenie

Znaczenie zwyczaju dla tłumaczenia oświadczeń woli (tj. dociekania ich treści)⁸ normuje, jak wspomniałem, art. 107

¹ Kodeks Napoleona posługuje się nadto w art. 1134 zd. 1, następującą formułką: »Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites«. Podobnie nowy k. c. włoski, art. 1372: »Efficacia del contratto; Il contratto ha forza di legge tra le parti«.

² Pomijam tu znaczenie słuszności.

³ I to przy zastosowaniu znacznych uproszczeń.

⁴ Por. o tym cytat z Manigka, powołany wyżej, s. 76, uw. 5.

⁵ Rozróżnienie obydwu czynności trafnie ujmuje Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, t. 4, 2 Abt., s. 108 i n. Przeciwnie stawia on treści umowy (uzyskanej w drodze tłumaczenia), treść zobowiązania, uzyskaną przez subsumcję treści umowy pod przepis ustawy.

⁶ Por. s. 76.

⁷ Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, s. 243, polemizując z Danzem, przyjmuje taką samą kolejność obydwu czynności.

⁸ Chodzi tu o treść miarodajną dla prawa. Wykładnia stosowana przez prawnika różni się zatem np. od wykładni stosowanej przez logika, czy filologa. Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts,

k. z. działający, gdy chodzi o umowy, w związku z art. 108 k. z. Obydwa wymienione przepisy należą do tzw. zasad wykładni, tj. do norm, określających sposób, w jaki należy przeprowadzać wykładnię¹. Zamieszczona w ustawie zasada wykładni jest przepisem prawnym, na równi z innymi przepisami ustawy². Przepisane w niej środki wykładni stosowane są z mocy ustawy³.

Na gruncie k. z. wszelka wykładnia odnosi się tylko do oświadczeń woli, a nie do woli osób, które złożyły oświadcze-

1930, s. 1 i 40, wyjaśnia to na następującym przykładzie: Klient wchodzi do sklepu i mówi: »chcę kupić tę rzecz«, albo: »kupuję tę rzecz«, albo: »biorę tę rzecz«. Każde z tych zdań ma inną treść dla logika, czy filologa; dla prawnika znaczą one wszystkie to samo: klient czyni ofertę kupna.

Wykładnia stosowana przez prawnika odbywa się zawsze pod kątem widzenia jakichś obowiązujących przepisów.

¹ Od zasad wykładni odróżnić trzeba tzw. przepisy interpretacyjne, tj. normy, które określają z góry, jaką treść należy przypisać poszczególnym słowom, czy zwrotom. Różnicę tę ujmuje trafnie Titzte, op. cit., s. 480.

² Nauka francuska uważa zasady wykładni umów, zawarte w artykułach 1156—1164 Kodeksu Napoleona, za zalecenia nie wiążące bezwzględnie sędziego. Naruszenie tych przepisów nie stanowi podstawy do kasacji. Por. np. Jossierand, Cours de droit civil positif français, 1930, t. 2, s. 118. Podobnie Fuzier-Herman, Code civil annoté, 1936, s. 301.

Inaczej jednak Colin-Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 1924, t. 2, s. 310.

Zasady wykładni zawarte w cytowanych przepisach kodeksu Napoleona pochodzą z dzieła Pothiera.

Motywy do k. c. niemieckiego traktowały zasady wykładni, zawarte w tym kodeksie, jako »Denkregeln, ohne positivrechtlichen Gehalt«.

Merkł, Zum Interpretationsproblem, Grünhuts Zeitschrift, t. 42, 1916, s. 531 i n., zwraca uwagę na to, że ustawowe zasady wykładni będąc przepisami prawa wymagają same również wykładni. Przedmiotem i właściwą treścią nauki prawa jest zdaniem Merkla wykładnia, natomiast metoda wykładni jest w stosunku do prawa transcendentna i z tej przyczyny nie należy do nauki prawa (s. 539 i n.).

³ Idąc za wzorem k. c. n. i k.c. a. ustawodawca polski ograniczył się do zamieszczenia w ustawie tylko »naczelných zasad« tłumaczenia oświadczeń woli (por. Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań, uwagi do art. 107) w przeciwieństwie do prawa cywilnego francuskiego, zawierającego w art. art. 1156—1164 Kodeksu Napoleona dużą ilość zasad wykładni. Uzasadnienie w następujący sposób motywuje to stanowisko: »w czasach, gdy w całym szeregu przepisów merytorycznych daje się sędziemu swobodę oceny, a nawet swobodę kształtowania stosunku prawnego, byłoby niekonsekwencją i anachronizmem krępować sędziego

nia¹. Każde oświadczenie woli musi być poddane tłumaczeniu, choćby jego sens wydawał się zupełnie oczywistym. Tłumaczenie oznacza bowiem dociekanie treści oświadczenia woli, niezależnie od tego, czy treść ta daje się poznać bez wszelkich trudności z osnowy oświadczenia, czy też poznanie jej wymaga pewnych mniej lub więcej skomplikowanych operacji myślowych². Rozprawa niniejsza dotyczy tylko umów, niemniej omówię poniżej także znaczenie zwyczaju dla tłumaczenia jednostronnych oświadczeń woli, a to z uwagi na związek między art. 107 a art. 108 k. z., a również dla uwypuklenia pewnych odrębności, zachodzących przy tłumaczeniu umów.

2. Znaczenie zwyczaju dla tłumaczenia jednostronnych oświadczeń woli³

Art. 107 k. z. zawiera zestawienie przepisanych przez ustawę środków wykładni oświadczeń woli. Zestawienie to można uważać w kwestii interpretacji oświadczeń woli, gdyż jest ona tak związana z konkretnymi okolicznościami i stosunkami, że prawodawca niczego tu przewidzieć nie może.

Z innych zapewne założeń wychodził ustawodawca włoski, który w nowym kodeksie cywilnym z r. 1942 zamieścił dużą ilość zasad wykładni (artykuły 1362—1371).

¹ Dotyczy to zarówno oświadczeń jednostronnych, jak i umów. Nie stoi temu na przeszkodzie fakt, że przy wykładni umów ustawa nakazuje uwzględniać wspólny zamiar stron i cel umowy. Przepisane przez art. 108 k. z. badanie wspólnego zamiaru stron jest tylko środkiem, którym posługuje się interpretator przy dociekanii treści umowy.

² Por. Longchamps de Berier, op. cit., s. 141. Inaczej pojmują wykładnię Colin-Capitant, op. cit., t. 2, s. 311: «De plus, pour user de leur pouvoir d'interprétation, il faut que les juges aient quelque chose à interpréter. Des lors, si les clauses de la convention sont claires, précises, dépourvues d'ambiguïté, les juges doivent les respecter».

Nauka niemiecka stworzyła pojęcie tzw. »Auslegungsfähigkeit«. Por. np. Hamburger, *Treu und Glauben im Verkehr*, s. 35: »Grundsätzlich sind auslegungsfähig nur Erklärungen, die nicht so klar und eindeutig sind, dass ihr Inhalt schon nach dem Wortbild feststeht, also einer Auslegung an sich gar nicht fähig ist».

Danz, *Einführung in die Rechtssprechung*, s. 24, przyjmuje, że nie ma miejsca na wykładnię, gdy strony umówiły się co do znaczenia nadanego oświadczeniu, a także jeżeli w toku procesu strony zadeklarowały zgodność co do znaczenia swoich oświadczeń.

³ Nie jest celem niniejszej rozprawy rozstrzygnięcie całości zagadnień dotyczących wykładni oświadczeń woli. Właściwym przedmiotem zamiesz-

za wyczerpujące tylko w odniesieniu do oświadczeń jednostronnych. Gdy chodzi o wykładnię umów, arsenał przepisanych środków wykładni zwiększa się, gdyż obok środków, wymienionych w art. 107 k. z., wchodzi w grę jeszcze środki wymienione w art. 108 k. z.

Jednym z przepisanych przez ustawę środków wykładni jest kierowanie się zwyczajami uczciwego obrotu. Art. 107 k. z. oparty jest na założeniu, że słowom, znakom, czy zwrotom użytym w oświadczeniu woli należy przypisywać przede wszystkim takie znaczenie, jakie się zazwyczaj¹ w uczciwym obrocie z nimi łączy, tj. znaczenie wypływające z wchodzących w dane warunki w grę zwyczajów².

Założenie to uwzględnia w równej mierze interesy osoby składającej oświadczenie i interesy osoby, do której oświadczenie było skierowane³. W normalnym biegu rzeczy pierwsza z tych osób (tj. składający oświadczenie) dąży do tego, aby jej oświadczenie zostało zrozumiane, i ma słuszne prawo spodziewać się, że będzie ono zrozumiane w zwykłym (a nie jakimś nie dającym się przewidzieć, dowolnym) znaczeniu. Druga z nich (tj. ta, do której oświadczenie było skierowane) ma również ze swej strony słuszne prawo wnosić, że oświadczenie to ma takie właśnie zwykłe znaczenie. Osoba ta nie ma zasadniczo obowiązku doszukiwania się w złożonym jej oświadczeniu jakichś znaczeń specjalnych, odbiegających od narzucającego się przede wszystkim znaczenia zwykłego.

Rozważmy, w jaki sposób wytwarza się owo zwykłe znaczenie poszczególnych słów, zwrotów, czy znaków.

Początek tego procesu ukryty jest zazwyczaj przed naszym wzrokiem: ktoś w dalszej lub bliższej przeszłości użył pewnego

czonych poniżej wypowiedzi jest tylko przedstawienie roli zwyczaju przy wykładni.

¹ W danych okolicznościach.

² Nie zajmuję się na tym miejscu zagadnieniem, jaki zwyczaj należy mieć na uwadze przy wykładni. Por. o tym rozdział III.

³ Zajmuję się tu wyłącznie oświadczeniami woli, «które mają być złożone drugiej osobie» (art. 30 k. z.). Badanie innych oświadczeń, tj. oświadczeń nie wymagających «odbioru» nie zbliżałoby nas do właściwego tematu, tj. do zagadnienia znaczenia zwyczaju dla tłumaczenia umów. Nie poruszam również sprawy tłumaczenia rozporządzeń ostatniej woli, uregulowanej w art. 95 i 96 prawa spadkowego.

słowa (znaku, czy zwrotu) na oznaczenie jakiegoś przedmiotu (czynności, stosunku, właściwości). Ktoś inny (z takich, czy innych powodów) powtórzył to samo. Chęć naśladowania i inne nie dające się odtworzyć przyczyny sprawiły, że tak samo postąpiły jeszcze dalsze osoby. Używanie słowa, o które chodzi, rozpow szechniło się w danym środowisku, tj. coraz więcej osób z tego środowiska używało owego słowa na oznaczenie zawsze tego samego przedmiotu. Oznaczenie tego przedmiotu danym słowem stało się czymś zwykłym, a odstępstwo od takiego sposobu oznaczania zaczęto traktować jako anomalie. Wreszcie powstał taki stan rzeczy, że każdy, kto chciał być w danym środowisku zrozumiany, musiał oznaczać przedmiot, o który chodzi, tym właśnie a nie innym słowem.

Łatwo spostrzec, że przedstawiony tu proces jest procesem tworzenia się zwyczaju¹. Zjawisko społeczne, które jest wytworem tego procesu, odpowiada w pełni schematowi pojęciowemu zwyczaju, który przedstawiłem w rozdziale I niniejszej pracy².

O znaczeniu słów, zwrotów, znaków, używanych w jakimś środowisku, decydują zatem zwyczaje tego środowiska.

Zwyczaje, które mam tu na myśli, to nie normy regulujące prawa i obowiązki stron. Rola ich ogranicza się do tego, że przyporządkowują one słowom, znakom, zwrotom itp. elementom, które mogą się składać na osnowę oświadczenia woli, pewne znaczenie. Zwyczaje tego typu określa się jako zwyczaje językowe³. Oto kilka przykładów:

¹ Opisany tu bieg rzeczy przedstawiony jest oczywiście w wielkim uproszczeniu. Nie chodziło mi bynajmniej o zilustrowanie procesu narodzin mowy ludzkiej. Glottogonia (tj. nauka o pochodzeniu mowy) nie rozstrzygnęła dotąd jednolicie zagadnienia »w jaki sposób człowiek pierwotny przeszedł ze stadium wydawania głosów takich, jakie wydają zwierzęta, do wytworzenia dźwięków, czy głosek posiadających pewną stałą a dającą się określić postać tudzież posiadających pewne mniej więcej stałe, dające się uchwycić odniesienia do przedmiotów doświadczenia ludzkiego«; por. Stopa, *Narodziny myśli i mowy ludzkiej*, 1948, s. 41 i n. W zamieszczonym tu opisie zamierzałem jedynie przedstawić w sposób schematyczny i w takim zbliżeniu, jakie jest potrzebne z uwagi na cel niniejszej pracy, powstawanie zwyczajów językowych na podłożu istniejącego już języka.

² Por. wyżej, s. 51.

³ Bliżej o zwyczajach językowych por. Br. Wróblewski, *Język prawny i prawniczy*, 1948, s. 17 i n.

a) zwyczaj językowy rozpowszechniony w całym kraju przyporządkowuje nazwie »tuzin« znaczenie: 12 sztuk;

b) podług zwyczaju panującego w b. zaborze pruskim nazwa »centnar« oznacza 50 kg. W innych częściach kraju ta sama nazwa oznacza 100 kg;

c) podług zwyczaju, który panował w r. 1935 w Krakowie, w handlu sokami owocowymi, nazwa »oranżada« oznaczała sok sztuczny, zaś nazwa »sok pomarańczowy« naturalny sok z pomarańczy¹;

d) podług zwyczaju, który panował w r. 1937 w Krakowie, pośród kupców handlujących drzewem, nazwa »wagon«, użyta bez dokładniejszego określenia, jaka ma być pojemność wagonu, oznaczała wagon 15-tonowy².

Znaczenie, które przyporządkowują pewnym słowom, znakom, zwrotom itp. zwyczaje handlowe, jest często dosyć skomplikowane³. Dotyczy to w szczególności zwyczajów, które rozstrzygają o znaczeniu tzw. klauzul skrótowych, używanych zwłaszcza w handlu międzynarodowym (o czym niżej).

Uwzględnianie zwyczajów nie jest jedynym środkiem wykładni. Art. 107 k. z. nakazuje nadto (i to na pierwszym miejscu) kierowanie się wymaganiami dobrej wiary⁴. Sens, którego dopatrywać się mamy w oświadczeniu woli, kierując się tymi czynnikami, nie jest jakimś sensem bezwzględnym, tj. sensem, który łączy się z użytymi słowami, zwrotami, czy znakami zawsze, niezależnie od okoliczności⁵. Ma to być sens związany z oko-

¹ Por. sprawozdanie z czynności i obrad Izby Handlowo-Przemysłowej w Krakowie za rok 1935, s. 57.

² Por. także sprawozdanie za rok 1937, s. 110.

³ Zwraca na to uwagę Ehrlich, *Stillschweigende Willenserklärung*, 1893, s. 31. Jedno słowo może w języku handlu oznaczać tak wiele, że w zwykłym języku można by to samo wyrazić tylko przez użycie wielu zdań.

⁴ Przepisy kodeksu Napoleona, dotyczące wykładni umów, nie powołują się na dobrą wiarę.

K. c. n. w § 157 zleca przeprowadzanie wykładni umów podług zasad dobrej wiary, z uwzględnieniem zwyczajów uczciwego obrotu: »Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern«.

⁵ Niektórzy ze zwolenników tzw. subiektywnej metody wykładni (por. niżej, s. 97, uw. 1) przyjmują, że słowa nie mają w ogóle jakiegoś obiektywnego znaczenia. Podług Ehrlicha, *Iherings Jahrbücher*, t. 67,

licznościami danego przypadku. Słowa, znaki, zwroty itp. mogą bowiem mieć różne znaczenie w zależności od okoliczności, w których się nimi posłużono.

Gdy chodzi o dociekanie znaczenia słów, znaków, czy zwrotów, w zależności od okoliczności towarzyszących złożeniu oświad-

s. I i n., słowa są tylko znakami, które wskazują nam, gdzie należy poszukiwać sensu oświadczenia (s. 2). W gruncie rzeczy mówiący chce zawsze powiedzieć co innego niż to, co słuchający słyszy (s. 7). Manigg, Irrtum und Auslegung, 1918, zwraca uwagę na to, że poszukiwanie obiektywnego sensu oświadczenia nie da się nigdy w zupełności oddzielić od dociekania, jaki był rzeczywisty zamiar osoby, która złożyła oświadczenie.

Cytowane poglądy wynikają z pomieszania językowego znaczenia wyrazów z ich znaczeniem psychologicznym. Por. o tym Ajdukiewicz, Propedeutyka filozofii, 1938, s. 53 i n. Według Ajdukiewicza »treści myśli które w danym języku są przyporządkowane danemu wyrażeniu, nazywamy znaczeniami językowymi, jakie to wyrażenie w danym języku posiada«. Natomiast »myśl, na której zasadza się rozumienie pewnego wyrażenia przez daną osobę w pewnej chwili, nazywać będziemy znaczeniem psychologicznym, jakie to wyrażenie dla tej osoby w owej chwili posiada... Znaczenia psychologiczne tej samej wypowiedzi, będące myślami różnych osób, nie są na pewno zupełnie takie same, lecz różnią się między sobą w mniejszym lub większym stopniu, trudno bowiem przypuścić, żeby u dwóch różnych osób usłyszenie jakiejś wypowiedzi łączyło się z dokładnie taką samą myślą«.

Nie znaczy to jednak, aby odnośna wypowiedź nie mogła mieć w pewnym języku jednolitego znaczenia językowego. Należy wszakże pamiętać o tym, że to »co etnicznie uchodzi za jeden wspólny język względnie mowę, w płaszczyźnie semantycznej rozpada się na szereg różnych« (por. Br. Wróblewski, op. cit., s. 7). »Mówiąc w praktyce o wspólnym języku trzeba sobie zdawać sprawę z względności tego wyrażenia, które pod tym kątem widzenia stoi na równi z takimi powiedzeniami, jak dusza polska, świadomość angielska itp.« (por. tamże).

Jeżeli przeto mówimy o obiektywnym znaczeniu wyrazów w pewnym języku naturalnym, to możemy mieć na myśli albo język etniczny, albo jakiś język węższy, którym porozumiewają się grupy ludzi mniej liczne od narodu a powiązane pewnymi właściwościami, np. zawodem, wykształceniem itp.

Nie ulega wątpliwości, że na terenie języków naturalnych (tj. takich, w których o znaczeniu wyrażeń decydują zwyczaje językowe a nie dowolnie przyjęta konwencja) tylko część wyrażeń ma jednolite i ostre znaczenie językowe.

Wykładnia stosowana przez prawnika nie ogranicza się ani do dociekania psychologicznego znaczenia wyrażeń składających się na osnovę oświadczenia woli, ani do dociekania językowego znaczenia tych wyrażeń.

czenia, to spośród dwu wymienionych w art. 107 k. z. środków wykładni większe usługi odda nam pierwszy, tj. kierowanie się wymaganiami dobrej wiary.

Zwyczaje wyjaśniają tylko typowe znaczenie wyrazów (itp.) w danym środowisku, tj. albo ich znaczenie bezwzględne (czyli niezależne od okoliczności, w których ich użyto), albo — w najlepszym wypadku — ich znaczenie w kilku typowych sytuacjach¹. Rola zwyczaju maleje natomiast, gdy chodzi o sytuacje nietypowe, tj. takie, w których okoliczności towarzyszące pozwalają wnosić, że oświadczeniu nadano jakiś inny, odbiegający od zwykłego sensu. O tym, w jakim stopniu owe okoliczności towarzyszące² mają w konkretnym przypadku wpływać na obowiązujący sens oświadczenia, decydują w pierwszym rzędzie wymagania dobrej wiary³.

Ustawodawca zrezygnował z bliższego uregulowania tej materii, uciekając się do użycia klauzuli generalnej. Zagadnienie to

¹ Por. Br. Wróblewski, op. cit., s. 18: »Zwyczaje językowe stanowią obiektywną stronę języka, o ile tak sprawę można stawiać. Jest to jakby bezpłatowe znaczenie pewnych wyrazów, pozbawione naświetleń oryginalno-indywidualnych«.

² Np. dotychczasowe stosunki łączące osobę, która złożyła oświadczenie, z osobą, do której oświadczenie było skierowane, szczególne zachowanie się strony przy składaniu oświadczenia itp. Nowy kodeks cywilny włoski postanawia wyraźnie w art. 1362 ust. 2, że przy ustalaniu wspólnego zamiaru stron należy mieć na uwadze także zachowanie się stron po zawarciu umowy.

³ Titze, Die Lehre vom Missverständnis, s. 83—104, dzieli wykładnię oświadczeń woli na »generalną« (generelle Auslegung) i »indywidualną« (individuelle Auslegung), tj. zmierzającą do uchwycenia takiego sensu oświadczenia, jaki wypływa z konkretnej sytuacji, w której znalazły się względem siebie strony. Oświadczenie woli należy poddać najpierw wykładni generalnej a następnie dopiero indywidualnej.

Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, t. 4, I Abt., s. 90 i n., uważa za zbędne kolejne stosowanie obydwu rodzajów wykładni. Jego zdaniem należy rozpocząć wprost od wykładni indywidualnej: »Jener erstere typische Sinn der Erklärung interessiert gar nicht und nützt auch zu nichts, wenn er etwas anderes bedeutet, wie der individuelle Sinn«.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1927, s. 236, nazywa ową »indywidualną« wykładnię »freie Auslegung«.

wymyka się próbom schematycznego ujęcia¹. Wszelkie wypowiedzianie sądów przedstawia się tu jako przesądzenie o tym, »czego wymaga dobra wiara«. Takie przesądzenie jest o tyle trudne, że jak wspomniałem, kierowanie się zasadami dobrej wiary polega w dużej mierze na respektowaniu interesów obydwu stron², a interesy te uwypuklają się dopiero na tle okoliczności towarzyszących. W każdym jednak razie przyjąć by należało, że wymagania dobrej wiary nakazują, by przy wykładni oświadczeń woli, które »mają być złożone drugiej osobie«, uwzględniano tylko te okoliczności towarzyszące, które osoba ta знаła względnie powinna była znać³.

Do okoliczności towarzyszących zaliczyć należy m. in. okoliczność, że osoba, która złożyła oświadczenie, zwykła jest używać (wzgl. użyła w konkretnym przypadku) pewnych słów, znaków, czy zwrotów, w innym znaczeniu niż to, w którym używa się ich zwykle w jej środowisku⁴. Do sytuacji takich odnosi się

¹ Por. Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, t. 1, Allgemeiner Teil, s. 532. Niemniej Enneccerus stara się rozwiązać je przez podanie pewnych ogólnych wytycznych, por. niżej, uw. 4.

² Tj. w naszym przypadku osoby, która złożyła oświadczenie woli, i osoby, do której oświadczenie to było skierowane.

³ Por. Enneccerus, op. cit., s. 531.

Według Cosacka, op. cit., s. 236, można w pewnych wypadkach uwzględnić przy wykładni także okoliczności towarzyszące nieznanemu osobie, do której oświadczenie było skierowane: »Namentlich können Nebenumstände, die der Gegenpartei unerkennbar waren, zur Auslegung einer Willensäußerung insoweit verwendet werden, als die Gegenpartei beim Empfang der Äusserungen an dieser Auslegung kein Interesse hatte; denn insoweit dürfte der Urheber der Äusserung davon absehen, die Gegenpartei beim Empfang der Äusserung auf die Nebenumstände aufmerksam zu machen«.

⁴ Np. zwykła jest nazywać swoją kolekcję win »biblioteką«, por. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, s. 95.

W literaturze, dotyczącej wykładni oświadczeń woli, omawiano wielokrotnie zagadnienie, czy i w jakim zakresie należy uwzględniać takie indywidualne słownictwo danej osoby przy tłumaczeniu złożonych przez nią oświadczeń.

Według Enneccerusa, op. cit., s. 435, niepodobna stworzyć dla odnośnych sytuacji żadnej ogólnej zasady. Przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków należy mieć na uwadze różne okoliczności, działające osobno lub współdziałające ze sobą. Nie reprodukuje tu bliżej poglądów Enneccerusa w tej materii, gdyż Enneccerus traktuje to zagadnienie łącznie z zagadnieniem terytorialnych i zawodowych odrębności wyrażania się. Stąd

to wszystko, co powiedziałem wyżej o uwzględnianiu okoliczności towarzyszących. Indywidualne słownictwo osoby, która złożyła oświadczenie, będzie zatem również tylko o tyle respektowane przy wykładni tego oświadczenia, o ile ten, do którego oświadczenie było skierowane, słownictwo to znał¹, względnie powinien był znać.

Zasada wykładni zawarta w art. 107 k. z. odnosi się do wszystkich oświadczeń woli. Ustawa nie czyni tu różnicy między oświadczeniami nie wymagającymi szczególnej formy a oświadczeniami, dla których przepisana jest pewna forma². Obydwa ro-

wymienia on w swoim zestawieniu także okoliczności, które nie interesują nas w tej części niniejszej rozprawy. Enneccerus przyjmuje słusznie, że gdy chodzi o oświadczenia woli, które mają działać wobec nieokreślonych osób (np. weksel, zapis długu na okaziciela), to należy je tłumaczyć wyłącznie podług zwyczajów panujących powszechnie w obrocie i uwzględniać przy wykładni tylko te okoliczności, które ujawnia treść dokumentu. Indywidualne słownictwo pewnej osoby (der besondere Sprachgebrauch) należy brać pod uwagę tylko wtedy, gdy osoba trzecia (o której prawa wzgl. obowiązki chodzi) znała je, wzgl. przynajmniej musiała je znać i uważać za miarodajne.

Titze, dla którego, jak wspomniano, punktem wyjścia przy wykładni (indywidualnej) oświadczeń woli jest konkretna sytuacja, w której znalazły się wobec siebie strony (die Besonderheit der Parteibeziehungen, por. op. cit., s. 91, 94), przyjmuje, że znaczenie oświadczenia, odbiegające od powszechnego, można uwzględnić tylko wtedy, gdy usprawiedliwia to wspomniana wyżej szczególna, wzajemna sytuacja stron. W przeciwnym wypadku wchodzi w grę tylko »powszechne« znaczenie oświadczenia.

Oertmann, op. cit., s. 90, 102 i n., krytykuje stanowisko Titzego. Przyjmuje on w szczególności, że owo »indywidualne słownictwo« musi być w pewnych wypadkach uwzględnione, mimo że składający oświadczenie nie pozostawał dotąd z osobą, do której oświadczenie to było skierowane, w jakimś szczególnym stosunku. Wystarcza np. fakt, że okoliczność posługiwania się przez pewną osobę indywidualnym słownictwem była (np. w danej miejscowości) powszechnie znana (podobnie Biermann, Bürgerliches Recht, t. 1, s. 166). Oertmann przyjmuje, że owo indywidualne słownictwo winno być uwzględnione przy wykładni tylko o tyle, o ile odbierający oświadczenie znał je wzgl. przynajmniej musiał je znać. Pogląd taki jest w nauce niemieckiej panujący.

¹ Tj. wiedział, że dana osoba posługuje się takim słownictwem, wzgl. wiedział, w jakim znaczeniu użyła ona danego słowa, znaku lub zwrotu.

² Por. Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań, uwagi do art. 107: »Przyjęcie za podstawę także wszelkich towarzyszących okoliczności zgodne jest z zasadą art. 29 oraz z nowoczesnym prądem unikania forma-

dzaje oświadczeń winny być tłumaczone według tych samych zasad. W szczególności okoliczności towarzyszące należy uwzględnić przy wykładni w zakresie wskazanym przez wymagania dobrej wiary niezależnie od tego, czy przedmiotem wykładni jest oświadczenie woli nie wymagające szczególnej formy, czy też takie, dla którego ustawa przepisuje pewną formę^{1, 2}.

lizmu i przeciwdziałania temu, co wyraża się w słowach: *summum ius, summa iniuria*. Dotyczy to nie tylko oświadczeń dorozumianych, lecz także wyraźnych, a nawet dokonanych w wymaganej formie».

¹ W praktyce, gdy chodzi o tłumaczenie oświadczeń woli, ujętych w formę dokumentu, dokonywaną w toku procesu przez sędziego, pewne granice stawia art. 265 k. p. c. Przepis ten wyklucza prowadzenie dowodu ze świadków (a w konsekwencji, po myśli art. 323 § 1 k. p. c. także z przesłuchania stron) m. in. na takie okoliczności towarzyszące, które miałyby sprawiać, że oświadczeniu woli przypisać trzeba znaczenie, sprzeciwiające się znaczeniu płynącemu ze sporządzonego dokumentu, względnie wybiegające ponad osnowę tego dokumentu. Tym samym okoliczności te (o ile nie dałoby się ich wykazać innymi środkami dowodowymi, np. innymi dokumentami) musiałyby pozostać bez wpływu na wykładnię. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie w dowodzeniu przez strony przy pomocy świadków innych (tj. nie wpływających tak radykalnie na wynik wykładni) okoliczności towarzyszących. Por. O. S. N. z 22 X 1936, C. II. 1313/36 (Nowa Palestra nr 2 z 1937 r.); z uzasadnienia: »przepis art. 265 k. p. c. odnosi się tylko do treści dokumentu, nie dotyczy natomiast ani sposobu, ani warunków i okoliczności, wśród których powstał. Przeprowadzenie zatem dowodu ze świadków i stron celem stwierdzenia, wśród jakich okoliczności i warunków powstała deklaracja pozwanej, nie sprzeciwiało się art. 265 k. p. c.«.

Co do tzw. »umawiań ubocznych« por. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, s. 120. Według Longchamps de Berier art. 265 k. p. c. jest przepisem dyspozytywnym.

² W nauce niemieckiej ścierały się w tej materii dwa przeciwne poglądy: pierwszy (rygorystyczny) reprezentowali m. in. Goldmann-Lilienthal, *Bürgerliches Recht*, s. 179 (cytując za Oertmannem): »Ist in der formellen Erklärung des Willens der wirkliche Wille nicht erkennbar zum Ausdruck gekommen, so kann dieser wirkliche Wille, wenn er auch sonst zum Ausdrucke gelangt ist, schon deshalb nicht beachtet werden, weil die Form nicht gewahrt ist«.

Drugi pogląd (łagodniejszy) reprezentował Cosack, *op., cit.*, t. 1, s. 238, podług którego wykładnia uwzględniająca okoliczności towarzyszące dopuszczalna jest także, gdy chodzi o czynności prawne wymagające określonej formy. Nieformalne wypowiedzi (formlose Willensäußerungen) strony, dokonane przy podjęciu takich czynności prawnych, nie mogą wprawdzie zmienić oświadczeń złożonych w przepisanej formie, niemniej

Wykładnia przeprowadzona przy uwzględnieniu okoliczności towarzyszących może dać wynik zupełnie odmienny od wyniku, który dałaby wykładnia nie respektująca tych okoliczności¹. Jeżeli okoliczności towarzyszące uwzględniono przy wykładni w zakresie wskazanym przez wymagania dobrej wiary, to uzyskany wynik wykładni uważać należy za wyłącznie miarodajny² niezależnie od tego, jak przedstawiałby się wynik wykładni, przeprowadzonej bez respektowania okoliczności towarzyszących³.

jednak mogą być użytkowane przy ich wykładni. Podobnie Ebbecke, Grenzen der Auslegung bei Rechtsgeschäften, Iherings Jahrbücher, t. 69, 1919, s. 1 i n.

Przeważał pogląd łagodniejszy, do czego niemal przyczynił się Danz. Zwrócił on uwagę na to, iż znaczenie słów nie zmienia się przez to że zachowano jakąś przepisana formę. Jeżeli np. ustawa domaga się, by przy pewnej czynności prawnej (np. przy testamencie) było obecnych 3 świadków, to przez to, że świadkowie ci są istotnie obecni, nie zmienia się ani o jotę znaczenie oświadczenia woli. Podobnie przez to, że ktoś oświadcza swoją wolę nie ustnie, lecz na piśmie, nie zmienia się nic w treści oświadczenia. Osnowa oświadczenia uzyskuje i tu i tam swoje znaczenie dopiero przez uwzględnienie okoliczności konkretnego przypadku (por. Einführung in die Rechtsprechung, s. 57).

Pogląd łagodniejszy przyjmuje także Enneccerus, op. cit., s. 540 i n. Nie czyni on co do wykładni różnicy między czynnościami prawnymi «formalnymi» i «nieformalnymi». Podobnie Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, s. 139 i n. Oertmann zastrzega jednak, że essentialia negotii muszą być wyrażone w formie przepisanej dla danej czynności prawnej przez ustawę. Za wyrażone w takiej formie należy uważać nie tylko to, co pokrywa się z dosłownym znaczeniem użytych słów, lecz także wszystko to, co w świetle należyście przeprowadzonej wykładni przedstawia się jako treść oświadczenia.

¹ O uwzględnianiu przy wykładni jednostronnych oświadczeń woli rzeczywistego zamiaru osoby, która złożyła oświadczenie, por. niżej, s. 96 i n.

² Por. Cosack, op. cit., s. 236.

³ Według Longchamps de Berier, op. cit., s. 139, «nie można przyjąć tłumaczenia, które by wynikało z towarzyszących okoliczności, jednak nie dało się żadną miarą zmieścić w brzmieniu oświadczenia lub pozostawało z nim w sprzeczności».

W literaturze niemieckiej zagadnieniem granic, w których dopuszczalne jest uwzględnianie okoliczności towarzyszących, zajął się szczegółowo Ebbecke w rozprawie pt. Die Grenzen der Auslegung bei Rechtsgeschäften. Pisze on: »Aufgabe der Auslegung von Rechtsgeschäften ist es den erklärten Inhalt des Willens nach allen Richtungen klarzustellen. Zur

3. Znaczenie zwyczaju dla tłumaczenia umów

Jak już wspomniałem, arsenal przepisanych przez ustawę środków wykładni zwiększa się, gdy chodzi o tłumaczenie umów. Oprócz środków przewidzianych w art. 107 k. z. wchodzi jeszcze w grę środki przewidziane w art. 108 k. z. Tym samym mechanika tłumaczenia jest tu nieco bardziej złożona.

Art. 108 k. z. nie stanowi całości dla siebie, a jest jedynie uzupełnieniem (i zmodyfikowaniem w odniesieniu do umów) zasady wykładni wyrażonej w art. 107 k. z. Wynika to zarówno z jego sąsiedztwa z tym przepisem¹, jak i z tego, że trudno przyjąć, aby przy tłumaczeniu umów odpadały takie środki wykładni, jak uwzględnianie wymagań dobrej wiary i kierowanie się zwyczajami uczciwego obrotu². W związku z tym przy tłumaczeniu

Erforschung des Willens dürfen alle Umstände ausserhalb des Rechtsgeschäfts herangezogen werden, sofern sie irgend geeignet sind, über das, was die Partei durch die Erklärung gewollt hat, Klarheit zu schaffen. Die Heranziehung ist aber immer nur insoweit zulässig, als der aus den Umständen zu entnehmende Wille in dem Rechtsgeschäft einen, wenn auch nur mangelhaften und unvollkommenen, Ausdruck gefunden hat. Es darf nicht in das Rechtsgeschäft etwas hineingetragen werden, was in diesem schlechterdings nicht enthalten ist« (s. 1).

Autorzy francuscy nazywają tłumaczenie sprzeciwiające się jasnemu, sensowi słownemu »wynaturzaniem« (»denaturer«) umowy. Por. Jossierand, Cours de droit positif français, t. 2, s. 119: »Les tribunaux ne peuvent pas sous prétexte d'interpréter un contrat, le dénaturer; si une clause est limpide, ils ne sauraient la méconnaître ou la transformer«.

Por. również Fuzier-Herman, Code Civil annoté, s. 301: »mais il n'appartient pas aux juges de substituer la prétendue intention des parties à un texte qui ne présente ni obscurité ni ambiguïté, et d'altérer ou même de dénaturer ainsi le contrat«.

Jossierand (tamże) zwraca jednak uwagę na to, że nakreślenie linii demarkacyjnej między prawidłową wykładnią a »wynaturzaniem« jest rzeczą bardzo trudną.

¹ W projekcie części ogólnej kodeksu cywilnego uchwalonym w pierwszym czytaniu obydwie przepisy połączono w jednym artykule (54), przy czym obecny art. 107 stanowi § 1, zaś obecny art. 108 (ze zmianą słowa »umowach« na »umowie«) § 2.

² Por. Longchamps de Berier, op. cit., s. 139: »Art. 107. Zasada ta odnosi się również do wszelkiego rodzaju oświadczeń woli zarówno dwustronnych, jak jednostronnych«.

umów należy stosować obydwa przepisy tak, jak gdyby stanowiły jedną całość¹.

Jakkolwiek art. 108 k. z. nakazuje respektowanie na pierwszym miejscu (»raczej«) »wspólnego zamiaru stron i celu umowy«, to jednak »interpretandum« nie podlega tu żadnej zmianie. I tutaj przedmiotem wykładni są tylko oświadczenia stron składające się na osnovę umowy², zaś obowiązkowe badanie »wspólnego zamiaru stron i celu umowy« jest tylko jednym ze środków wykładni tych oświadczeń.

Rola zwyczaju przy tłumaczeniu umów (w stosunku do jego roli przy tłumaczeniu jednostronnych oświadczeń woli) jest o tyle osłabiona, że art. 108 k. z. nakazuje na pierwszym miejscu³ uwzględnić wspólny zamiar stron i cel umowy, a dopiero na dalszym miejscu dosłowne (tj. odpowiadające zwyczajowi) znaczenie wyrazów⁴. Stąd, gdyby ustalonym zostało, że wspólny zamiar stron i cel umowy nie dadzą się pogodzić z takim znaczeniem,

¹ Łączność obydwu przepisów stwierdza też Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań (uwagi do art. 107 i 108 k. z.) przyjmując, że, gdy chodzi o tłumaczenie umów, to »nie wystarcza ogólna reguła art. 107...«.

² A nie wola stron, które złożyły oświadczenia.

³ Co wynika z użycia słowa »raczej«.

⁴ Art. 108 k. z. wzorowany jest na art. 1156 kodeksu Napoleona, który brzmi: »On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes«.

Przepis ten otwiera sekcję V kodeksu, zatytułowaną: o tłumaczeniu umów (obejmującą art. art. 1156—1164) i uważany jest za naczelną zasadę wykładni prawa cywilnego francuskiego. Dla autorów francuskich właściwym przedmiotem wykładni jest nie tyle oświadczenie woli, ile sama wola (zamiar) strony. Różnicę, zachodzącą w tym przedmiocie między doktryną francuską a przeważającą w Niemczech obiektywną metodą wykładni, przedstawia trafnie Josserand, op. cit., t. 2, s. 117: »Le juge français ne voit dans la formule contractuelle qu'une base, un point de repère lui permettant de découvrir la pensée véritable des parties, un mode de révélation de leur pensée; mais il n'ignore pas que cette pensée est parfois trahie par la forme qu'elle revêt; il la recherchera par tous les moyens possibles, par tous les procédés d'investigation; tout sera mis en oeuvre pour pénétrer jusqu'à »la commune intention des parties contractantes«. ...On peut aussi envisager isolément la formule employée, la déclaration de volonté et l'interpréter à la lueur des usages, des habitudes sociales, du milieu dans lequel elle a été projetée. Le premier système, purement subjectif, est celui de notre Code civil français; le deuxième plus ou moins objectif est celui de droit allemand«.

jakie by wynikało z tłumaczenia jej podług zwyczaju, należy po myśli art. 108 k. z. przypisać umowie takie znaczenie, jakie odpowiada wspólnemu zamiarowi stron i celowi umowy. Nie można jednak zapominać o tym, że według art. 108 k. z. obowiązuje tylko badanie wspólnego zamiaru stron, tj. że zamiary każdej ze stron o tyle tylko wpływać mogą na wynik wykładni, o ile pokrywają się z takimi samymi zamiarami drugiej strony¹.

Poza owym osłabieniem, wynikającym z treści art. 108 k. z., ma, gdy chodzi o znaczenie zwyczaju dla tłumaczenia umów, zastosowanie wszystko to, co powiedziałem wyżej o roli zwyczaju przy tłumaczeniu jednostronnych oświadczeń woli.

4. Uwzględnianie rzeczywistego zamiaru strony przy tłumaczeniu jednostronnych oświadczeń woli

Kodeks zobowiązań stanął na gruncie tzw. obiektywnej metody wykładni. Na tle k. z. wykładnia zmierza z reguły do ustalenia treści oświadczenia, nie zaś do ustalenia zamiaru osoby, która złożyła oświadczenie. Stanowisko zajęte przez k. z. nie pokrywa się jednak z metodą obiektywną w jej postaci krańcowej. Metoda obiektywna sformułowana krańcowo przyjmuje, że rzeczywisty zamiar osoby, która złożyła oświadczenie, jest dla wykładni tego oświadczenia całkowicie obojętny²; wykładający

¹ Uzasadnienie projektu k. z. (tamże) ujmuje to następująco: »...decyduje, oczywiście w granicach kryteriów z art. 107, wspólny zamiar stron, a więc to, co mimo możliwej sprzeczności zamiarów każdej strony da się jednak z całości umowy wydedukować jako wspólny ich zamiar«.

² Por. np. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, wyd. 2, s. 106: »Dagegen ist gleichgültig, gehört also auch nicht zum Tatbestand, der innere Wille der einen oder anderen Partei, was die eine oder andere Partei der betreffenden Willenserklärung für eine Bedeutung beigelegt hat«. Inaczej jednak traktuje Danz przypadki, gdy strony ustaliły zgodnie znaczenie pewnych wyrażeń lub gdy jedna z nich zna znaczenie, w którym druga użyła pewnego wyrażenia. W przypadkach takich rozstrzyga umówione względnie znane stronie znaczenie wyrażenia; por. *Einführung in die Rechtssprechung*, s. 24. Poza tymi przypadkami rzeczywisty zamiar strony ma znaczenie tylko wtedy, gdy zachodzi błąd; por. *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, wyd. 1, s. 105. Cytowane tu poglądy Danza odnoszą się tylko do wykładni czynności prawnych obrotowych (*Verkehrsgeschäfte*). Inne zasady obowiązują przy wykładni takich czynności prawnych, w których jedna ze stron otrzymuje nieodpłatnie korzyść majątkową kosztem

winien ustalić obiektywny sens oświadczenia, kierując się znaczeniem, które użytym w danych okolicznościach słowom, znakom, czy zwrotom nadaje zwyczaj, a nie oglądając się w ogóle na rzeczywisty zamiar strony.

Na gruncie k. z. rzecz przedstawia się inaczej. Zasady wykładni zawarte w k. z. zawierają pewne ustępstwa na rzecz subiektywnej metody wykładni¹. Ustępstwa te są zupełnie wy-

drugiej (Nichtverkehrsgeschäfte), np. darowizna, użyczenie, rozporządzenia na przypadek śmierci; por. Einführung in die Rechtssprechung, s. 59—68.

¹ Kontrowersja między obiektywną a subiektywną metodą wykładni oświadczeń woli należy do najbardziej zasadniczych sporów cywilytyki. Stanowi ona jeden z odcinków sporu między teorią oświadczenia a teorią woli. Stanowisko metody obiektywnej przedstawiłem wyżej. Metoda subiektywna (w swej postaci krańcowej) przyjmuje, że celem wykładni jest ustalenie rzeczywistego zamiaru osoby, która złożyła oświadczenie woli (tzw. Willensforschung).

Ani jedna ani druga metoda nie występują obecnie w postaciach krańcowych. Usiłowania teoretyków wykładni zmierzają od dawna do pogodzenia obydwu ekstremów. Zwolennicy obydwu metod czynią pewne ustępstwa szukając formuł kompromisowych. Kilka takich formuł stworzyli przedstawiciele metody subiektywnej. Tak np. Ebbecke, Grenzen der Auslegung, Iherings Jahrbücher, t. 69, 1919, s. 1 i n., przyjmuje, że wykładnia winna zmierzać do ustalenia oświadczonej woli strony. Nie chodzi przy tym o ustalenie, jakie myśli i zamiary miała «osobiste» strona, która złożyła oświadczenie, lecz o zbadanie jakie myśli i zamiary można by przypisać w danych warunkach rozsądnemu człowiekowi (s. 2). Podług innej formuły, przyjętej w orzecznictwie niemieckim, por. R. G. 108, 83, wykładnia winna zmierzać do ustalenia rzeczywistego zamiaru strony, jednak tylko o tyle, o ile zamiar ten znalazł jakiś (choćby niepełny) wyraz w oświadczeniu woli. Por. także Titze, Die Lehre vom Missverständnis, 1910, s. 96.

Widocznym jest, że wykładnia według metody subiektywnej faworyzuje interesy osoby, która złożyła oświadczenie woli, zaś wykładnia według metody obiektywnej interesy osoby, do której oświadczenie było skierowane. Teoretycy wykładni są w ustawicznym poszukiwaniu takiego rozwiązania, które umożliwiłoby należyte pogodzenie interesów obydwu stron. Dla nowszych prac z zakresu teorii wykładni charakterystyczna jest tendencja usunięcia dwoistości metod wykładni. Tendencja ta przejawia się w szczególności w pracach Manigka, Irrtum und Auslegung, 1918, i Larenza, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930. Według Manigka nauka prawa jest w owiele większym stopniu «zarażona» ową dwoistością metod niż praktyka sądów (s. 197): Trzeba się liczyć z tym, że poszukiwanie obiektywnego sensu oświadczenia nie da się nigdy

rażne, gdy chodzi o wykładnię umów: wykładający obowiązany jest raczej badać wspólny zamiar stron i cel umowy, jak opierać się na dosłownym znaczeniu wyrazów. Kodeks zobowiązań nie daje natomiast wyraźnej odpowiedzi na pytanie, czy badanie rzeczywistego zamiaru strony obowiązuje także przy tłumaczeniu jednostronnych oświadczeń woli. Jak wynika z Uzasadnienia ustawodawca polski odrzucając wzory niemieckie świadomie zaniechał zamieszczenia w ustawie przepisu, który by w sposób kategoriyczny nakazywał uwzględnianie rzeczywistego zamiaru strony przy wykładni takich oświadczeń¹. Stanowisko zajęte przez

całkowicie oddzielić od dociekania, jaki był rzeczywisty zamiar osoby, która złożyła oświadczenie. Wykładnia winna zmierzać do ustalenia woli w oświadczeniu (»Die Auslegung hat den Willen in der Erklärung zu erforschen«, s. 200). Mimo akcentów pojednawczych poglądy Manigka stoją pod przemożnym wpływem metody subiektywnej.

Przezwyciężenie dwoistości metod wykładni postawił sobie wyraźnie za cel Larenz, por. op. cit., s. 9. Do tego celu zmierza Larenz przez rewizję tradycyjnych poglądów na istotę oświadczenia woli. Istotny sens oświadczenia woli nie polega jego zdaniem bynajmniej na zmanifestowaniu pewnego zamiaru: »Wir hatten gefunden, dass die Willenserklärung nicht eine Aussage über ein vorliegendes Wollen enthält, sondern auf einen Rechtserfolg als einen zu verwirklichenden abzielt, dass sie ihn als einen solchen bezeichnet, der gelten soll, dass sie Geltungserklärung nicht Wollenserklärung ist« (s. 52). Wykładnia ma do czynienia nie z wolą strony i jej stosunkiem do oświadczenia, lecz z różnymi możliwymi znaczeniami oświadczenia, spośród których wybrać musi takie znaczenie, jakie jest miarodajne z punktu widzenia prawa (s. 69). W poszukiwaniu formuły, która pozwalałaby na optymalne pogodzenie interesów stron (tj. osoby składającej oświadczenie i osoby, do której oświadczenie było skierowane) stworzył Larenz pojęcie przypisalnego sensu oświadczenia (der zurechenbare Sinn der Erklärung, s. 70 i n.). Sens taki, który jest zarazem z punktu widzenia prawa właściwym sensem oświadczenia, należy ustalić kierując się nie tylko obiektywnym znaczeniem wyrażań użytych w oświadczeniu, lecz także możliwością zrozumienia ich przez obie strony. »Dem Erklärenden zurechenbar ist vielmehr diejenige Bedeutung, von der er erwarten kann und muss, dass sie sein Gegner versteht — die Bedeutung die der Erklärende selbst seinen Worten gerade mit Rücksicht auf das Verständnis seines Gegners beilegen darf. Diese Bedeutung ist unabhängig davon, wie der Erklärende seine Worte wirklich gemeint oder der Gegner sie verstanden hat. Sie ist dagegen abhängig von den Verständnismöglichkeiten beider Parteien, in letzter Linie von der des Erklärenden« (s. 72).

¹ Por. Uzasadnienie projektu k. z., s. 156: »Natomiast nie uznano za wskazane wypowiadać w odniesieniu do wszystkich oświadczeń woli, a więc i jednostronnych tego, co wypowiada ponadto § 133 k. c. n., a mia-

ustawodawcę polskiego jest niewątpliwie słuszne. Wprowadzanie do prawa polskiego normy odpowiadającej § 133 kodeksu cywilnego niemieckiego nie byłoby właściwe¹. Gdyby z mocy ustawy o wyniku wykładni decydować miał zawsze rzeczywisty zamiar osoby, która złożyła oświadczenie, to osoba, do której oświadczenie było skierowane, nie miałaby nigdy pewności co do tego, jak je należy rozumieć, w szczególności zaś nie wiedziałaby nigdy, czy może polegać na takim znaczeniu oświadczenia, jakie wynika z jego osnowy i ze znanych jej okoliczności towarzyszących, czy też trzeba się w nim dopatrywać jakichś niespodzianek wynikających z rzeczywistego, lecz nieznanego jej zamiaru osoby, która złożyła oświadczenie.

Rozważmy jednak, czy z faktu, że art. 107 k. z. nie zawiera wyraźnej wzmianki o badaniu rzeczywistego zamiaru strony, wnosić można, że dla wykładni jednostronnych oświadczeń woli zamiar ten jest w ogóle bez znaczenia. Wniosek taki sięgałby m. zd. zbyt daleko i byłby trudny do pogodzenia z przyświecającą przepisom k. z. o wykładni zasadą tłumaczenia podług wymagań dobrej wiary. Zasada ta odnosi się do wszystkich oświadczeń woli i wyklucza m. zd. sąd, że przy wykładni oświadczeń jednostronnych decydować ma wyłącznie i zawsze tylko dosłowne znaczenie wyrazów². Tak więc również przy tłumaczeniu oświadczeń jedno-

nowicie, że powinno się badać wolę rzeczywistą, gdyż pozostawałoby to niejednokrotnie w sprzeczności z przyjętą w kodeksie teorią oświadczenia». § 133 k. c. n. brzmi: »Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften«.

¹ Brzmienie § 133 kodeksu cywilnego niemieckiego, zredagowane pod wyraźnym wpływem metody subiektywnej, sprawia nauce niemieckiej wiele kłopotu i zmusza ją do stosowania zwięzającej wykładni tego przepisu. Najdalej w zwięzaniu sensu § 133 posuwa się Danz, podług którego sens § 133 wyczerpuje się w tym, że przepis ten nakazuje badanie okoliczności towarzyszących; por. Einführung in die Rechtsprechung, s. 30. Podług Larenza (op. cit., s. 76) § 133 należy tłumaczyć następująco: »Es ist derjenige Sinn zu erforschen, den der Erklärende als verständlich ansehen darf«. Szczególne trudności sprawia nauce niemieckiej pogodzenie sensu § 133 z sensem § 157 k. c. n., por. o tym Larenz, op. cit., s. 8.

² Por. Uzasadnienie, s. 156: »Z zasady art. 107 wynika także, iż nie należy trzymać się dosłownego znaczenia wyrazów i o tyle artykuł ten obejmuje i to, co wyraża § 133 in fine k. c. n.«. Por. również Longchamps de Berier, Zobowiązania, s. 141: »Z art. 107 a w szczególności z tego, że tłumaczenie według wymagań dobrej wiary i zwyczajów uczciwego

stronnych należy mieć na uwadze rzeczywisty zamiar osoby, która złożyła oświadczenie. Trzeba jednak odróżnić przypadki, w których zamiar ten widoczny jest wprost z osnowy oświadczenia, od przypadków, w których tylko okoliczności towarzyszące pozwalają wnosić, że rzeczywisty zamiar strony nie pokrywa się z tym, co wynika z osnowy oświadczenia. W pierwszej grupie przypadków zamiar, o którym mowa, będzie miał zawsze decydujący wpływ na wynik wykładni, w drugiej oddziała on tylko o tyle, o ile wymagania dobrej wiary nakazywać będą uwzględnienie owych okoliczności towarzyszących. Może się zatem przydarzyć, że rzeczywisty zamiar osoby, która złożyła oświadczenie, pozostanie bez wpływu na wykładnię tego oświadczenia^{1, 2}.

5. Zagadnienie milczenia

Przy rozważaniu przypadków z praktyki nasuwa się nierzadko pytanie, czy w pewnym zachowaniu się tkwi w ogóle oświadczenie woli³. Dotyczy to zwłaszcza przypadków, w których

obrotu nie jest ograniczone tylko do przypadków niejasności lub dwuznaczności oświadczenia, wynika, że nie należy trzymać się dosłownego znaczenia wyrazów, jeżeli przy swobodnej interpretacji dojdzie się do rezultatu bardziej odpowiadającego przypuszczalnej woli stron i wymaganiom dobrej wiary i uczciwego obrotu. Wyrazne podkreślenie tego dopiero w art. 108, odnoszącym się do tłumaczenia umów, nie oznacza, aby ta zasada obowiązywała tylko przy umowach, lecz oznacza, że ona obowiązuje także przy umowach⁴.

¹ Uzasadnienie, s. 156, wyraża to następująco: »Jeżeli oświadczenie jednostronne można rozumieć zgodnie z zasadami dobrej wiary i uczciwym obrotem tylko w pewien sposób, należy przyjąć to znaczenie, chociażby wola rzeczywista była inna. Oczywiście jednak z natury rzeczy wynika, że dopóki wola rzeczywista nie sprzeciwia się kryteriom z art. 107, należy ją przede wszystkim uwzględnić, bo przeznaczeniem czynności prawnych jest wywoływanie tych skutków prawnych, które strony chcą wywołać«.

² Nie zajmuję się tu zagadnieniem błędu, a zwłaszcza zagadnieniem, czy i w jakich warunkach osoba, o którą chodzi, będzie mogła uchylić się od skutków prawnych swojego oświadczenia woli.

³ Pytanie to nie należy moim zdaniem do problemów wykładni, skoro wykładnia uwarunkowana jest tym, aby interpretandum istniało. Inaczej Hölder, Willenstheorie und Erklärungstheorie, Iherings Jahrbücher, t. 58, 1910, s. 101 i n. (s. 125) i Larenz, op. cit., s. 82, podług których wykładnia polega nie tylko na dociekaniu treści oświadczenia woli, lecz także na badaniu, czy pewne zachowanie się jest w ogóle oświadczeniem woli.

jedna ze stron oświadczyła swą wolę w sposób wyraźny (np. złożyła pisemną ofertę), zaś druga zachowała się biernie (milczała) z tym jednak, że z okoliczności można było wnosić, iż milcząco zaakceptowała oświadczenie pierwszej strony.

Niektórzy z autorów przyjmują, że czynnikiem, który rozstrzyga o tym, w jakich okolicznościach milczenie strony przedstawia się jako oświadczenie woli, jest zwyczaj¹.

Pogląd taki jest m. zd. błędny. Rozważmy to zagadnienie na przykładzie sytuacji, której dotyczy art. 526 k. h. Przepis ten brzmi:

»Jeżeli kupiec, którego przedsiębiorstwo obejmuje załatwianie cudzych interesów, otrzyma ofertę do załatwienia takiego interesu od osoby, z którą pozostaje w stałych stosunkach handlowych, obowiązany jest do bezzwłocznej odpowiedzi; jego milczenie uważa się za przyjęcie oferty«².

¹ Por. np. Danz, *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, wyd. 2, s. 42. Również Hölder, op. cit., s. 125. Projekt k. c. n. Zitelmana zawierał przepis stanowiący, że oświadczeniem woli jest takie zachowanie się, które podług zwyczaju uchodzi za oświadczenie woli.

² Przepis ten (wzorowany na § 326 k. h. n.) jest przyjętym do ustawy zwyczajem handlowym. Zwyczaj, który nakazywał kupcom odpowiadanie na oferty innych kupców (pod rygorem, że brak odpowiedzi będzie uważany za przyjęcie oferty), powstał prawdopodobnie w średniowieczu (por. Ehrlich, *Stillschweigende Willenserklärung*, s. 175). Był on przejawem zawodowej solidarności stanu kupieckiego. Kupiec nie był dla drugiego kupca kimś obojętnym, lecz zasługiwał na względy, jako członek tego samego stanu. Solidarność tę posuwano aż tak daleko, iż np. Casaregis uważał, że kupiec ma z reguły obowiązek przyjmować oferty każdego innego kupca, »quoad ea, quae artem mercatoriam respiciunt«, chyba że jakiś poważny względy przemawiają przeciwko przyjęciu. Nawet w tym przypadku jednak wolno mu odrzucić ofertę tylko wtedy, jeżeli czas pozwala jeszcze na powiadomienie o tym oferenta (por. tamże).

Zasada »qui tacet, consentire videtur« (stosowana również z dodatkiem »ubi loqui debuit ac potuit«), pochodzi z prawa kanonicznego (c. 43 in 6-to de R. J. 5). Zasada ta nie przyjęła się w obrocie powszechnym. Zwyczaj handlowy, który by nakazywał traktować milczenie kupca na wszelkie skierowane do niego przez inne osoby oświadczenia, jako wyrażenie zgody, obecnie nie istnieje. Tylko w szczególnej sytuacji, opisanej w art. 526 k. h., przepis ustawy (pokrywający się ze starym zwyczajem handlowym) traktuje milczenie na równi z przyjęciem oferty. Niemniej i w innych przypadkach, jeżeli okoliczności towarzyszące nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że kupiec przez milczenie przejawiał swój rzeczywisty zamiar przyjęcia oferty, milczenie kupca nie tylko »ma być uważane«, lecz istotnie jest przyjęciem oferty.

Sytuacja, której dotyczy art. 526 k. h. może m. in. występować w następujących dwu wariantach:

Wariant pierwszy: kupiec zapoznał się z treścią oferty i zamierza ją przyjąć, a wie o tym, że jego milczenie będzie traktowane jako przyjęcie oferty.

Wariant drugi: kupiec nie zapoznał się w ogóle z treścią oferty mimo, że doszła ona do niego w należyty sposób (art. 30 k. z.).

W pierwszym przypadku, milczenie kupca jest istotnie oświadczeniem woli. W drugim przypadku milczenie kupca, za którym nie kryje się w ogóle żadna czynność psychiczna, którą można by odnieść do owego milczenia, nie jest oświadczeniem woli^{1,2}. Jeżeli milczenie to wywołuje skutki prawne, to nie dlatego, aby było oświadczeniem woli, lecz dlatego, że tak chce ustawa. Milczenie to nie jest przyjęciem oferty, ustawa każe je jedynie uważać za przyjęcie oferty, czyli traktować na równi z przyjęciem oferty. Podobnie, gdyby wytworzył się np. zwyczaj handlowy, nakazujący traktować milczenie kupca po przesłaniu mu faktury, jako zgodę na zamieszczone w fakturze klauzule (odbiegające od treści zawartej uprzednio umowy), to zwyczaj taki

¹ Chodzi mi tu nie tylko o to, że strona nie miała ani zamiaru wywołania skutków prawnych, ani nawet zamiaru złożenia oświadczenia (co mogłoby być dla zwolenników teorii oświadczenia obojętne), lecz przede wszystkim o to, że trudno w ogóle przyjąć, aby w opisanym przypadku milczenie było zachowaniem się kierowanym przez wolę, tj. aby strona chciała (postanowiła) właśnie milczeć. Za milczeniem strony nie kryje się tu żadna czynność psychiczna, w szczególności zaś żaden akt woli, który mógłby być odniesiony do owego milczenia.

W nauce niemieckiej milczące oświadczenia woli określa się jako »stillschweigende Willenserklärungen«. Od właściwych »stillschweigende Willenserklärungen« odróżnia Manigk, op. cit., s. 189, takie przypadki milczenia, z którymi ustawa w pewnych okolicznościach wiąże skutki prawne, niezależnie od tego, jaki był zamiar strony. W przypadkach, gdzie bada się jedynie, czy zaszedł pewien typowy (zewnątrzny) stan faktyczny a nie wnika się w ogóle w to, jaki był zamiar strony, nie mamy według Manigka do czynienia z oświadczeniami woli. Przypadki takie nazywa Manigk »typisierte Erklärungsakte mit normierter Wirkung«, por. op. cit., s. 189 i 274. Podobne stanowisko zajmuje David, *Verkehrsgewohnheit, Gewohnheitsrecht und ergänzendes Satzungsrecht*, 1940, s. 26.

² Stąd nie zachodzi tu ani możliwość, ani potrzeba uchylania się od skutków prawnych »oświadczenia« po myśli art. 37, 41 czy 42 k. z. por. Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, s. 77, por. również Schlegerberger, *Das Handelsgesetzbuch*, 1939, t. 2, s. 868.

nie byłby i tak pomocny przy rozważaniu pytania, czy milczenie kupca jest w konkretnym przypadku oświadczeniem woli. Zwyczaj działałby tu podobnie, jak działa art. 526 k. h¹. Żaden zwyczaj nie jest bowiem zdolny do wyjaśnienia nam, czy poza milczeniem strony kryje się jakiś akt woli.

O wykładni milczenia mówić możemy tylko w przypadkach, gdy milczenie było istotnie oświadczeniem woli².

6. Handlowe klauzule skrótowe

Kupcy uczestniczący w handlu międzynarodowym posługują się w ofertach, umowach, fakturach i korespondencji znaczną ilością handlowych klauzul skrótowych w rodzaju: F. O. R., F. A. S., C. I. F. itd. Znaczenie tych klauzul wyjaśniają odpowiednie zwyczaje handlowe³.

W r. 1936 Międzynarodowa Izba Handlowa opublikowała (w języku angielskim, francuskim i niemieckim), opracowane przez wyłoniony specjalnie w tym celu komitet, międzynarodowe reguły dla wykładni owych klauzul, a to pod nazwą: Incoterms 1936⁴.

Incoterms 1936 nie są oczywiście ani ustawą ani zwyczajem i nie mają formalnie żadnej mocy obowiązującej. Opracowano je w oparciu o zwyczaje handlowe (często niejednolite) w intencji doprowadzenia w przyszłości do przyjęcia się na całej kuli ziemskiej jednolitej wykładni tych klauzul⁵. Kupcy uczestniczący

¹ Tj. normująco.

² Milczenie nie musi bynajmniej oznaczać z reguły zgody na treść oświadczenia drugiej strony. Z okoliczności wynikać może, że strona przez milczenie przejawiała dezaprobatę.

³ Hedemann, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, s. 288, podaje, że ongiś istniał specjalny dział wiedzy prawniczej mający za przedmiot naukę o znaczeniu i stosowaniu klauzul (nie tylko w stosunkach handlowych). Naukę tę wykładano nawet na uniwersytetach. Posługiwanie się klauzulami prowadziło nieraz do pewnego zwyrodnienia praktycznej jursprudencji (tzw. »Kautelarjurisprudenz«).

⁴ Druk nr 92. Międzynarodowej Izby Handlowej. Incoterms 1936 obejmują wykładnię następujących klauzul skrótowych: 1) Ex Works; 2) F. O. R.; F. O. T.; 3) Free...; 4) F. A. S.; 5) F. O. B.; 6) C. & F.; 7) C. I. F.; 8) Freight or Carriage Paid to; 9) Free or Free Delivered; 10) Ex Ship i 11) Ex Quay.

⁵ Charakterystyczne jest, że przedstawiciele Wielkiej Brytanii zasiadający w Radzie Międzynarodowej Izby Handlowej, głosowali przeciwko wydaniu Incoterms 1936 i oświadczyli, że nie poczynią żadnych

w handlu międzynarodowym mogą powoływać się w zawieranych przez siebie umowach na Incoterms 1936, co odniesie ten skutek, że o wykładni użytych przez nich klauzul skrótowych rozstrzygać będą reguły zamieszczone w tym zbiorze. Gdyby powoływanie się na Incoterms 1936 stało się w kołach kupców międzynarodowych powszechną praktyką i gdyby w następstwie tego podane w nich znaczenie klauzul przyjęło się w tych kołach powszechnie, moglibyśmy mówić o powstaniu jednolitych zwyczajów międzynarodowych, dotyczących wykładni handlowych klauzul skrótowych. Znaczenie podane w Incoterms 1936 obowiązywałoby wtedy z mocy zwyczaju, nawet bez powołania się przez strony na ten zbiór¹.

kroków, aby Incoterms były przyjęte i stosowane przez kupców brytyjskich, por. o tym Koźmiński, *Zwyczaje handlowe kupno-sprzedaż*, 1948.

¹ Incoterms 1936, nie są bynajmniej pierwszą próbą «skodyfikowania» zwyczajów handlowych. Jeszcze w r. 1866 wydano we Francji ustawę zmierzającą do ustalenia zwyczajów handlowych (loi du 13 juin 1866, concernant les usages commerciaux). Izba Przemysłowo-Handlowa w Berlinie wydawała do r. 1933 zeszyty, zawierające zbiory zwyczajów poszczególnych gałęzi handlu. Zeszyty te obejmowały jednak raczej tzw. ogólne warunki zawierania transakcyj (allgemeine Geschäftsbedingungen) tak, że ich nazwa nie odpowiadała treści. W r. 1933 zaprzestano tego wydawnictwa, jako nieprowadzącego do celu i nie nadążającego za szybkimi zmianami zwyczajów handlowych. Por. o tym Schlegelberger, *Das Handelsgesetzbuch*, t. 2, s. 850. Poza tym ukazywały się liczne lokalne zbiory zwyczajów handlowych. Por. np. Oerlichs, *Breslauer Handelsgebräuche*, 1929.

Ze zbiorów polskich znane mi są następujące: *Postanowienia (zwyczaje) dla handlu płodami rolniczymi w hali zbożowej w Krakowie*, zestawione przez D. Bincera, 1914; *Zwyczaje handlowe zestawione według orzeczeń Izby Handlowej i Przemysłowej we Lwowie z lat 1920 do 1926* przez K. Trawińskiego, 1927; *Zwyczaje handlowe obrotu nasionami leśnymi zestawione przez S. Sowińskiego*, 1937; *Warunki handlowe (zwyczaje giełdowe) ogólnopolskie opracowane przez Radę Związku Giełd Zbożowo-Towarowych w Polsce*, 1938; *Zwyczaje handlowe na Pomorzu zestawione na podstawie orzeczeń Izby Przemysłowo-Handlowej w Gdyni* przez M. J. Korytowskiego, 1938; *Zwyczaje handlowe, zbiór orzeczeń o zwyczajach handlowych wydanych przez Izbę Przemysłowo-Handlową we Lwowie w latach od 1928 do 1938, 1939*. Nadto w sprawozdaniach rocznych poszczególnych Izb Przemysłowo-Handlowych w Polsce poświęcano zwykle osobny ustęp orzeczeniom w sprawach zwyczajów handlowych, wydanym w danym roku przez odnośne izby. W r. 1948 ukazał się zbiór zwyczajów handlowych dotyczących sprzedaży, Koźmińskiego,

Pewnych klauzul skrótowych używa także handel krajowy¹. I tutaj o znaczeniu poszczególnych klauzul decydują odpowiednie zwyczaje handlowe.

7. Zagadnienie tzw. »uzupełniania« oświadczeń woli

Praktyka wykazuje, że nawet bardzo starannie redagowane pisemne umowy nie wyczerpują z reguły wszystkich materyj, które mogą mieć znaczenie dla stron. Nie czynią tego tym bardziej umowy ustne, zawierane często w pośpiechu i ograniczające się do krótkiej wymiany zdań. Nie chodzi mi tu o pominięcie szczegółów dotyczących wykonania umowy. Szczegóły wykonania uzależnione są w dużej mierze od sytuacji faktycznej, która się wytworzy w przyszłości, tj. w czasie, gdy strony przystąpią do wykonania swoich zobowiązań, względnie realizacji swoich praw. Szczegółów tych strony nie mogą z natury rzeczy przewidzieć w całej rozciągłości przy zawarciu umowy.

Na tym miejscu chodzi mi o inne szczegóły, a mianowicie o takie (często doniosłe), które strony mogły uregulować w stosownych postanowieniach umowy, czego jednak nie uczyniły bądź to dlatego, że wyraźne ich uregulowanie uważały za zbędne, bądź to dlatego, że o szczegółach tych w ogóle nie pomyślały.

Zachodzi pytanie, co ma być podstawą do rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach stron w zakresie owych nieporuszonych w umowie szczegółów.

W pewnej mierze przychodzą tu stronom z pomocą przepisy ustawy. Dotyczy to jednak głównie tylko przypadków, gdy zawarta umowa należy do tzw. umów »nazwanych« (tj. umów powtarzających się jako typ często w obrocie i unormowanych

zatytułowane: Zwyczaje handlowe kupno-sprzedaż, 1948. Niektóre z powołanych wyżej zbiorów polskich mimo, że zawierają w tytule słowo »zwyczaje handlowe«, nie są zbiorami zwyczajów handlowych, lecz zbiorami tzw. ogólnych warunków zawierania transakcyj.

Od dawna zwracano uwagę na to, że spisywanie zwyczajów handlowych i ujmowanie ich w zbiory nie prowadzi do celu, a to z powodu wielkiej zmienności i płynności tych zwyczajów. Odtwarzanie treści zwyczajów handlowych na piśmie połączone jest często ze zniekształceniem tej treści. Por. o tym Sturm, *Die Materie des Rechts*, 1911, s. 119 i n.

¹ Np. »loco sklad sprzedajacego«, »franco sklad odbiorcy« itp.

z tej przyczyny w sposób mniej lub więcej wyczerpujący przez ustawę).

Pomoc ze strony ustawy w wielu wypadkach jednak nie wystarczy, gdyż ustawa z natury rzeczy również nie wyczerpuje wszystkich szczegółów, które mogą okazać się ważne dla stron. Powstają stąd trudności, które usiłowano rozwiązać w nauce i praktyce prawa różnymi sposobami.

Koncepcje, dotyczące tego zagadnienia, można ująć w dwie zasadnicze grupy:

Pierwszą grupę tworzą koncepcje, które rezygnują z poszukiwania w oświadczeniach złożonych przez strony norm, których w tych oświadczeniach nie zawarto, tj. z poszukiwania w tych oświadczeniach czegoś więcej ponad to, co można w nich znaleźć przy zastosowaniu zwykłych (tj. opisanych wyżej) środków wykładni. Koncepcje te szukają norm dla uregulowania pominiętych przez strony szczegółów w czynnikach zewnętrznych, stojących poza oświadczeniami stron, a to w szczególności w ustawie, zwyczaju i słuszności.

Drugą grupę tworzą koncepcje, które stosując mniej lub więcej skomplikowane operacje myślowe, starają się umieścić normy, o których mowa, w treści oświadczeń stron, względnie w treści woli stron, które złożyły oświadczenia¹. Niektórzy ze

¹ W grupie drugiej można odróżnić kilka odłamów: Odlam pierwszy (najbardziej radykalny) przyjmuje, że za »oświadczone« należy uważać nie tylko to, o czym strony wypowiedziały się w umowie, względnie nawet czego strony chciały, lecz także wszystko to, co odpowiada celowi zamierzonemu przez strony, czyli wszystko to, czego by (jak można wnosić) strony chciały, gdyby pomyślały o danym szczególe. Jeden z wariantów takiego poglądu reprezentuje Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, t. I, s. 239. Odlam ten można by nazwać realistycznym, gdyż ową hipotetyczną wolę stron uważa on za wolę rzeczywiście oświadczoną. Na podobnym stanowisku stał w swych dawniejszych orzeczeniach Sąd Rzeszy, por. np. orzeczenie cytowane w Grühots Beiträge, t. 54, s. 387: »Erklärt ist auch das, was sich als selbstverständliche Folge aus dem ganzen Zusammenhange der getroffenen Abreden darstellt. — Es muss davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten jene Punkte so haben ordnen wollen und nach den von ihnen festgelegten Leitsätzen auch so geordnet haben, wie es im Hinblick auf den Vertragszweck den Verkehrsanschauungen entspricht«. Rozstrzygnięcia tego typu nazywa David, op. cit., s. 46 »die Als-Ob-Jurisprudenz«.

zwolenników tych koncepcyj stosują w szczególności operację myślową, nazywaną »wykładnią uzupełniającą«, tj. starają się »uzupełniać« treść oświadczeń złożonych przez strony, względnie samą wolę stron, w pewnych kierunkach o tyle, o ile wydaje im się to w danej sytuacji koniecznym.

Druga grupa liczy bardzo wielu zwolenników. Atrakcyjność jej też płynie w dużej mierze stąd, że termin »wykładnia uzupełniająca«, z natury swej niejasny i rozciągliwy, zapewnia, a przynajmniej obiecuje, pewnego rodzaju pokrycie nawet takim praktykom interpretacyjnym, które skądinąd musiałyby uchodzić za zupełnie dowolne¹.

Koncepcje grupy pierwszej są niewątpliwie prostsze. Tak np. sięganie po normę bezpośrednio do zwyczaju jest oczywiście mniej skomplikowane, niż wbudowywanie w treść oświadczenia normy, którą uprzednio należy i tak skonstruować w oparciu o zwyczaj. Względ na prostotę tych koncepcyj nie mógłby jednak sam w sobie decydować o ich słuszności. Zagadnienie, czy »uzupełnianie« oświadczeń wzgl. woli stron jest dopuszczalne jest zagadnieniem dogmatycznym. Można je rozważać tylko na tle przepisów obowiązujących w danym miejscu i czasie. Rozpatrzmy problem »uzupełniania« na tle prawa polskiego:

Drugi odłam (bardziej szczerzy) odrzuca myśl, jakoby chodziło tu o rzeczywiste oświadczenie woli. Przyjmuje on, że wchodzi tu w grę oświadczenia fiktywne, imputowane stronom przez interpretatora. Niemniej odłam ten uważa, że mamy tu do czynienia z oświadczeniami woli (choć fiktywnymi), por. np. Hartmann w *Archiv. f. d. civ. Praxis*, t. 72, s. 171 i n.

Odłam trzeci (na który specjalnie kieruje się nasza uwaga) przyjmuje, że interpretator ma prawo uzupełniać oświadczenia złożone przez strony (pierwszy wariant, por. np. Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1936, t. 1, s. 793, por. również R. G. 92, 318), względnie nawet brakującą wolę stron (drugi wariant, por. np. Gény, *Méthode d'interprétation*, t. 2. s. 419, por. również Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, s. 170 i n.), kierując się różnymi wskaźnikami, w pierwszym rzędzie celem umowy i zwyczajem.

¹ Nie znaczy to jednak oczywiście, aby wszyscy zwolennicy »uzupełniania« kierowali się takimi niewłaściwymi motywami. Nie dotyczy to w szczególności autorów francuskich, których do »uzupełniania« upoważnia wyraźny przepis art. 1160 kodeksu Napoleona.

Kodeks zobowiązań nie wspomina w ogóle o »uzupełnianiu«¹. Nagłówek rozdziału X i art. 107 k. z. posługują się terminem »tłumaczenie«² oświadczeń woli. Można by przyjąć, że pod termin »tłumaczenie« podpada także »uzupełnianie«, stanowiłoby to jednak rozszerzenie znaczenia, jakie zwykliśmy łączyć z terminem »tłumaczenie«³. Takie rozszerzanie znaczenia terminów jest operacją stosowaną nierzadko przy wykładni ustawy. Niemniej operacja taka może uchodzić za poprawną tylko o tyle, o ile jakieś szczególne względy upoważniają interpretatora do jej stosowania. Względy takie (gdy chodzi o nasz przypadek) wynikać mogą bądź z przepisów ustawy⁴, bądź np. z faktu, że bez stosowania »uzupełniania« nie da się na gruncie danego ustawodawstwa wyprowadzić norm, które regulowałyby pominięte przez strony szczegóły, bezpośrednio z czynników zewnętrznych, tj. stojących poza oświadczeniami stron.

Jak już wspomniałem, prawo polskie nie zawiera przepisu, który by upoważniał wyraźnie interpretatora do »uzupełniania«. Pozostaje przeto do rozważenia pytanie, czy za »uzupełnianiem« nie przemawiają jakieś inne względy, tj. czy jest ono na gruncie polskiego prawa konieczne, a przynajmniej potrzebne.

Literatura prawnicza polska przejęła m. zd. rekwizyt »uzupełniania«⁵ nieco bezkrytycznie z wzorów francuskich i nie-

¹ Nie jest w szczególności równoznaczne z »uzupełnianiem« »rozstrzygnięcie« przez sąd o szczegółach na podstawie przepisów ustawy, zwyczaj, lub słuszności, o którym mowa w art. 61 k. z. Sąd sięga tu po normę do czynników stojących poza umową. W oparciu o art. 61 działa zwyczaj zupełnie tak samo, jak w oparciu o art. 60 k. z. Całe zakończenie art. 61 § 2 k. z. tj. wszystko, co znajduje się po słowie »zawartą« jest m. zd. zbędne.

² Wzgl. »tłumaczyć«.

³ Również autorzy niemieccy zwracają uwagę na to, że termin »auslegen« użyty w § 157 k. c. n. nie obejmuje swoim zwykłym znaczeniem uzupełniania. Por. np. David, op. cit., s. 45. Uzupełnianie mieści się natomiast w terminie »auslegen« użytym w znaczeniu szerszym. Por. o tym Sachse, Welche Bedeutung hat die Verkehrssitte für die Auslegung der Verträge, Archiv f. d. civ. Praxis, t. 127, 1927, s. 288 i n. (s. 289).

⁴ Tak np. w prawie francuskim, które w art. 1160 kodeksu Napoleona zawiera następujący przepis: »On doit suppléer dans les contrats les clauses qui y sont d'usage quoique elles n'y soient pas exprimées«. Przepis ten sprawia, że użyty w nagłówku sekcji V tegoż kodeksu termin »l'interprétation« obejmuje m. in. także »uzupełnianie«.

⁵ Por. np. Longchamps de Berier, Zobowiązania, s. 140.

mieckich. Powoływanie się na analogie francuskie byłoby o tyle błędne, że prawo francuskie zawiera w art. 1160 kodeksu Napoleona wyraźny przepis, upoważniający interpretatora do »uzupełniania«. Również wzory niemieckie nie mogą być dla nas decydujące. W prawie niemieckim funkcja normująca zwyczaju nie jest tak silnie zaznaczona, jak w prawie polskim¹. Sięganie po normę bezpośrednio do zwyczaju nie narzuca się na gruncie prawa niemieckiego w sposób tak oczywisty, jak na gruncie naszego prawa. Stąd autorzy niemieccy skłonni są umieszczać normy, dotyczące pominiętych przez strony szczegółów, w sferze oświadczeń stron, względnie w sferze ich woli.

»Uzupełnianie« nie jest na gruncie polskiego prawa koniecznością. Prawo nasze zawiera w art. 60 i 189 k. z. przepisy, które pozwalają nam sięgać po normy potrzebne dla uregulowania szczegółów pominiętych przez strony bezpośrednio do czynników zewnętrznych, tj. leżących poza oświadczeniami, złożonymi przez strony, względnie poza wolą stron. Czynnikiem tymi (oprócz ustawy) są: zwyczaj, słuszność i wymagania dobrej wiary.

Tak więc uciekanie się do skomplikowanej fikcji, polegającej na wtłaczaniu w oświadczenia woli, wzgl. w wolę stron, pewnych treści, których źródło leży i tak we wskazanych wyżej czynnikach zewnętrznych, jest na gruncie polskiego prawa zbędne. Stąd pośród operacji myślowych, objętych użytym w nagłówku rozdziału X i w tekście art. 107 k. z. terminem »tłumaczenie oświadczeń woli«, nie ma m. zd. miejsca na tzw. »uzupełnianie«².

¹ Prawo to nie posiada w szczególności przepisu, który by odpowiadał art. 60 naszego k. z.

² O tym, że terminu »uzupełnianie« używa się często nieco bezkrytycznie, świadczy np. fakt, że terminem tym określa się m. in. także operacje, które nie wybiegają poza zakres zwykłego »tłumaczenia« (w podanym wyżej znaczeniu), por. np. Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań, uwagi do art. 107 i 108: »Według art. 107 k. z. należy nie tylko usuwać wszelkie niejasności, dwuznaczności i sprzeczności w oświadczeniu woli, lecz także uzupełniać je o tyle, o ile towarzyszące okoliczności dają podstawę do przyjęcia danej woli oświadczającego. Dopiero w braku takiej podstawy należy dokonywać uzupełnień w myśl art. 60 i 61«. Jeżeli »uzupełnianie« ma polegać na respektowaniu przy wykładni rzeczywistego zamiaru strony (o tyle, o ile wnosić o nim można z towarzyszących okoliczności), to nie jest ono ani uzupełnianiem woli strony (gdyż interpretator nie wychodzi poza rzeczywisty zamiar), ani uzupełnianiem oświad-

W literaturze, dotyczącej kodeksu zobowiązań, spotykamy często wzmianki o »uzupełnianiu treści umowy« także w nawiązaniu do art. 60 k. z.

Jak wspomniałem wyżej, od tłumaczenia umowy, tj. dociekania jej treści, trzeba odróżnić ustalanie skutków prawnych, które się łączą z jej zawarciem. Skutki te nie wypływają z samej tylko umowy, lecz są wspólną projekcją umowy, ustawy i zwyczaju lub słuszności. Czynność polegająca na tłumaczeniu umowy (tj. dociekanii jej treści) wyprzedza czynność polegającą na ustalaniu skutków prawnych. W chwili, kiedy przystępujemy do rozważania pytania: do czego umowa zobowiązuje, czynność tłumaczenia umowy musimy już definitywnie mieć poza sobą. Praca myślowa, którą wykonujemy w oparciu o art. 60 k. z., nie polega bynajmniej na wprowadzaniu jakichś zmian w treści umowy. Praca ta odnosi się do czegoś, co leży poza umową, a mianowicie do skutków prawnych, które przypisuje jej art. 60 k. z. Rozważanie zasięgu i treści tych skutków nie może uchodzić za »uzupełnianie« treści umowy, gdyż treść ta, ustalona w drodze dokonanego już tłumaczenia, w niczym się przez tę czynność nie zmienia¹. Stąd zwroty o »uzupełnianiu« treści umowy w oparciu o art. 60 k. z. są m. zd. również niewłaściwe.

VI. Funkcja normująca zwyczaju

1. Działanie zwyczaju w oparciu o art. 60 k. z.

Funkcję normującą zwyczaju reguluje, jak wspomniałem, przede wszystkim art. 60 k. z.² Przepis ten stanowi generalne przypisanie skutków prawnych wszelkim umowom³, tj. zarówno

czenia (gdyż interpretator nie wbudowuje w oświadczenie nic nowego, tj. nic, co wybiegałoby poza jego znaczenie ustalone w zwykły sposób, tj. przy uwzględnieniu okoliczności towarzyszących).

¹ Por. Manigk, Irrtum und Auslegung, s. 176: »Der aus der Verkehrssitte gewonnene Stoff ist hier... ebenso ausserinhaltlich, wie der durch die lex dispositiva gelieferte«.

² Wchodzi tu w grę również art. 189 k. z., dotyczący sposobu wykonywania wszystkich zobowiązań, o czym niżej.

W projekcie części ogólnej kodeksu cywilnego, uchwalonym w pierwszym czytaniu, artykułowi 60 k. z. odpowiada art. 40, którego brzmienie przytoczyłem wyżej (s. 74, uw. 2).

³ Oczywiście pod warunkiem, że umowy te są ważne.

umowom uregulowanym szczegółowo w ustawie, jak i tzw. umowom nienazwanym¹.

Według art. 60 k. z. umowy zobowiązują do »tego, co jest w nich wyrażone«. Zwrot ujęty cudzysłowem oznacza m. zd. treść umowy uzyskaną w drodze jej tłumaczenia, przeprowadzonego przy użyciu środków, przepisanych przez ustawę. Nadto zobowiązują umowy do »wszelkich następstw, wynikających z ustawy, zwyczaju lub słuszności«.

Art. 60 k. z. powołuje, jak widać, w sposób wyraźny zwyczaj do roli czynnika, regulującego obok ustawy² obowiązki, a tym samym i prawa, wynikające z zawarcia umowy. W oparciu o art. 60 k. z. działa zwyczaj (w wyznaczonym mu przez ustawę zakresie) podobnie, jak norma prawna.

Oto kilka przykładów normującego działania zwyczaju:

a) podług zwyczaju, który panował w Krakowie w r. 1936, przy dostawie zamówionego towaru należytości pocztowe w braku odmiennej umowy ponosi nabywca³;

b) podług zwyczaju, który panował w r. 1937 w handlu nasionami leśnymi, »jeśli dostawa ma nastąpić późną jesienią w miejscu lub na stację kolejową, należy z nastaniem mrozów wstrzymać się z dostawą aż do ustania mrozów⁴;

c) podług zwyczaju, który stosowany był w r. 1938 przez wytwórców i hurtowników wina w Gdyni, sprzedający wino w beczkach obowiązany jest dostarczyć towar na własny koszt do stacji nadania⁵;

d) podług zwyczaju, który panował w r. 1938 na Pomorzu w handlu ziemiopłodami, wypożyczone worki winny być zwrócone w terminie 14 dni. Za pierwsze 14 dni nie pobiera się opłaty za wypożyczenie worków, zaś po upływie tego terminu pobiera

¹ Chociaż, gdy chodzi o umowy »nazwane«, ustawa w szczegółowych przepisach normuje prawa i obowiązki stron, to jednak ogólne przypisanie tym umowom następstw, płynących ze zwyczaju i słuszności, zawarte jest wyłącznie w art. 60 k. z.

² Lecz z jej mocy.

³ Por. Sprawozdanie Izby Przemysłowo-Handlowej w Krakowie za rok 1936, orzeczenie L. 7952 z 1936 r.

⁴ Por. Sowiński, Zwyczaje handlowe obrotu nasionami leśnymi, 1937, s. 13.

⁵ Por. Zwyczaje handlowe na Pomorzu, zestawione przez Korytowskiego, Gdynia 1938, s. 30.

się tytułem tzw. »pożycznego« 1/50 część wartości worka za każdy dzień z tym, że wynagrodzenie to nie może przekroczyć rzeczywistej wartości wypożyczonych worków^{1, 2}.

Według przyjętego powszechnie w nauce prawa poglądu zwyczaj nie może obowiązywać przed przepisami *iuris cogentis*. Spornym jest natomiast zagadnienie, czy zwyczaj wyprzedza normy *iuris dispositivi*, czy też obowiązuje dopiero po tych normach. Spór dotyczy tu pytania, czy w przypadku, gdy strony nie uregulowały w umowie pewnej materii, a istnieją równocześnie i zwyczaj do tej materii się odnoszący i odbiegający od zwyczaju dyspozytywny przepis ustawy, należy zastosować zwyczaj z pominięciem przepisu dyspozytywnego, czy też przepis dyspozytywny z pominięciem zwyczaju.

Łatwo zauważyć, że ustosunkowanie się poszczególnych autorów do tego problemu uzależnione jest przede wszystkim od następujących dwu momentów:

- a) od zapatrywań danego autora na źródło mocy obowiązującej zwyczaju w stosunkach prawnych;
- b) od tego, czy dany autor odróżnia obydwie wskazane wyżej funkcje zwyczaju.

Ad a) Doktryna dawniejsza upatrywała źródło mocy obowiązującej zwyczaju w woli stron³. Przyjmowano w szczegól-

¹ Por. tamże, s. 34.

² Powołane tu i wyżej przykłady zwyczajów dlatego zaopatrzone są w daty, że zwyczaje handlowe wykazują dużą zmienność i płynność tak, że ustalenia zwyczajów dokonywane przez Izby Przemysłowo-Handlowe wzgl. przez inne instytucje, czy osoby, odnosić można tylko do określonych dat.

³ Pogląd taki jest w nauce francuskiej do dziś poglądem panującym. Por. np. Lyon-Caën-Renault, *Traité de droit commercial*, t. 1, s. 94: »La force de l'usage vient surtout de la volonté tacite des parties; elle doit donc cesser là où cette volonté exprimée serait sans effet«. Por. również Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, s. 44. Thaller opiera obowiązki zwyczaju na domniemaniu faktycznym, że strony chciały poddać się zwyczajowi: »Or, on doit présumer en fait, que les parties ont voulu se référer dans leur marché, faute de le détailler, à la manière usuelle de faire, telle quelle est pratiquée dans leur partie professionnelle«. Rola zwyczaju w stosunkach powszechnego obrotu prawnego (tj. podległych prawu cywilnemu) jest według Thallera dlatego słabsza, że powoływanie się na domniemania faktyczne jest na terenie prawa cywilnego, w związku z przepisem art. 1353 Kodeksu Napoleona mocno ograniczone.

ności, że zwyczaj obowiązuje dlatego, że strony w sposób wyraźny lub najczęściej dorozumiany (milczący) poddały się zwyczajowi¹, czyli chciały, aby obowiązywał on w konkretnym przypadku².

Pewnym wariantem tego stanowiska jest pogląd, że treść zwyczaju (znanego stronom) wchodzi, zgodnie z wolą stron, w skład złożonych przez nie oświadczeń³ i tylko na tej zasadzie rodzi skutki prawne⁴.

Nowsze poglądy poszły w kierunku »oderwania zwyczaju od momentu woli«⁵. Upatrują one w zwyczaju czynnik obiektywny, działający z mocy ustawy a nie z woli stron⁶.

Jest rzeczą zrozumiałą, że pogląd, upatrujący źródło mocy obowiązującej zwyczaju w woli stron, stwarza przesłanki do przyznania zwyczajowi pierwszeństwa przed dyspozytywnymi przepisami ustawy. Skoro przepisy takie ustępują przed przeja-

Również Gény, *Méthode d'interprétation*, t. 1, s. 426, upatruje źródło mocy obowiązującej zwyczaju w woli stron.

We współczesnej nauce niemieckiej z poglądem takim spotykamy się rzadko. Por. np. Cosack, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 1910, s. 105: »Die Handelssitte... gibt also keine objektiven Rechtssätze, sondern wirkt lediglich Kraft des Willens der Parteien«. Por. również Ehrenberg, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, t. 1, s. 275.

¹ Tzw. *Unterwerfungstheorie*.

² Por. Wróblewski, *Komentarz do kodeksu handlowego*, 1935, s. 6 in.

³ Por. Gény, *op. cit.*, s. 429, por. również Wróblewski, *op. cit.*, s. 8.

⁴ Tzw. *Erklärungstheorie*.

⁵ Wyrażenie Dziurzyńskiego, por. *Prawo zwyczajowe w przyszłej ustawie handlowej*, 1929 (odbicie z *Czasopisma Prawniczego i Ekonomicznego*), s. 11.

⁶ Por. Dziurzyński, tamże: »zwyczaj musi być uwzględniony nie dlatego, że taka była wola stron, lecz dlatego, że tak chce ustawa«. Podobnie (w odniesieniu do art. 60 k. z.) Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, s. 154: »Pożądana jest norma kategoryczna, nie sięgająca do woli stron«. Por. również Dziurzyński-Fenichel-Honzatko, *Kodeks handlowy, komentarz*, s. 689.

Stanowisko takie panuje niemal niepodzielnie w nauce niemieckiej. Por. Düringer-Hachenburg, *Das Handelsgesetzbuch*, t. 1, s. 12 i t. 4, s. 390: »Sie (scill. die Verkehrssitte) schöpft ihre Wirksamkeit nicht aus dem Willen der Partei, sie erzwingt ihre Geltung vielmehr ohne und gegen diesen Willen«. Podobnie Baumbach, *Das Handelsgesetzbuch*, 1943, s. 475: »Der Handelsbrauch kommt nicht als Parteiwille in Frage, sondern neben oder ohne (nie gegen) den Parteiwillen«. Por. także Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1942, s. 133.

wioną w oświadczeniu wolą stron, to ustępować muszą także przed zwyczajem, któremu strony chciały poddać swój stosunek a zwłaszcza przed zwyczajem, którego treść z woli stron stała się częścią złożonych przez nie oświadczeń¹.

Poglądy nowsze, upatrujące źródło mocy obowiązującej zwyczaju w ustawie, nie dają przesłanek dla takiego wniosku.

Ad b) Autorzy nieodróżniający należycie obydwu (wskazanych wyżej) funkcji zwyczaju, upraszczają sobie zadanie przez sprowadzanie zwyczaju wyłącznie do roli środka wykładni. I oni dają mu pierwszeństwo przed dyspozytywnymi przepisami ustawy, posługując się argumentem, że skoro uzyskana w drodze wykładni treść oświadczeń stron ma pierwszeństwo przed tymi przepisami, to tym samym wyprzedza je zwyczaj, jako czynnik decydujący o wykładni².

Argument ten nie jest przekonujący dla kogoś, kto odróżnia należycie obydwie funkcje zwyczaju, nie wyjaśnia bowiem na czym opierać się ma pierwszeństwo zwyczaju w przypadkach, gdy zwyczaj działa normująco, a nie jako środek wykładni.

Na tym tle trudno zrozumieć, co skłania autorów, upatrujących źródło mocy obowiązującej zwyczaju nie w woli stron lecz w ustawie, i odróżniających należycie obydwie funkcje zwyczaju, do dawania zwyczajowi w każdych okolicznościach pierwszeństwa przed dyspozytywnym przepisem ustawy. Nie można się oprzeć wrażeniu, że działa tu siła tradycji poglądu pochodzącego z dawniejszych czasów, który trudno pogodzić z nowszymi zapatrywaniami na źródło mocy obowiązującej i działanie zwyczaju³.

¹ Por. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, wyd. 2, s. 111.

² Tak np. Danz, *op. cit.*, s. 112.

³ Pogląd dający pierwszeństwo zwyczajowi jest w nauce niemieckiej przeważający: Por. Danz, *Laienverstand und Rechtssprechung*, s. 463; *Einführung in die Rechtssprechung*, s. 38; *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, wyd. 2, s. 112 i n.; *Düringer-Hachenburg*, *op. cit.*, t. 1, s. 12; *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 1, s. 792; *Palandt, op. cit.*, s. 133. Inaczej jednak *Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte*, s. 186 i n. Również *Schlegelberger, Handelsgesetzbuch*, t. 2, s. 848. Por. także *R. G.* 135, 339.

Przeciwko dawaniu zwyczajowi pierwszeństwa przed dyspozytywnymi przepisami ustawy wystąpił szczególnie ostro *Schneider, Abänderliches Recht und Verkehrssitte, Iherings Jahrbücher*, t. 59, 1911, s. 383 i n.

Gdy chodzi o znaczenie zwyczaju dla tłumaczenia oświadczeń woli, to zagadnienie pierwszeństwa odpada, gdyż nie można tu mówić o konkurencji między zwyczajem a przepisami dyspozytywnymi. Zagadnienie to wylania się dopiero tam, gdzie spotykamy się z normującym działaniem zwyczaju, dopiero tam bowiem możemy mieć do czynienia z konkurencją dwu norm, a to jednej płynącej ze zwyczaju i drugiej, zawartej w dyspozytywnym przepisie ustawy.

Za przepisy dyspozytywne przywykliśmy uważać takie przepisy, które działają tylko w przypadku, gdy strony nie uregulowały materii, do której przepisy te się odnoszą, w odmienny (tj. odbiegający od ich treści) sposób. Przepisy te ustępują zatem pierwszeństwa tylko normom, zawartym w czynności prawnej zdziałanej przez strony. Norma płynąca ze zwyczaju leży poza czynnością prawną, podobnie jak norma płynąca z ustawy¹. Stąd nie ma powodu do dawania jej pierwszeństwa przed dyspozytywnym przepisem ustawy.

Krytykuje on poglądy Danza nazywając je drwiąco *das hohe Lied von Treu und Glauben*. Według Schneidera przyznanie zwyczajowi prymatu przed dyspozytywnymi przepisami ustawy przedstawiałoby duże niebezpieczeństwo dla uzyskanej z tak wielkim trudem jednolitości prawa obowiązującego w Niemczech.

Podług Davida, *Verkehrsgewohnheit, Gewohnheitsrecht und ergänzendes Satzungsrecht*, zagadnienia, o którym mowa, nie można rozstrzygać jednolicie. Rozstrzygnięcie uzależnione jest od okoliczności konkretnego przypadku. Na to, aby w konkretnym przypadku można było dać pierwszeństwo zwyczajowi przed przepisem dyspozytywnym, zachodzić muszą dwa warunki, a to: a) warunek negatywny, polegający na tym, że przepis dyspozytywny reguluje materię, o którą chodzi, w sposób jaskrawo niesłuszny lub niecelowy, i b) warunek pozytywny, polegający na tym, że zwyczaj reguluje ją właściwie i celowo. Por. s. 53 i n.

Autorzy francuscy, opierający, jak wspomniano, moc obowiązującą zwyczaju o wolę stron, przypisują mu działanie równe działaniu postanowień umowy, zastrzegając jedynie, w oparciu o art. 6 kodeksu Napoleona, że nie może obowiązywać zwyczaj, *«qui serait contraire soit à l'ordre public ou aux bons moeurs soit à une disposition prohibitive ou impérative de la loi»*. Por. Lyon-Caën-Renault, op. cit., t. 1, s. 95. Por. również Thaller, op. cit., s. 44.

¹ Inaczej, gdy zwyczaj działa na podstawie powołania się na niego w umowie przez strony, por. o tym niżej, s. 130.

Tak więc hierarchia norm, którą należy tu przyjąć, przedstawia się następująco: 1) przepis *iuris cogentis*, 2) postanowienie umowy, 3) przepis *iuris dispositivi*, 4) zwyczaj.

Odrzuciłem wyżej pogląd, jakoby źródłem mocy obowiązującej zwyczaju była wola stron. Niemniej strony mogą oddziaływać w pewien sposób na obowiązywanie zwyczaju w konkretnym przypadku. Przyjąć mianowicie należy, że skoro mogą one uregulować swój stosunek w sposób odbiegający od zwyczaju, to leży również w ich mocy wykluczyć działanie zwyczaju na ten stosunek¹, a to przez zamieszczenie w umowie stosownego postanowienia^{2, 3}.

Należy odróżnić przypadki, w których strony oświadczają w umowie, że wykluczają zastosowanie zwyczaju, od przypadków, w których regulują one szczegóły umowy w sposób, odbiegający od zwyczaju. Nawet fakt, że strony zamieściły w umowie większą ilość postanowień odbiegających od zwyczaju, nie jest sam w sobie dostateczną racją dla wniosku, że chciały one całkowicie wyłączyć działanie zwyczaju na powstający stosunek prawny.

2. Działanie zwyczaju w oparciu o art. 189 k. z.

Omawiając funkcję normującą zwyczaju pomijałem dotąd rolę art. 189 k. z. Gdy chodzi o stosowanie zwyczaju do zobowiązań z umowy, to przepis ten wydaje się na pozór zbędny, skoro nawet

¹ Zasada ta doznaje jednak ograniczenia, gdy chodzi o zwyczaj w ich funkcji wyjaśniającej. Zupełne wyeliminowanie zwyczaju prowadziłoby bowiem do tego, że słowa, znaki, czy zwroty, składające się na osnovę oświadczenia woli, utraciłyby wszelkie znaczenie. Wykluczenie dotyczy może tylko zwyczajów pewnego typu (np. zwyczajów przestrzeganych w handlu drzewem), co odniesie ten skutek, że słowa itp. tłumaczyć się będzie w ich zwykłym a nie technicznym znaczeniu.

² Por. Dziurzyński, op. cit., s. 12. Dziurzyński zwraca uwagę na okoliczność, że «dla wykluczenia normy prawa dyspozytywnego pisanego, czy zwyczajowego, nie wystarcza, by strony oświadczyły, że nie chcą zastosowania tej normy, one muszą daną materię pozytywnie w inny sposób uregulować. Natomiast dla wykluczenia zwyczaju wystarczy oświadczenie, że strony mu się nie chcą poddać, choćby nic w to miejsce nie postanawiały».

³ Czy strony wykluczyły w umowie zastosowanie zwyczaju, należy zbadać przy użyciu tych samych co zwykle środków wykładni. Zastrzeżenie takie nie musi być oczywiście wyraźniej zaakcentowane, niż inne postanowienia umowy.

w przypadku, gdyby art. 189 k. z. nie istniał, można by osiągnąć te same wyniki w oparciu o art. 60 k. z.^{1,2} Można by w szczególności przyjąć, że jeżeli zwyczaj oddziałuje z mocy art. 60 k. z. na treść zobowiązania, to tym samym oddziałuje on i na sposób, w jaki zobowiązanie winno być wykonane.

Artykułowi 189 k. z. przypada jednak swoista rola. Znaczenie tego przepisu uwypukla się zwłaszcza w przypadkach, w których wykonanie zobowiązania dzieli od zawarcia umowy znaczny dystans czasu. O treści zobowiązania wypowiedzieć się można natychmiast po zawarciu umowy³. Treść ta nie może jednak obejmować od początku wszystkich szczegółów wykonania, gdyż szczegóły te uzależnione będą od okoliczności towarzyszących wykonaniu⁴. Gdyby art. 189 k. z. nie było, nasuwałyby się wątpliwości co do tego, czy w razie zmiany zwyczaju o sposobie wykonania zobowiązania decydować ma⁵ zwyczaj panujący w czasie wykonania, czy też zwyczaj, który panował w czasie zawarcia umowy. W świetle art. 189 k. z. za miarodajny w tym przedmiocie uważać należy zwyczaj pierwszy.

W oparciu o art. 189 k. z. działa zwyczaj normująco. Zgodnie z tym ma tu zastosowanie wszystko, co powiedziałem wyżej o normującej funkcji zwyczaju⁶.

¹ Jak już wspomniałem, w prawie niemieckim nie ma przepisu, który by odpowiadał art. 60 naszego k. z. Funkcję normującą zwyczaju w odniesieniu do wszystkich zobowiązań opierają autorzy niemieccy (i orzecznictwo niemieckie) na § 242 k. c. n.

² Mam tu na myśli tylko znaczenie art. 189 k. z. dla stosowania zwyczaju. Przepis ten spełnia poza tym inne zadania. O znaczeniu art. 189 k. z. dla zagadnienia nadużycia prawa, por. Szpunar, Nadużycie prawa podmiotowego, s. 59 i n.

³ Treści zobowiązania nie należy mieszać z treścią umowy. Treść umowy jest tylko jednym z czynników oddziałujących na treść zobowiązania. Innymi są: ustawa, zwyczaj i ew. wymagania słuszności. Dla ustalenia treści umowy miarodajny jest zwyczaj panujący w chwili jej zawarcia. Na treść zobowiązania wpływają: ustawa, zwyczaj i ew. wymagania słuszności, panujące w tej samej chwili. O tym, jaki (tj. z jakiego czasu) zwyczaj decyduje o sposobie wykonania umowy, por. niżej.

⁴ Por. Longchamps de Berier, Zobowiązania, s. 318. Por. także Uzasadnienie projektu k. z., s. 284.

⁵ Obok innych czynników.

⁶ Z tym, że gdy chodzi o umowy, funkcja normująca zwyczaju określona w art. 189 k. z. dotyczy tylko sposobu wykonania umowy.

ROZDZIAŁ III

Właściwość zwyczaju

I. Wprowadzenie

Opisując działanie zwyczaju nie zajmowałem się dotąd zagadnieniem, jaki zwyczaj wchodzi w zastosowanie w konkretnych przypadkach. Zagadnienie to wyłania się na tle faktu, że obowiązywanie każdego zwyczaju jest ograniczone, a to przez związek z pewnym terytorium (na którym zwyczaj jest przestrzegany), z pewną grupą ludzi (którzy zwyczaj przestrzegają) i z pewną materią (której zwyczaj dotyczy). Stąd, rozważając działanie jakiegokolwiek zwyczaju, musimy mieć na uwadze jego zasięg terytorialny, personalny i przedmiotowy¹.

II. Terytorialna właściwość zwyczaju

Zwyczajów przestrzega się na pewnych, większych lub mniejszych terytoriach. Terytoria te mogą pokrywać się z obszarem całego państwa (zwyczaj powszechny w państwie)², mogą obejmować ziemie należące do dwu, czy więcej państw (zwyczaj międzynarodowy), lub też stanowić pewien wycinek obszaru państwa (zwyczaj miejscowy).

Ustalenie geograficznych granic obowiązywania zwyczaju należy do zadań bardzo trudnych. Nie da się w szczególności niemal nigdy oznaczyć granicy, która miałaby znaczenie dla jakiejś większej grupy zwyczajów (np. dla wszystkich zwyczajów handlowych lub choćby dla wszystkich zwyczajów jednej gałęzi handlu). Granice, ustalone dla poszczególnych (nawet zbliżonych treściowo) zwyczajów, będą się zwykle przecinały, tworząc skomplikowaną plątaninę.

Terytorialność zwyczajów stawia nas wobec problemów podobnych do tych, którymi zajmuje się nauka prawa prywatnego

¹ Sposób, w który staram się niżej rozwiązać postawione na wstępie tego rozdziału zagadnienie, polegający na wyróżnieniu i kolejnym przedstawieniu terytorialnej, personalnej i przedmiotowej «właściwości» zwyczaju, odbiega od metod stosowanych w literaturze, dotyczącej tego zagadnienia.

² Terminu «zwyczaj powszechny» używa się też w innym znaczeniu, por. o tym niżej, s. 131, uw. 2.

międzynarodowego względnie międzydzielnicowego. Są to problemy »kolizji zwyczajów w przestrzeni«, podobne do problemów »kolizji systemów prawnych w przestrzeni«¹. Wynikają one na tle stosunków prawnych, które »w swoich elementach lub funkcjach wychodzą poza«² terytorium, na którym obowiązują jednolite zwyczaje. Rozwiązywanie tych problemów natrafia na trudności zwłaszcza dlatego, że nasze prawo nie zawiera niemal zupełnie norm kolizyjnych, które odnosiłyby się wyraźnie do stosowania zwyczaju. Takich norm kolizyjnych nie zawierają w ogóle wymienione w rozdziale II niniejszej pracy ogólne przepisy dotyczące stosowania zwyczaju^{3, 4}.

Terytorialne obowiązywanie zwyczajów nasuwa w szczególności następujące zagadnienia:

Jaki zwyczaj należy zastosować w przypadku, gdy:

1. obie strony mają miejsce zamieszkania na tym samym terytorium⁵, na którym nastąpiło też zawarcie umowy i ma nastąpić jej wykonanie;

¹ Termin »kolizja systemów prawnych w przestrzeni« pochodzi od Przybyłowskiego, *Prawo prywatne międzynarodowe, część ogólna*, 1935.

² Por. Zoll, *Prawo prywatne międzynarodowe i międzydzielnicowe*, 1946, s. 35.

³ Niedużą ilość takich norm kolizyjnych zawierają przepisy k. h. dotyczące materij szczególnych, por. np. art. 532 i 586 k. h., z których pierwszy nakazuje stosować zwyczaj miejsca wykonania zobowiązania, drugi zaś zwyczaj przestrzegany w siedzibie agenta.

⁴ Podobnie przedstawia się rzecz na gruncie prawa niemieckiego. Inaczej w prawie francuskim. Kodeks Napoleona zawiera w art. 1159 normę następującą: »Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays, ou le contrat est passé«. Wskazanie zwyczaju »kraju w którym umowę zawarto«, jest normą kolizyjną. Art. 1159 kodeksu Napoleona wykładany jest zresztą przez naukę francuską zmieniająco. Por. np. Fuzier-Herman, *Code Civil annoté*, s. 305: »Si la convention passée dans un lieu, doit s'exécuter dans un autre, et si les usages des deux localités diffèrent, le juge aura la faculté d'interpréter les clauses ambiguës ou obscures, en s'inspirant, suivant les circonstances de l'espece, de l'usage du lieu d'exécution et non de celui où le contrat a été passé. Art. 1159 sprawia jednak, że na gruncie prawa francuskiego problemy kolizji zwyczajów w przestrzeni nie są w tym stopniu sporne, jak np. na gruncie prawa niemieckiego. Nowy kodeks cywilny włoski z r. 1942 daje w art. 1368 normę kolizyjną podobną do tej, którą zawiera art. 1159 kodeksu Napoleona.

⁵ Mówiąc o »terytorium« mam tu i poniżej na myśli obszar, na którym (w odnośnej materii) panuje jednolity zwyczaj.

2. w przypadku, jak pod 1, zmienionym o tyle, że umowę zawarto na innym terytorium;
3. w przypadku, jak pod 1, zmienionym o tyle, że wykonanie umowy ma nastąpić na innym terytorium;
4. w przypadku, jak pod 1, zmienionym o tyle, że umowę zawarto na innym terytorium, na którym ma nastąpić też jej wykonanie;
5. w przypadku, jak pod 1, zmienionym o tyle, że umowę zawarto na innym terytorium, zaś jej wykonanie ma nastąpić na jeszcze innym (trzecim) terytorium¹;
6. w przypadku, gdy każda ze stron ma miejsce zamieszkania na innym terytorium a umowę zawarto na jednym z tych terytoriów, na którym też ma nastąpić jej wykonanie;
7. w przypadku, jak pod 6, zmienionym o tyle, że wykonanie umowy ma nastąpić na drugim z tych terytoriów;
8. w przypadku, jak pod 6, zmienionym o tyle, że zawarcie umowy nastąpiło na trzecim (tj. na jeszcze innym) terytorium, zaś wykonanie umowy ma nastąpić na terytorium, na którym ma miejsce zamieszkania jedna ze stron;
9. w przypadku, jak pod 6, zmienionym o tyle, że zarówno zawarcie umowy, jak i jej wykonanie, nastąpiło (wzgl. ma nastąpić) na oym trzecim terytorium;
10. w przypadku, jak pod 6 zmienionym o tyle, że zawarcie umowy nastąpiło na terytorium trzecim, zaś jej wykonanie ma nastąpić na jakimś innym jeszcze, czwartym terytorium².

¹ Dla uproszczenia mam tu ciągle na myśli umowy zawierane tylko przez dwie strony.

² Najwięcej wątpliwości w literaturze budzą sytuacje, w których każda ze stron ma miejsce zamieszkania na innym terytorium, zaś umowę zawarto na jeszcze innym, trzecim terytorium, tj. sytuacje wskazane wyżej pod 8, 9 i 10, a różniące się od siebie miejscem, gdzie umowa ma być wykonana.

Titze, *Die Lehre vom Missverständniss*, s. 158, rozważa w szczególności następujący przypadek: kupiec duński i kupiec czeski (u Titzego wiedeński) zawierają umowę sprzedaży w Berlinie. Cena oznaczona jest w koronach. Zachodzi wątpliwość, czy umówioną cenę należy rozumieć w koronach duńskich, czy czeskich. Zdaniem Titzego należy wpierv zbadać, czy między stronami nie zachodzi jakiś szczególny stosunek, który by wskazywał, jakie korony miały strony na myśli. Gdy nie da się stwierdzić takiego szczególnego stosunku, to trzeba się kierować zwyczajem przestrzeganym w miejscu zawarcia umowy, lecz tylko o tyle, o ile zwyczaj

Przedstawione wyżej pod 1—10 sytuacje zróżnicowałem podług trzech kryteriów, a to: miejsca zamieszkania stron, miejsca zawarcia umowy i miejsca, gdzie umowa ma być wykonana. Te trzy kryteria stanowią tradycyjne punkty zaczepienia dla wszelkich teoryj, dotyczących omawianych tu zagadnień. Spełniają one funkcję tzw. »łączników«, tj. czynników, które wiążąc mają stosunki prawne z pewnymi obszarami, a tym samym poddawać je zwyczajom przestrzegany na tych obszarach¹.

Teorie dotyczące problemów »kolizji zwyczajów w przestrzeni« podzielić można na dwie grupy:

Pierwszą tworzą teorie, które przy wyborze właściwego zwyczaju skłonne są kierować się przede wszystkim miejscem zawarcia umowy², tj. stosować przy tłumaczeniu umowy³ w pierwszym rzędzie zwyczaj przestrzegany na tym właśnie miejscu. Zasada taka (którą można by przyjąć, gdy chodzi o umowy zawierane między obecnymi) przestaje jednak wystarczać, gdy w grę wchodzi umowy zawierane między nieobecnymi, wyłania się bowiem pytanie, którym z miejsc należy się wtedy kierować przy tłumaczeniu złożonych przez strony oświadczeń, czy miejscem, z którego dane oświadczenie wysłano, czy miejscem, w którym doszło ono do adresata⁴. Zwolennicy odnośnych teoryj skłaniają się raczej

ten łączy ze słowem »korona« jakieś jednolite znaczenie (czyli o ile w świetle tego zwyczaju słowo to nie jest wieloznaczne). Jeżeli ze słowem »korona« nie można podług owego zwyczaju łączyć jakiegoś jednolitego znaczenia, to oświadczenia stron należy uznać za ostatecznie niewyraźne (unheilbare Undeutlichkeit) a tym samym nieskuteczne (unwirksam).

¹ Analogicznie do »łączników« znanych w nauce prawa prywatnego międzynarodowego i międzydzielnicowego, o których por. u Przybyłowskiego, op. cit., s. 105 i n.

² Por. np. Danz. Auslegung der Rechtsgeschäfte, wyd. 1, s. 178; również Titze, op. cit., s. 154; Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, t. 1, s. 235; Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, s. 847. W literaturze polskiej pogląd taki reprezentują Dziurzyński-Fenichel-Honzatko, Kodeks handlowy, komentarz, s. 690: »Decydujące znaczenie ma zwyczaj istniejący w miejscu dokonania czynności, a nie miejscu, gdzie zobowiązanie ma być wykonane, chyba, że co innego wynika z umowy lub przepisu prawnego (por. art. 532)«.

³ Odnośnym autorom chodzi głównie o wyjaśniające działanie zwyczaju.

⁴ A również, czy miejscem wysłania (wzgl. dojścia) oferty, czy miejscem wysłania (wzgl. dojścia) odpowiedzi na ofertę. Prawo polskie

do kierowania się pierwszym z wymienionych miejsc¹ argumentując, że składający oświadczenie kieruje się zwykle takim rozumieniem rzeczy, jakie panuje w miejscu, skąd oświadczenie wysyła.

Drugą grupę tworzą teorie, skłonne kierować się przede wszystkim miejscem zamieszkania strony, która złożyła odnośne oświadczenie². Zwolennicy tych teorii powołują się na to, że miejsce zawarcia umowy nie nadaje się jako »łącznik«, gdyż jest ono często zupełnie przypadkowe. Nadto zwyczajnie przestrzegane na tym miejscu mogą być całkowicie nieznanne stronom mieszkającym gdzie indziej, w przeciwieństwie do zwyczajów przestrzeganych w miejscu zamieszkania stron. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że w niektórych przypadkach bardzo trudno jest ustalić, w jakim miejscu doszło do zawarcia umowy (np. gdy umowę zawarto w lecącym samolocie)³.

Niemniej także teorie drugiej grupy natrafiają na zasadnicze trudności i to nawet wcześniej, niż teorie grupy pierwszej. Kiedy bowiem teorie, kierujące się miejscem zawarcia umowy, stają na rozdrożu dopiero w punkcie, w którym spotykają się z umowami zawieranymi na odległość, to teorie kierujące się miejscem zamieszkania stron stoją na rozstajach już od samego początku, tj. już w punkcie, w którym rozważać mają stosowanie zwyczaju do umów zawieranych między obecnymi. Z natury rzeczy bowiem w każdej umowie biorą udział przynajmniej dwie strony, a miejsce

(art. 70 k. z.) każe za miejsce zawarcia umowy uważać w razie wątpliwości miejsce otrzymania odpowiedzi na ofertę, a w przypadku, gdy zawiadomienie o przyjęciu jest niepotrzebne, miejsce przystąpienia przez stronę, która otrzymała ofertę, do wykonania umowy.

¹ Tak np. Titze, op. cit., s. 155, jednak z tym, że gdy składający oświadczenie powołuje się na wyrazy, czy zwroty, których poprzednio już użyła druga strona, to należy je tłumaczyć podług zwyczaju panującego w miejscu zamieszkania strony, która użyła ich w toku rokowań pierwsza. Jeżeli np. kupiec duński zamawia towary według cennika przesłanego mu przez firmę czeską, to ceny oznaczone w zamówieniu należy rozumieć w koronach czeskich, a nie duńskich. Podobnie w przypadku przyjęcia oferty pod zmienionymi warunkami. Przyjęcie, które przedstawia się wtedy jako nowa oferta, należy tłumaczyć z uwzględnieniem pierwszej oferty; por. s. 159.

² Niemcy uzasadniają ten pogląd powiedzeniem: »Jeder spricht, wie ihm der Schnabel gewachsen ist«.

³ Por. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, s. 398 (u Oertmanna mowa jest o pociągu i okręcie).

zamieszkania każdej z nich może być oczywiście inne. Konsekwentne przeprowadzenie zasady »miejsca zamieszkania« prowadziłoby do wniosku, że w przypadku, gdy miejsce zamieszkania każdej z dwu stron jest inne, zastosować należy równocześnie obydwie zwyczaje, tj. zwyczaje każdego z dwu różnych miejsc zamieszkania¹. Równoczesne stosowanie dwu różnych zwyczajów powoduje jednak znaczne trudności², które rosną jeszcze w przypadku, gdy w umowie bierze udział więcej jak dwie strony.

Trudności, na które natrafiają obydwie grupy teoryj³ sprawiają, że zwolennicy ich szukają pomocy w rozumowaniach, których nie da się bezpośrednio wyprowadzić ani z zasady »miejsca zawarcia umowy« ani z zasady »miejsca zamieszkania stron«, Rozumowania te »podpierają« omawiane teorie w sytuacjach, w których obie zasady zawodzą. Jedną z takich »podpór« jest fikcja, że strony milcząco poddały swój stosunek zwyczajom, panującym na pewnym terytorium. Nie bada się przy tym in

¹ Tak przyjmuje Oertmann, op. cit., s. 406: »Soweit aber der Vertrag nicht wegen des Dissenses nichtig ist, ist doch kein Teil daraus in höherem Masse verpflichtet, als es dem nach seiner Vehrkehrssitte bestimmten Inhalt der übernommenen Pflicht entspricht«. Podobnie przedstawia się według Oertmanna rzecz, gdy chodzi o umowy zawierane między nieobecnymi: każda ze stron może domagać się, aby umowę tłumaczono podług zwyczajów panujących w jej miejscu zamieszkania, chyba, że zachodzą szczególne względy, które nakazują stosowanie tylko jednego zwyczaju. Oertmann zdaje sobie sprawę z tego, że równoczesne stosowanie dwu różnych zwyczajów przy tłumaczeniu jednej umowy prowadzić może do wniosku, że nie tylko wola stron, lecz także ich oświadczenia nie pokrywają się ze sobą (nieporozumienie), a w konsekwencji do wniosku, że umowa nie doszła w ogóle do skutku, niemniej Oertmann uważa to za mniejsze zło od zła, które by wynikło w przypadku, gdyby interesy jednej ze stron podporządkowano całkowicie interesom drugiej strony.

² A nawet prowadzić może do wniosku, że umowa wcale nie doszła do skutku, por. wyżej, uw. 1. Niemniej, gdy chodzi o »kolizję praw w przestrzeni«, to przepisy prawa pryw. międzynarodowego i międzydzielnicowego przewidują w pewnych wypadkach współrzedną właściwość dwu praw i to wskazując je nie tylko alternatywnie, lecz nawet łącznie, por. artykuły 10, 12, 13, 17, 28 (także 5 i 13) prawa pryw. międzynarodowego i art. 7 i 14 prawa pryw. międzydzielnicowego; por. Przybyłowski, op. cit., s. 95.

³ Trzecią nieliczną grupę tworzą teorie, które nakazują kierować się (nie tylko, gdy chodzi o sposób wykonania umowy, lecz także, gdy

concreto, czy takie »poddanie« leżało w rzeczywistym zamiarze stron. Wystarczy, że zaszła pewna typowa sytuacja, zezwalająca na zastosowanie fikcji »poddania«.

Tak np. według Oertmanna¹, jeżeli jedna ze stron przybywa do miejsca zamieszkania drugiej strony i tam zawiera umowę, to należy przyjąć, że milcząco poddaje się ona zwyczajom, przestrzeganym w tym właśnie miejscu².

Drugą z takich »podpór« jest dopatrywanie się w pewnych okolicznościach »szczególnego stosunku«, który jakoby łączyć ma strony niezależnie od zawieranej przez nie umowy. Ów »szczególny stosunek« stron wskazywać ma, jaki zwyczaj należy zastosować w konkretnym przypadku. Tak np. jeżeli obie strony pochodzą z tego samego miejsca, to według Titzego stwarza to już między nimi taki »szczególny stosunek«. Stosunek ten uzasadnia stosowanie do zawartej przez strony, choćby na innym terytorium, umowy zwyczaju, przestrzeganego w miejscu zamieszkania obydwu stron³.

chodzi o tłumaczenie umowy) zwyczajem miejsca, gdzie umowa ma być wykonana, chyba, że strony umówiły się inaczej (por. Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, uwagi do § 346).

Przeciwnicy takiej koncepcji są zdania, że jej przyjęcie prowadzi do niebezpiecznych rezultatów, skoro narazić może strony na to, że ich stosunek poddany będzie rządowi zwyczajów dla stron najzupełniej obcych. Koncepcję tę można (zdaniem jej przeciwników) przyjąć tylko w odniesieniu do sposobu wykonania umowy. Oertmann, op. cit., s. 404, wystąpił nadto z argumentem, że przyjęcie tej koncepcji prowadzi do tzw. hysteron proteron, skoro bowiem o tym, w jakim miejscu ma być umowa wykonana, rozstrzyga dopiero tłumaczenie umowy, to tym samym przed przystąpieniem do tłumaczenia nie można znać miejsca wykonania umowy i kierować się nim przy wyborze właściwego zwyczaju. Powołuje się on nadto na to, że miejsce wykonania może być dla każdej ze stron inne.

¹ Op. cit., s. 400.

² Jeżeli strona chce uniknąć tego, aby jej zachowanie się pojmano, jako poddanie się obcemu zwyczajowi, winna uczynić odpowiednie zastrzeżenie. Zdaniem Oertmanna w przypadkach, o które chodzi, tylko wtedy nie zachodzi milczące poddanie się obcemu zwyczajowi, gdy strona nie wiedziała, że na miejscu, do którego przybywa, panują inne zwyczaje, niż w miejscu, z którego sama pochodzi. Okoliczność, czy strona znała treść odnośnego zwyczaju, jest natomiast zasadniczo obojętna (choć może uzasadnić zaczepialność odnośnego oświadczenia woli z powodu błędu).

³ Argumentację Titzego zwalcza Oertmann, op. cit., s. 399.

Stosowanie rozumowań, o których mowa, sprawia, że obydwie grupy teoryj dochodzą często, mimo odmienności uzasadnień, do tych samych rezultatów¹.

Przedstawione wyżej poglądy dotyczyły głównie zwyczaju w jego funkcji wyjaśniającej. Jest rzeczą charakterystyczną, że autorzy, którzy odgraniczają wyraźnie obydwie funkcje zwyczaju, skłonni są rozważać zagadnienie kolizji zwyczajów w przestrzeni oddzielnie dla wyjaśniającej, oddzielnie zaś dla normującej funkcji zwyczaju. Tak np. Oertmann, który, gdy chodzi o funkcję wyjaśniającą², kieruje się głównie miejscem zamieszkania stron, nakazuje, gdy chodzi o kwestie dotyczące wykonania umowy, kierować się zwyczajami, panującymi w miejscu wykonania³.

Na gruncie prawa niemieckiego pogląd taki usprawiedliwiony jest tym, że funkcja normująca zwyczaju ograniczona jest w § 242 k. c. n. do regulowania sposobu wykonania zobowiązań⁴. Stąd najwłaściwszym do sprawowania tej funkcji wydawać się może na tle k. c. n. zwyczaj, panujący w miejscu wykonania umowy. Względ ten nie ma oczywiście znaczenia na tle prawa polskiego, które o wiele szerzej ujmuje funkcję normującą zwyczaju.

Zdaniem moim najwłaściwszą drogą dla rozstrzygania problemów z zakresu kolizji zwyczajów w przestrzeni jest⁵ odpowiednie stosowanie norm prawa prywatnego międzynarodowego wzgl. międzydzielnicowego⁶, a to niezależnie od tego, czy chodzi o wyjaśniającą, czy o normującą funkcję zwyczaju.

¹ Jak np. gdy chodzi o zagadnienie, jaki zwyczaj jest właściwy w przypadku, gdy jedna ze stron przebywa w miejscu zamieszkania drugiej strony i tam zawiera umowę. Obie grupy teoryj dają odpowiedź: zwyczaj miejsca zawarcia umowy. Grupa pierwsza motywuje ją zasadą »miejsca zawarcia umowy«, grupa druga »milczącym poddaniem się« pod odnośny zwyczaj.

² Posługuję się tu terminologią własną.

³ Por. op. cit., s. 412; podobnie Düringer-Hachenburg, op. cit., t. 4, s. 395.

⁴ Choć nauka i orzecznictwo interpretują ten przepis rozszerzająco.

⁵ Poza przypadkami, w których ustawy »merytoryczne« zawierają normę kolizyjną, jak np. art. 532 i art. 576 k. h.

⁶ Tak samo Korzonek-Rosenblüth, Kodeks zobowiązań, komentarz, wyd. 2, s. 154. Por. również Lyon-Caën-Renault, *Traité de droit commercial*, t. 1, s. 94: »On conçoit, aussi qu'un conflit s'élève entre les usages d'une place française et ceux d'une place étrangère. Il y a alors une diffi-

Za przyjętym tu stanowiskiem przemawiają następujące względy:

Brak jest przyczyn, które by usprawiedliwiały stosowanie innych norm kolizyjnych dla każdej z dwu funkcji zwyczaju. Takiej dwutorowości nie usprawiedliwiają ani przepisy prawa, ani potrzeby życia. Strony zawierające umowę nie liczą się z reguły z tym, aby ich stosunek podlegać miał równocześnie zwyczajom dwu różnych terytoriów, a to w ten sposób, by zwyczaje jednego z nich były właściwe dla tłumaczenia złożonych oświadczeń, zaś zwyczaje drugiego decydować miały o skutkach prawnych umowy. Rozróżnienie dwu funkcji zwyczaju, które uchodzi często uwadze prawników, przekraczać będzie tym bardziej możliwości laików. Dwoistość norm kolizyjnych komplikowałaby niezmiernie stosunki prawne ze szkodą dla pewności obrotu. Tak więc właściwszą wydaje się zasada stosowania jednolitych norm kolizyjnych, niezależnie od tego, o jaką funkcję zwyczaju chodzi.

Nasuwa się jednak pytanie, gdzie trzeba szukać owych jednolitych norm kolizyjnych dotyczących stosowania zwyczaju. Jak już wspomniałem, ustawy »merytoryczne« zawierają ich bardzo niewiele. Te np., które znajdujemy w art. 532 i 576 k. h., dotyczą tylko pewnych materij szczególnych¹ i są zbyt fragmentaryczne na to, aby służyć mogły do budowania zasad ogólnych. Gotowy zbiór norm kolizyjnych tworzą przepisy o prawie właściwym dla stosunków prywatnych międzynarodowych, wzgl. międzydzielnicowych. Czy wolno nam jednak sięgać do tego źródła także, gdy chodzi o stosowanie zwyczaju? Możemy spotkać się z zarzutem, że przepisy, o których mowa, dotyczą wyłącznie stosowania prawa. Zarzut taki nie byłby jednak trafny, a to z następujących przyczyn:

Jest rzeczą niesporną, że przepisy prawa prywatnego międzynarodowego i międzydzielnicowego dotyczą nie tylko kolizji ustaw,

culté analogue à celle que soulèvent les conflits entre les lois écrites. Elle doit être résolue à l'aide des principes admis à propos de la détermination de la loi qui régit les contracts».

¹ A to znaczenia zwyczaju dla tłumaczenia oznaczeń czasu wykonania zobowiązania, wagi, miary, waluty i obliczania odległości i czasu (art. 532 k. h.), a także oddziaływania zwyczaju w przedmiocie prowizji należnej agentowi (art. 576 k. h.).

lecz także kolizji praw zwyczajowych¹. Gdybyśmy zatem stanęli na stanowisku, że inne normy kolizyjne obowiązują dla zwyczajów, a inne dla praw (choćby zwyczajowych), to musielibyśmy tym samym przyjąć, że zwyczaj zmieniając się w prawo zwyczajowe »przeskakuje« spod rządów jednego typu norm kolizyjnych (przeznaczonych dla zwyczaju) pod rządy innego typu takich norm (przeznaczonych dla praw). Przypuśćmy jednak, że treść dwu norm kolizyjnych, które wejdą tu kolejno w grę (tj. pierwszej, przeznaczonej dla zwyczajów i drugiej, przeznaczonej dla praw), nie pokrywa się ze sobą. Stajemy wtedy wobec dość niezwykłych sytuacji: np. zwyczaj, który był miejscowo właściwy podług pierwszej normy, przez »awans« do stopnia prawa zwyczajowego przestaje być miejscowo właściwym (w obliczu drugiej normy). Albo: zwyczaj, który nie był miejscowo właściwy podług pierwszej normy, przez »awans« do stopnia prawa zwyczajowego staje się miejscowo właściwym (w obliczu drugiej normy). Sytuacje takie sprzeciwiałyby się oczywiście rozsądkowi².

Nadto strony zawierające umowę nie liczą się zwykle z tym, żeby ich stosunek podlegając prawom obowiązującym na pewnym terytorium podlegać miał zwyczajom, panującym na terytorium innym. Stan taki podważałby pewność obrotu. Stąd przyjęcie dwutorowości norm kolizyjnych, jako zasady, nie byłoby pożądane z punktu widzenia polityki prawa.

Przedstawione wyżej argumenty nie mogłyby oczywiście decydować, gdyby się okazało, że stosowanie do zwyczaju norm kolizyjnych, zawartych w prawie prywatnym międzynarodowym wzgl. międzydzielnicowym, prowadzi do niepożądanych rezultatów. Tak jednak nie jest. Zarówno zasada wolności wyboru prawa, zawarta w art. 7 prawa pryw. międzynarodowego i w art. 9 prawa pryw. międzydzielnicowego, jak i normy, które wchodzą w grę w przypadku, gdy strony nie oznaczyły prawa właściwego dla ich stosunku, zawarte w art. 8 i 9 prawa pryw. międzynarodowego i w art. 10 i 11 prawa pryw. międzydzielnicowego, mogą dać zupełnie

¹ Por. Przybyłowski, op. cit., s. 2.

² O tym, że nie wszystkie zwyczaje mogą zmienić się w prawo zwyczajowe, por. wyżej, s. 53. Powołany tu argument ma oczywiście znaczenie tylko w odniesieniu do zwyczajów zdolnych do przemienienia się w prawo zwyczajowe. Nie ma on znaczenia np. w odniesieniu do zwyczajów językowych.

zadawalniające rezultaty w zastosowaniu do zwyczaju. W zestawieniu z normami kolizyjnymi, budowanymi »swobodnie« przez opisane wyżej teorie, wykazują normy kolizyjne, zawarte w prawie prywatnym międzynarodowym i międzydzielnicowym, duże zalety. Przede wszystkim uderza to, że normy te zróżniczkowane są podług rodzajów umów. W grę wchodzi różne normy kolizyjne w zależności od tego, czy chodzi o umowy zawierane na giełdzie lub targach, czy o umowy zawierane w handlu częstkowym, czy wreszcie o inne wyliczone w ustawie rodzaje umów. Analiza tych norm prowadzi do wniosku, że ustawodawca, o ile się dało, uczynił prawem to, co zazwyczaj odpowiada woli stron^{1 2}.

Nie należy się jednak ludzić co do tego, by stosowanie norm kolizyjnych, zawartych w przepisach prawa prywatnego międzynarodowego i międzydzielnicowego, rozwiązywało wszelkie trudności, które mogą się nasunąć na tle kolizji zwyczajów w przestrzeni³. Dotyczy to zwłaszcza zwyczajów w ich funkcji wyjaśniającej. Przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków trzeba mieć zawsze na uwadze okoliczność, że uwzględnianie zwyczajów nie jest jedynym przepisaniem przez ustawę środkiem wykładni⁴. Zasadą naczelną jest kierowanie się wymaganiami dobrej wiary, przejawiające się głównie w równomiernym respektowaniu interesów uczestniczących w umowie stron.

Jest rzeczą w literaturze niesporną, że strony mogą w umowie poddać swój stosunek zwyczajom innym niż te, które wchodziłyby w grę »przy zwykłym biegu rzeczy«⁵, a to w szczególności

¹ Por. Zoll, op. cit., s. 36.

² Niemniej nie można w normach, zawartych w art. 8, p. 1—7 prawa pryw. międzynarodowego i art. 10, p. 1—7 prawa prywatnego międzydzielnicowego, upatrywać jedynie przepisów interpretacyjnych (inaczej Zoll). Przepisy te są przepisami dyspozytywnymi i nie różnią się od przepisów zawartych w art. 9, p. 1 prawa prywatnego międzynarodowego i art. 11, p. 1 prawa prywatnego międzydzielnicowego niczym poza tym, że dotyczą pewnych szczególnych rodzajów umów.

³ Podobnie jak nie usuwa ich, gdy chodzi o kolizję praw w przestrzeni.

⁴ Por. wyżej, s. 87.

⁵ Mówiąc o »zwykłym biegu rzeczy« mam tu na myśli przypadki, gdy strony nie skorzystały z prawa wyboru przysługującego im według cytowanych przepisów. Taki bieg rzeczy o tyle uważać można za »zwykły«, że przypadki, w których strony poddają się w umowie »innym« zwyczajom,

zwyczajom »przy zwykłym biegu rzeczy« terytorialnie niewłaściwym¹. W przypadkach takich znajdzie odpowiednie zastosowanie art. 7 prawa prywatnego międzynarodowego wzgl. art. 9 prawa prywatnego międzydzielnicowego, w zależności od tego, czy chodzi o stosunek, który w swoich elementach i funkcjach wykracza poza granice państwa, czy też o stosunek »wewnętrzny«².

Takie poddanie stosunku obligacyjnego pod »inne« zwyczaje skutkuje w dwu kierunkach: wyłącza zastosowanie tych zwyczajów, które wchodziłyby w grę »przy zwykłym biegu rzeczy«, i równocześnie powoduje zastosowanie innych, powołanych przez strony. Obydwa skutki »poddania« doznają jednak pewnych ograniczeń, gdy chodzi o wyjaśniającą funkcję zwyczaju. Rozważmy to na przykładzie: kupiec polski zawarł w Polsce z kupcem angielskim umowę w języku polskim o dostawę jaj do Londynu. Umowa zawierała klauzulę, że strony poddają się zwyczajom, panującym w handlu jajami w Londynie. Gdybyśmy chcieli zastosować przy tłumaczeniu umowy tylko zwyczaje handlu jajami w Londynie, to nie moglibyśmy przypisywać jej żadnej w ogóle treści, gdyż wyrazy i zwroty polskie nie mają w Londynie (w odnośnych

są w praktyce rzadkie. Sama zasada swobody poddawania się obcym zwyczajom uznana została orzeczeniem Sądu Najwyższego z 5 VI 1929, III. R. w. 756/29 (O. S. P. VIII. 457): »Dobrowolne poddanie się obywatela polskiego pod uzanse giełdowe zagranicznej giełdy jest ważne«. Przyjąć należy, że zwyczaje, którym się strony poddają, muszą odpowiadać pojęciu »zwyczajów uczciwego obrotu«. Czy strony poddały swój stosunek obcym zwyczajom, należy ocenić przy zastosowaniu tych samych, co zwykle, środków wykładni. Poddanie stosunku pod obce zwyczaje następuje zwykle przez zamieszczenie w umowie tzw. klauzuli arbitrażowej. W Niemczech np. używa się klauzuli »berliner Arbitrage«, »hamburger Arbitrage« itp., która według niemieckich zwyczajów handlowych oznacza i skutkuje poddanie ew. sporów z zawieranej umowy pod sąd polubowny powoływany i wyrokujący podług berlińskich, czy hamburskich zwyczajów handlowych. Przyjąć należy, że poza ogólnym poddaniem stosunku wszystkim zwyczajom panującym na pewnym terytorium, dopuszczalne jest także poddanie go pewnym tylko wybranym zwyczajom.

¹ Por. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, s. 306; Düringer-Hachenburg, op. cit., t. 4, s. 396; Dziurzyński-Fenichel-Honzatko, Kodeks handlowy, komentarz, s. 690.

² Wymienione przepisy będą zastosowane »odpowiednio«. Stąd np. użyty w art. 7 prawa przyw. międzynarodowego zwrot o poddaniu stosunku prawu ojczystemu nie znajdzie zastosowania, gdyż nie można mówić o »zwyczaju ojczystym« w odróżnieniu od zwyczaju miejsca zamieszkania.

kołach) żadnego zwyczajowego znaczenia. Na to, aby umowa miała jakiegokolwiek znaczenie w Londynie, trzeba przełożyć ją na język angielski. Skoro przekład musi się opierać na oryginale polskim, to znaczenie, które należy przypisać umowie, uzależnione będzie zarówno od zwyczajów polskich, jak od zwyczajów angielskich. Tak więc ani wyłączenie zwyczajów polskich, ani włączenie angielskich nie będzie tu zupełne¹.

Rozważmy z kolei pytanie, czy strony mogą poddać swój stosunek obcym zwyczajom², nie poddając go równocześnie obcemu prawu. Na pytanie to odpowiadam twierdząco, skoro zasadą jest swoboda co do treści umów (art. 55 k. z.), a żaden przepis ustawy nie zabrania takiego »poddania«³.

W przypadku poddania stosunku pod »inne« zwyczaje, zmienia się sama podstawa obowiązywania zwyczaju. »Obcy« zwyczaj powołany przez strony działa na stosunek prawny już nie z mocy ustawy, lecz z mocy umowy stron⁴. Treść powołanego zwyczaju staje się tu pośrednio częścią składową zawartej umowy. Ma to bardzo doniosłe następstwo: powołany przez strony zwyczaj wyprzedza (w swojej funkcji normującej) dyspozytywne przepisy ustawy, w przeciwieństwie do zwyczaju działającego z mocy ustawy⁵.

Jeżeli strony nie skorzystały z przysługującego im prawa wyboru zwyczaju, wtedy znajdą zastosowanie normy kolizyjne, zawarte w art. 8 p. 1—7 i art. 9 prawa pryw. międzynarodowego względnie w art. 10 p. 1—7 i art. 11 prawa prywatnego między-

¹ Według Titzego, op. cit., s. 157, uw. 17, można mówić o zwyczajach językowych nawet w odniesieniu do obcego języka. Jeżeli np. kupiec z Hamburga wysłał do Anglii ofertę zredagowaną w języku angielskim, to przy jej tłumaczeniu należy się kierować taką angielszczyzną, jakiej używa się w Hamburgu (tj. przeciętnym językiem literackim). Jeżeli zatem podług zwyczajów językowych, panujących w Anglii, w miejscu, do którego skierowano ofertę, należałoby ją tłumaczyć inaczej, to nie ma to znaczenia dla wykładni oferty.

² Podług wyboru, wskazanego w art. 7 prawa prywatnego międzynarodowego i art. 9 prawa prywatnego międzydzielnicowego.

³ Trzeba jednak przy uwzględnieniu okoliczności towarzyszących rozważyć, czy stronom (które wspomniały wyraźnie tylko o poddaniu stosunku obcym zwyczajom) nie chodziło także o poddanie go obcemu prawu.

⁴ Zwrócił na to uwagę Oertmann, op. cit., s. 307.

⁵ Por. Oertmann, op. cit., s. 309

dzielnicowego, z tym, że jako *leges speciales* wyprzedzać je będą w stosownych sytuacjach normy kolizyjne zawarte w art. 532 i 576 k. h.

III. Personalna właściwość zwyczaju

Bardziej istotnym, niż powiązanie z terytorium, jest powiązanie zwyczaju z pewną grupą ludzi¹. Powszechnie przyjęty jest podział zwyczajów na ogólne, tj. przestrzegane przez ogół pewnego społeczeństwa² i szczególne, tj. przestrzegane tylko przez osoby, należące do określonych grup personalnych (obecnie głównie zawodowych)³.

Grupy, o których mowa, dzielą się niejednokrotnie na liczne odłamy, przestrzegające własnych zwyczajów.

Zwyczaje handlowe zalicza *communis opinio* do szczególnych⁴. Przyjmuje się, że zasadniczą grupę personalną tworzą w odniesieniu do nich kupcy, zaś odłamy tej grupy kupcy, uprawiający poszczególne gałęzie handlu⁵.

»Personalne« obowiązywanie zwyczajów stawia nas wobec swoistych problemów kolizyjnych. Nazwać je można »problemami

¹ Powiązanie zwyczaju z terytorium jest zjawiskiem wtórnym. Wynika ono z faktu, że terytorium to jest zamieszkałe przez ludzi przestrzegających zwyczaju.

² Zwyczaje takie określa się również, jako »powszechne«. Termin ten nie jest jednak trafny na gruncie naszego ustawodawstwa. K. h. i przepisy ogólne prawa cywilnego używają w odniesieniu do zwyczaju i prawa zwyczajowego terminu »powszechny« (wzgl. »powszechne«) w innym znaczeniu: »powszechność« (z dodatkiem »w państwie«) oznaczać ma rozprzestrzenienie zwyczaju na całym terytorium państwa. Terminologię taką zachowano również w projekcie części ogólnej kodeksu cywilnego uchwalonym w pierwszym czytaniu.

³ Oczywiście zarówno »ogólne« jak i »szczególne« zwyczaje mogą być ograniczone terytorialnie. Zwyczaj »szczególny« może być przestrzegany na terytorium większym niż »ogólny«.

⁴ Powyżej (s. 72 i n.) odgraniczyłem zwyczaje handlowe od innych, posługując się kryterium przedmiotowym, a nie personalnym. Stąd nie mogę zaliczyć wszystkich zwyczajów handlowych do szczególnych. Niemniej wiele z nich ma niewątpliwie ten charakter.

⁵ Stąd podział zwyczajów handlowych na zwyczaje handlowe ogólne, tj. przestrzegane przez ogół kupców i zwyczaje handlowe szczególne, tj. przestrzeganie tylko przez kupców uprawiających poszczególne gałęzie handlu.

personalnej kolizji zwyczajów«. Ich osią jest poruszane często w literaturze zagadnienie, czy w przypadku, gdy kupiec zawiera umowę z laikiem, w grę wchodzi zwyczaj handlowy, czy ogólny¹. Należy tu również zagadnienie, jaki zwyczaj wchodzi w grę, gdy umowę zawierają kupcy, z których każdy uprawia inną gałąź handlu.

W literaturze panuje na ogół tendencja do ścisłego respektowania personalnej właściwości zwyczaju², tj. do stosowania zwyczajów szczególnych tylko w przypadku, gdy obie³ umawiające się strony należą do grupy personalnej przestrzegającej zwyczaju, o który chodzi⁴. Zasada ta doznaje jednak pewnych wyłomów:

¹ Sformułowanie to odnosi się, jak widać, do zwyczaju handlowego pojętego tradycyjnie.

² Używam tu terminologii własnej, por. wyżej, s. 118, uw. 1.

³ Względnie wszystkie.

⁴ Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, s. 132, wyraża tę zasadę w słowach: »Nur eine Verkehrssitte, die für beide Vertragsteile gilt, kommt in Betracht«. Zasadę tę zaakcentowano zbyt dobitnie przy redagowaniu § 346 k. h. n., który brzmi: »Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen«. Jak już wspomniałem, zbyt wąskie sformułowanie tego przepisu zmusza prawników niemieckich do szukania skomplikowanych wybiegów w przypadkach, w których jedna ze stron nie jest kupcem, a mimo to zastosowanie zwyczaju handlowego (pojętego tradycyjnie) wydaje się wskazane (por. wyżej s. 73). W obrębie właściwej grupy personalnej zwyczaj obowiązuje według autorów niemieckich (nowszych) bezwzględnie, tj. zasadniczo niezależnie od tego, czy strony zwyczaj ten znały (por. Oetmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, s. 386; Titze, Die Lehre vom Missverständnis, s. 163; Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, wyd. 2, s. 163), z tym jednak, że niezajomość zwyczaju, prowadząca do błędu co do treści oświadczenia, daje prawo do zaczepienia (Anfechtung) oświadczenia w oparciu o przepisy o błędzie (§ 119 i n., k. c. n.).

Podobnie nauka francuska stoi na gruncie przestrzegania personalnej właściwości zwyczaju. Por. np. Fuzier-Herman, Code Civil annoté, s. 306: »... les usages spéciaux créés en vue de certaines catégories de personnes, ces derniers usages ne devant être appliqués qu'aux cas intéressant lesdites personnes«.

Pierwszeństwo zwyczaju szczególnego (l'usage spécial) przed ogólnym (l'usage général) uzasadniają autorzy francuscy tym, że jest on lepiej znany osobom, których dotyczy, niż zwyczaj ogólny. Por. Lyon-Caen-Renault, Traité de droit commercial, t. 1, s. 94.

I tak wielu autorów powołuje się na »płynność granicy między zwyczajem powszechnym a handlowym«¹, względnie na zjawisko »przenikania« zwyczajów handlowych w szersze (niekupieckie) sfery². Nadto niektórzy z autorów posługują się chętnie³ fikcją, że laik przez pewne typowe zachowanie się poddał się w sposób dorozumiany zwyczajom właściwym dla swojego kontrahenta kupca⁴. Zauważyć można także skłonność do odstępowania od zasady ścisłego przestrzegania właściwości personalnej zwyczaju

Pośród zwyczajów handlowych odróżnia nauka francuska zwyczaje handlowe ogólne (*les usages commerciaux généraux*) i zwyczaje handlowe szczególne, które mogą być stosowane tylko w pewnych kołach. Por. Colin-Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, s. 32.

¹ Por. np. Schlegelberger, *Handelsgesetzbuch*, 1939, t. 2, s. 846.

² Por. np. Flad-Gadow-Heinichen-Weipert *Handelsgesetzbuch*, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, t. 3, s. 19; Düringer-Hachenburg, *Das Handelsgesetzbuch*, t. 4, s. 388; Baumbach, *Handelsgesetzbuch*, s. 474.

Mechanika tego zjawiska ma być następująca: Zwyczaj, obowiązujący do pewnego czasu tylko w stosunkach między kupcami, przyjmuje się potem również w stosunkach, w których z jednej strony występuje kupiec, z drugiej zaś laik, a z czasem przesiąka nawet w sferę stosunków w których po obu stronach występują tylko laicy. Wskazywano m. in. na złe strony takiego »przenikania«, a mianowicie na okoliczność, że kupcy, jako grupa ekonomicznie mocna, narzucali często jednostronnie ogółowi swoje zwyczaje zawodowe, gdy odpowiadało to ich egoistycznie pojętym interesom. Tak miało być w szczególności ze zwyczajami, dotyczącymi klauzul umieszczanych na fakturach; por. Oertmann, *op. cit.*, s. 391, por. również Sand, *Znaczenie zwyczaju handlowego*, 1928 (odbitka z *Górnośląskich Wiadomości Gospodarczych*), s. 15.

³ W przypadkach, w których zastosowanie zwyczaju handlowego wydaje im się wskazane.

⁴ Tak np. według Oertmanna, *op. cit.*, s. 393 i n., jeżeli laik uczestniczy wyjątkowo w transakcji zawieranej zwykle tylko przez członków określonej grupy zawodowej (między sobą), to przyjąć należy, że poddaje się on zwyczajom tej grupy, choćby nie znał zupełnie ich treści. Poza tym przypadkiem jednak uzależnia Oertmann możliwość dorozumianego poddania się niewłaściwym personalnie (używam tu terminologii własnej) zwyczajom, od znajomości ich treści (a nie tylko istnienia) przez stronę (s. 392). Takie dorozumiane poddanie się przyjmuje Oertmann również w przypadku, gdy ktoś czyni poważne zamówienia za granicą w obrębie rynków, które (jak to jest powszechnie wiadome) rządzą się własnymi zwyczajami. Znacznie dalej posuwa się Danz, *op. cit.*, s. 185, przyjmując, że jeżeli ktoś stojący zewnątrz zawiera z osobą należącą do pewnej grupy zawodowej transakcję, stanowiącą specjalność tej grupy (np. zamawia

w przypadkach, w których za odstępstwem takim przemawiają wymagania dobrej wiary¹.

Zasada ścisłego respektowania właściwości personalnej zwyczaju jest niewątpliwie słuszna. Wprawdzie w dziedzinie stosunków prawnych zwyczaj obowiązuje tylko z mocy ustawy, niemniej skoro już obowiązuje, to obowiązuje taki, jaki jest, a więc m. in. tylko w takim zasięgu personalnym, jaki istotnie² posiada³.

Zasadą będzie przeto, że zwyczaj szczególny stosuje się wtedy, gdy obydwie⁴ strony zawierające umowę należą do grupy personalnej, która przestrzega tego zwyczaju. W innych wypadkach wchodzi w grę zwyczaj ogólny⁵.

wykonanie domu u architekta), to dla wykładni umowy miarodajne będą zwyczaje owej grupy zawodowej, a nie zwyczaje ogólne. Przeciwnie, gdy chodzi o transakcje nie stanowiące specjalności tej grupy, stosować należy zwyczaje ogólne. Pogląd Danza stanowi, jak widać, przełamanie zasady ścisłego respektowania właściwości personalnej zwyczaju.

¹ Według Oertmanna op. cit., s. 407 i n., zachodzi to np. w przypadku gdy strona wie, że jej kontrahent nadał swojemu oświadczeniu znaczenie specjalne, tj. takie, jakie wynika z właściwego dla tego kontrahenta zwyczaju szczególnego, które to znaczenie jest stronie znane, względnie, że rozumiał oświadczenie złożone przez stronę podług znaczenia, które nadaje mu zwyczaj dla niego (tj. kontrahenta) właściwy.

Titze, op. cit., s. 168, odróżnia sytuacje, w których outsider zna zwyczaj przestrzegany w pewnych kołach (do których sam nie należy) przypadkowo, i sytuacje, w których znajomość zwyczaju czerpie on ze szczególnych relacji łączących go z kontrahentem należącym do tych kół (np. stąd, że kontrahent poinformował go uprzednio o zawodowym znaczeniu pewnych terminów). W pierwszych wejdzie w grę tylko zwyczaj ogólny, w drugich, według prawideł tzw. wykładni indywidualnej (por. wyżej s. 89, uw. 3) zwyczaj szczególny.

² Jakby powiedzieć można »w naturze«.

³ Inaczej przedstawia się rzecz, gdy chodzi o problemy terytorialnej kolizji zwyczajów. Jak wiadomo, stosujemy często zwyczaj także poza terytorium, na którym jest on rzeczywiście przestrzegany. Czynimy to jednak w oparciu o normy kolizyjne, zawarte w ustawie. Ustawa nie zawiera norm, które by dotyczyły personalnej kolizji zwyczajów, a tym samym uprawniały nas do stosowania zwyczaju w stosunkach wybiegających poza grupę personalną, w której dany zwyczaj jest przestrzegany. Co do wyjątków, por. niżej, s. 143 i n.

⁴ Dla uproszczenia mówię tu i poniżej tylko o dwu stronach, chociaż stron może być oczywiście więcej, jak dwie.

⁵ Który obowiązuje nadto posilkowo wszędzie tam, gdzie brak jest zwyczaju szczególnego.

Jak wspomniałem wyżej, grupy personalne dzielą się na odłamy itd. Przedstawiona tu zasada obowiązuje na wszystkich stopniach tego podziału, a to w tym znaczeniu, że zwyczaj przestrzegany w pewnej grupie personalnej będzie »ogólnym« w stosunku do zwyczaju przestrzeganego w jednym z odłamów tej grupy itd.

Tym samym odpowiedź na pytanie, czy dany zwyczaj szczególnie wchodzi w grę w odniesieniu do pewnej umowy, zależy będzie od zbadania faktu, a mianowicie od stwierdzenia, czy zwyczaj, o który chodzi, obejmuje rzeczywiście¹ swoim zasięgiem personalnym obydwie zawierające umowę strony.

Odrzuciłem wyżej (s. 72 i n.) »personalną« koncepcję zwyczajów handlowych. Odgraniczyłem je od innych zwyczajów przy zastosowaniu kryterium przedmiotowego przyjmując, że za handlowe uważać należy zwyczaje dotyczące handlu, a nie (tylko) zwyczaje przestrzegane przez kupców.

Tak rozumianym zwyczajom handlowym nie odpowiada, jak widać, żadna określona grupa personalna. Stąd zwyczaje te nie są, jako typ, zwyczajami szczególnymi. Mogą się pośród nich znaleźć zarówno zwyczaje szczególne (tj. przestrzegane tylko w stosunkach między kupcami lub nawet tylko w stosunkach między kupcami pewnych kategorii), jak i zwyczaje ogólne, tj. przestrzegane przez ogół społeczeństwa, choć dotyczące handlu, w szczególności zaś zwyczaje przestrzegane przez kupców i laików w ich wzajemnych stosunkach. Na tym tle zagadnienie, czy można stosować zwyczaj handlowy w przypadku, gdy chodzi o umowę zawartą między kupcem a laikiem, traci swój ogólny sens, skoro niesposób dać na nie jednolitej odpowiedzi. Zagadnienie to można rozważać tylko w odniesieniu do konkretnego zwyczaju. Odpowiedź zależy będzie od zbadania faktu, a mianowicie faktu, czy zwyczaj, o który chodzi, przestrzegany jest tylko w stosunkach między kupcami (ew. nawet tylko w stosunkach między kupcami pewnych kategorii), czy także w stosunkach kupców z laikami.

To samo *mutatis mutandis* dotyczy zagadnienia, czy zwyczaj handlowy, przyjęty w określonej gałęzi handlu, stosować można

¹ »W naturze«.

w przypadku, gdy chodzi o umowę, zawartą między kupcem uprawiającym tę właśnie gałąź handlu, a kupcem »outsiderem«.

Przedstawiona tu zasada dopuszcza wyjątki: zwyczaj szczególnie znajdzie w pewnych sytuacjach zastosowanie także poza grupą personalną, w której jest przestrzegany. Wyjątkami tymi zajmę się w ustępie V niniejszego rozdziału.

Omawiając zagadnienie terytorialnej kolizji zwyczajów przyjąłem, że strony mogą w umowie poddać swój stosunek zwyczajom innym niż te, które weszłyby w grę »przy zwykłym biegu rzeczy«¹. To samo zachodzi i tutaj: strony mogą poddać swój stosunek zwyczajom personalnie niewłaściwym. Skutki takiego poddania kształtują się analogicznie do skutków poddania stosunku pod zwyczaje niewłaściwe terytorialnie².

IV. Przedmiotowa właściwość zwyczaju

Nawet w granicach tego samego terytorium i w obrębie tej samej grupy personalnej mogą istnieć dwa³ odmienne zwyczaje, odnoszące się do bardzo zbliżonych stanów faktycznych. W poszukiwaniu za zwyczajem właściwym trzeba przeto dokonać, w oparciu o stan faktyczny, selekcji zwyczajów według tych samych zasad, jakich przestrzega się przy stosowaniu ustawy (np. *lex specialis derogat generali*). Zagadnienie to nie wyróżnia się niczym szczególnym w zestawieniu z analogicznym zagadnieniem przy stosowaniu ustawy, nie wymaga przeto na tym miejscu bliższego omówienia.

V. O wpływie znajomości (wzgl. nieznanomości) zwyczaju przez strony na jego stosowanie

Przy rozważaniu obydwu funkcji zwyczaju nasuwa się pytanie, czy warunkiem zastosowania zwyczaju jest jego znajomość przez strony.

Zagadnienie to jest w nauce prawa sporne. Zauważyć można, że stanowisko poszczególnych autorów w tej materii uzależnione jest głównie od ich zapatrywań na źródło mocy obowiązującej

¹ Por. wyżej, s. 128 i n.

² Por. wyżej, s. 129 i n.

³ Lub więcej

zwyczaju. Różnice poglądów na to ostatnie zagadnienie przedstawiłem wyżej¹. Wskazałem w szczególności na to, że doktryna dawniejsza (do dziś niewygasła) upatrywała źródło mocy obowiązującej zwyczaju w woli stron przyjmując, że zwyczaj działa dlatego, iż strony w sposób wyraźny lub dorozumiany poddały się zwyczajowi, wzgl. chciały, aby obowiązywał on w konkretnym przypadku. W przeciwieństwie do tego poglądy nowsze upatrują w zwyczaju czynnik obiektywny, zewnętrzny, działający nie z woli stron, lecz z mocy ustawy.

Dla zwolenników dawnej doktryny znajomość (wzgl. niezajomość) zwyczaju przez strony ma znaczenie decydujące. Rozumują oni: skoro strony nie znały zwyczaju, to nie można przyjąć, że chciały poddać się jego działaniu, skoro zaś tego nie chciały, zwyczaj nie działa.

Do tych samych rezultatów prowadzi wariant dawnej doktryny przyjmujący, że treść zwyczaju wchodzi jako »tacita voluntas« w skład złożonych przez strony oświadczeń i na tej drodze rodzi skutki prawne. Oczywiście o takiej »tacita voluntas« nie może być mowy w przypadku, gdy strony nie znały zwyczaju². W literaturze polskiej pogląd taki reprezentuje Wróblewski³.

¹ Por. s. 112 i n.

² Niemniej, niektórzy z autorów wyznających ten pogląd (tzw. Erklärungslehre) uważają znajomość zwyczaju za zasadniczo obojętną. Por. np. Titze, Die Lehre vom Missverständnis, s. 470 i n. Podobnie w literaturze polskiej Fenichel, »Zwyczaj« w kodeksie zobowiązań, Głos Adwokatów 1934, zes. 6.

³ Por. Komentarz do kodeksu handlowego, 1935, s. 6 i n. »Najmniej wątpliwości nasuwa m. zd. przepis art. 500, albowiem nacisk położony na znajomość zwyczaju wskazuje jasno, jaką myślą kierował się ustawodawca. Wychodził on widocznie z założenia, że zwyczaj, który pewnemu oświadczeniu woli przypisuje pewne określone znaczenie i przez to w sferze iuris dispositivi łączy z tym oświadczeniem pewne określone skutki, działa w ten sposób nie tylko wtedy, gdy strona w swym oświadczeniu wyraźnie mu się poddała, lecz także wtedy, gdy zwyczaj znała i mimo to w danym przypadku zastosowania zwyczaju nie wykluczyła, albowiem wówczas należy przyjąć, że chciała mu się poddać. Pojęty w ten sposób zwyczaj, zwany niezbyt ściśle zwyczajem faktycznym, traktowany jest w przypadku gdy znając go, nie wyrażono woli odmiennej, jako tacita voluntas, wiąże zatem zawsze, ilekroć wypowiedziana wyraźnie wola tej treści miałaby moc wiążącą (ius dispositivum); fundamentem jednak tego rozumowania, które stawia zwyczaj na równi z wolą oświadczoną, pozostaje zawsze

Doktrynę dawną odrzuca w swej pracy o prawie zwyczajowym Dziurzyński¹. Przyjmuje on, że »zwyczaj musi być uwzględniony nie dlatego, że taka była wola stron, lecz dlatego, że tak chce ustawa... jeżeli tylko są wątpliwości co do znaczenia i doniosłości oświadczenia, automatycznie w roli pomocniczego środka interpretacyjnego występują zwyczaje obrotowe, choćby strony nie wiedziały zawierając umowę o ich istnieniu, lub nie знаły ich treści«. Podobne stanowisko w tym przedmiocie zajmuje Honzatko² przyjmując, że znajomość (wzgl. nieznanostwo) zwyczajów przez strony jest dla jego stosowania zasadniczo obojętne. Nieznajomość zwyczajów może mieć jednak zdaniem Honzatki »znaczenie w tych przypadkach, w których wpłynęła istotnie na treść oświadczenia woli, ale wtedy błąd co do istnienia lub treści zwyczajów traktowany być może tylko jak każdy inny błąd, tzn. nie spowoduje derogacji zwyczajów wobec tego, kto był w błędzie, lecz może uzasadnić jedynie zaczepialność oświadczenia woli, o ile zachodzą po temu warunki przewidziane w art. 37 § 1 kod. zob.«³.

fakt, że zwyczaj był stronie znany, bo tylko na tej podstawie opierać można wnioskowanie co do istnienia u niej zgodnej z zwyczajem woli...».

Podobnie Korzonek-Rosenblüth, Kodeks zobowiązań, komentarz t. 1, s. 154. Stanowisko Allerhanda, Kodeks handlowy, komentarz, s. 725, jest niejasne: »Tylko wtedy zwyczajów nie należy uwzględnić, jeżeli strona wykaże, że go nie znała. Za czym art. 500 ma to znaczenie, że kupiec, który uchyla się od poddania się zwyczajowi handlowemu, musi wykazać, że ten zwyczaj nie był mu znany i nie mógł mu być znany z powodu, że w miejscu umowy nigdy nie przebywał, a zwłaszcza, gdy w miejscu, w którym przebywa lub w którym przedsiębiorstwo jego ma siedzibę, panuje zwyczaj inny w szczególności, gdy także pewną klauzulę umowną tłumaczy się inaczej, niż to się dzieje w miejscu zawarcia umowy lub w siedzibie drugiego kontrahenta».

Zdanie pierwsze wskazywać by mogło na to, że Allerhand wyklucza zastosowanie zwyczajów nieznanego stronom, ze zdania następnego i z przykładów wynika natomiast, że strona tylko wtedy może zasłaniać się nieznanostwem zwyczajów, gdy go nie znała i zarazem nie mogła znać.

¹ Prawo zwyczajowe w przyszłej ustawie handlowej, 1929, s. 11 (odbicie z Czasopisma Prawniczego i Ekonomicznego).

² Por. Dziurzyński-Fenichel-Honzatko, Kodeks handlowy, komentarz, 1935, s. 690 i n.: »Kodeks ten nie uzależnia mocy obowiązujących zwyczajów od ich znajomości przez strony, wskutek czego z reguły i w prawie handlowym zwyczaj ma być stosowany bez względu na tę okoliczność».

³ Por. tamże. Dalsze wywody Honzatki brzmią następująco: »Nie znaczy to jednak, że kwestia nieznanostwa nie może mieć w pewnych

Poglądy Dziurzyńskiego i Honzatki pokrywają się z zapatrywaniami panującymi w tej materii w nowszej literaturze niemieckiej. Pogląd jakoby zwyczaj obowiązywał z woli stron, wzgl. jakoby jego treść wchodziła w skład złożonych przez strony oświadczeń, reprezentowany jest w nauce niemieckiej coraz słabiej¹. Autorzy niemieccy (nie wyłączając tych, których zapatrywania na źródło mocy obowiązującej zwyczaju są reminiscencją dawnej doktryny) przyjmują, że nieznajomość zwyczaju nie stoi zasadniczo na przeszkodzie w jego zastosowaniu, a to niezależnie od tego, czy chodzi o zwyczaj ogólny, czy handlowy (w rozumieniu tradycyjnym)². Niemniej znajomość (wzgl. nieznajomość) zwyczaju nie jest podług zapatrywań nauki niemieckiej całkowicie obojętna. Wywiera ona w szczególności wpływ w następujących kierunkach:

sytuacjach znaczenia. Przede wszystkim wpłynie ona derogująco na moc obowiązującą zwyczaju wtedy, gdy obie strony zwyczaju nie znały. Natomiast jednostronny błąd co do zwyczaju może być uwzględniony tylko wtedy, gdy ma on obowiązywać w stosunku do osoby, której normalnie nie obejmuje swą kompetencją. Zwyczaj istniejący w pewnym środowisku zawodowym, obowiązuje osoby, należące do tego środowiska, choćby osoby te zwyczaju nie znały. ... są zwyczaje ogólne, obowiązujące w stosunkach między wszystkimi kupcami i zwyczaje szczególne, odnoszące się do pewnych tylko środowisk kupieckich, np. tylko do hurtowników, tylko do ekspedytorów, tylko do handlu drzewem itp. W obrębie właściwej grupy kupców nieznajomość zwyczaju szkodzi bezwzględnie. Inaczej, jeżeli w czynności bierze udział kupiec do grupy nienależący. Ten zwyczaju znać nie musi, obowiązywać go może tylko wtedy, gdy go zna, co musi być wprawdzie ustalone. Gdyby nie było art. 500, wówczas przeciwnik musiałby udowodnić, że kupiec taki zwyczaj znał. Znaczenie art. 500 polega więc na tym, że inaczej rozkłada ciężar dowodu, mianowicie presumuje on u kupca znajomość wszystkich w ogóle zwyczajów handlowych, tak ogólnych, jak i szczególnych, z tym jednak, że pozwala mu dowodzić, że zwyczaju szczególnego nie znał. W ten sposób tylko da się szarmonizować art. 500 z zasadami kod. zob. Art. 500 nie pozwala zatem kupcowi uchylić się spod mocy wszelkich zwyczajów handlowych, lecz tylko w opisanym wyżej ograniczonym zakresie».

¹ Por. jednak wyżej, s. 112, uw. 3.

² Niektórzy z autorów niemieckich zastrzegają jednak, że przy wykładni oświadczeń woli nie można stosować zwyczajów, których strona nie mogła znać. Por. np. Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, s. 76. Łączy się to z zagadnieniem personalnej właściwości zwyczaju.

a) według Oertmanna¹ jeżeli strona wie, że jej kontrahent nadał swojemu oświadczeniu znaczenie specjalne², które to znaczenie jest stronie znane, względnie że rozumiał oświadczenie złożone przez stronę podług znaczenia, które nadaje mu zwyczaj szczególnie dla niego (tj. dla kontrahenta) właściwy, należy oświadczenie tłumaczyć podług owego zwyczaju szczególnego. Wymaga tego zasada dobrej wiary i bezpieczeństwo obrotu³;

b) podług tegoż autora⁴ tylko wtedy przyjąć można, że strona poddała się milcząco niewłaściwemu dla niej zwyczajowi, gdy знаła jego treść⁵;

c) podług poglądu panującego nieznaną zwyczajowi rozstrzygającego o tłumaczeniu oświadczenia traktowana jest, jako błąd co do treści oświadczenia i uzasadnia zaczepienie oświadczenia w oparciu o przepisy o błędzie⁶;

d) podług Baumbacha⁷ nie można zastosować zwyczaju nieznanego stronie w przypadku, gdy druga strona nieznaną tę wykorzystuje. Zastosowanie zwyczaju sprzeciwiałoby się wtedy wymaganiom dobrej wiary.

¹ Op. cit., s. 407 i n.

² Tj. takie, jakie wynika z właściwego dla tego kontrahenta zwyczaju szczególnego.

³ Oertmann odróżnia znajomość treści zwyczaju (konkrete Kenntnis der Verkehrssitte) od wiadomości o istnieniu zwyczaju, bez znajomości jego treści (abstrakte Kenntnis der Verkehrssitte). Ta ostatnia nie wywołuje opisanego wyżej skutku.

Również według Danza, op. cit., s. 181, jeżeli strona znała znaczenie, które jej kontrahent nadał użytym przez siebie słowom, a nawet jeżeli znaczenie to było dla niej »rozpoznawalne«, sędzia winien kierować się tym właśnie znaczeniem.

Podobnie Larenz, op. cit., s. 77: »Hat er (scill. der Erklärungsgegner) aber die vom Erklärenden gemeinte Bedeutung verstanden, so würde es mit Treu und Glauben nicht zu vereinigen sein, könnte er sich noch darauf berufen, dass er die von ihm verstandene Bedeutung nicht zu verstehen brauchte«.

⁴ Op. cit., s. 393.

⁵ Dla wyraźnego poddania się wystarcza wiadomość o istnieniu zwyczaju bez znajomości jego treści (abstrakte Kenntnis der Verkehrssitte).

⁶ Por. Titze, op. cit., s. 153, 470; Oertmann, op. cit., s. 387; Danz, op. cit., s. 111; w literaturze polskiej, Dziurzyński-Fenichel-Honzatko, op. cit., s. 691.

⁷ Handelsgesetzbuch, s. 475.

W literaturze dotyczącej zwyczaju omawia się zwykle zagadnienie wpływu znajomości (wzgl. nieznanomości) zwyczaju na jego stosowanie nie jako zagadnienie oddzielne, lecz łącznie z problemami personalnej i terytorialnej właściwości zwyczaju. Uznałem za właściwe potraktować zagadnienie, o którym mowa, oddzielnie i omówić je dopiero na tym miejscu, wychodząc z założenia, że bardziej celowym będzie najpierw przedstawić ogólne zasady stosowania zwyczaju, a dopiero potem ewentualne odchylenia od tych zasad, zachodzące w zależności od znajomości (wzgl. nieznanomości) zwyczaju przez strony.

Przyjąłem wyżej, że źródłem mocy obowiązującej zwyczaju w dziedzinie stosunków prawnych jest ustawa. Zwyczaj uważam za czynnik obiektywny, zewnętrzny, stojący poza umową. Stanowisko takie nie da się pogodzić z konstrukcją wywodzącą działanie zwyczaju z woli stron, ani z wariantem tej konstrukcji, podług którego treść zwyczaju wchodzi w skład złożonych przez strony oświadczeń¹. Stąd w sporze, dotyczącym wpływu znajomości (wzgl. nieznanomości) zwyczaju na jego stosowanie, opowiadam się po stronie poglądów nowszych.

Na gruncie prawa polskiego rzecz przedstawia się m. zd. jak następuje:

Przepisy kodeksu handlowego i kodeksu zobowiązań dają podstawę do przyjęcia następujących dwu twierdzeń:

¹ Choćby z tego powodu nie mogę podzielić przedstawionych wyżej (s. 137, uw. 3) poglądów Wróblewskiego. Przeciwno nim przemawiają nadto następujące względy:

Wróblewski opiera swoje stanowisko głównie na brzmieniu art. 500 k. h. Jego zdaniem przepis ten nie nasuwa żadnych wątpliwości co do tego, że warunkiem zastosowania zwyczaju handlowego jest jego znajomość przez strony. Sąd taki sięga jednak zbyt daleko. Można mieć w szczególności wątpliwości co do tego, czy przepis brzmiący: „domniemywa się, że zwyczaje handlowe są kupcowi znane”, jest dostateczną racją dla wniosku, że zwyczaj handlowy stosować można tylko wtedy, gdy był stronom znany (ew. z dodatkiem: lub gdy zastosowanie zwyczaju nakazuje przepis szczególny). Najbliższym wnioskiem wynikającym z brzmienia art. 500 k. h. jest bowiem tylko sąd, że ustawa łączy ze znajomością (wzgl. nieznanomością) zwyczaju handlowego przez kupca pewne skutki. Przepis, o którym mowa, nie określa jednak ani natury ani zasięgu tych skutków, a tym samym nie daje podstawy do wniosku, by musiały one polegać na wyłączeniu działania zwyczaju handlowego w przypadku, gdy kupiec zwyczaju tego nie znał.

a) że art. art. 60, 189, 107 i 108 k. z. obowiązują także w stosunkach handlowych;

b) że brak zarówno w prawie cywilnym, jak i w prawie handlowym, zastrzeżenia, jakoby nieznajomość zwyczaju wykluczała jego stosowanie.

Ad a) Gdyby art. art. 60 i 189 k. z. odnosiły się tylko do stosunków powszechnego obrotu prawnego z wyłączeniem stosunków handlowych, brak byłoby przepisu, który by regulował ogólnie skutki prawne umów zawieranych w stosunkach handlowych. Tym samym (pominąwszy umowy typowe, unormowane głównie w dziale III księgi II kodeksu) ustawa nie dawałaby odpowiedzi na pytanie: »do czego zobowiązują umowy zawierane w stosunkach handlowych«, względnie: »jak należy wykonywać zobowiązania w stosunkach handlowych«. Stąd nie byłoby również (za wyjątkiem przypadków szczególnych, uregulowanych np. w art. 576 k. h.) żadnej podstawy do przyjęcia, że zwyczaje handlowe wpływają w ogóle na skutki prawne umów zawieranych w stosunkach handlowych; trudno bowiem przyjąć, żeby podstawę taką stwarzał sam art. 500 k. h. Tak więc wobec braku w kodeksie handlowym odnośnych przepisów wchodzi w zastosowanie, po myśli art. 1 k. h., odpowiednie przepisy prawa cywilnego, tj. art. art. 60 i 189 k. z. To samo *mutatis mutandis* dotyczy art. art. 107 i 108 k. z. Poza szczególnym przepisem art. 532, kodeks handlowy nie zawiera żadnych norm, dotyczących tłumaczenia oświadczeń woli (jednostronnych, czy umów). I w tym przedmiocie zatem obowiązują w stosunkach handlowych odpowiednie przepisy prawa cywilnego, tj. art. art. 107 i 108 k. z.

Ad b) Ani k. z. ani k. h. nie zawierają takiego zastrzeżenia, w szczególności zaś nic nie uprawnia nas do tego, aby dopatrywać się go w treści art. 500 k. h. Przepis ten stwarza jedynie domniemanie znajomości zwyczajów handlowych przez kupca, nie wypowiada się natomiast w ogóle co do tego, jaki wpływ ta znajomość (wzgl. nieznajomość) wywiera na stosowanie zwyczaju. Jest to wskazówką, że odpowiedzi na to pytanie szukać trzeba poza samym art. 500 k. h.

Twierdzenia, które starałem się wyżej umotywić, są wystarczającą racją dla wniosku, że w stosunkach handlowych obowiązują te same zasady stosowania zwyczaju, co w stosunkach powszechnego obrotu prawnego z tym jedynie, że dla stosunków

handlowych wprowadza ustawa domniemanie znajomości zwyczajów handlowych przez kupca.

Nie ma jednak powodu do przypisywania domniemaniu z art. 500 k. h. roli donioślejszej, niż ta, którą spełniają inne domniemania. Nic w szczególności nie przemawia za tym, by domniemanie to stwarzać miało dla stosunków handlowych jakieś odchylenia od ogólnych zasad stosowania zwyczaju. Rola domniemań wyczerpuje się w tym, że stwarzają one ułatwienia dowodowe dla stron powołujących się na pewne okoliczności, którym skądinąd porządek prawny przypisuje pewną doniosłość. To samo dotyczy domniemania z art. 500 k. h. Stwarza ono pewne ułatwienie dowodowe dla strony powołującej się na okoliczność znajomości zwyczaju handlowego przez kupca. Okoliczność ta jest jednak doniosła tylko o tyle, o ile skądinąd porządek prawny łączy z nią pewne skutki. Nic wszakże nie przemawia za tym, jakoby znajomość (wzgl. nieznanomość) zwyczaju wywierała w stosunkach handlowych inne skutki, niż je wywiera w stosunkach powszechnego obrotu prawnego.

Moment znajomości zwyczaju wprowadza m. zd. tylko jedno odchylenie od przedstawionych wyżej ogólnych zasad stosowania zwyczaju. Odchylenie to polega na tym, że zwyczaj szczególny, dotyczący znaczenia pewnych słów, znaków, zwrotów itp.¹, wejdzie w grę także w przypadku, gdy tylko jedna z dwu umawiających się stron należy do grupy personalnej przestrzegającej tego zwyczaju, jednak pod warunkiem, że druga strona zwyczaj ten² znała³.

¹ Nie dotyczy to natomiast zwyczajów, które działają wyłącznie normująco.

² Nie tylko co do istnienia, ale także co do treści.

³ Zakładamy np., że chodzi o pewne zwyczaje szczególne, przestrzegane tylko przez kupców «żelaznych» w ich wzajemnych stosunkach, a dotyczące np. znaczenia pewnych terminów w zastosowaniu do gwoździ. Kupiec «żelazny» dostarcza właścicielowi cegielni partię gwoździ do budowy suszarni. W myśl ogólnych zasad stosowania zwyczaju nie mogłyby przy tłumaczeniu umowy znaleźć zastosowania owe zwyczaje szczególne. Należy je jednak zastosować, gdy właściciel cegielni znał ich treść, tj. wiedział, co oznaczają użyte przez jego kontrahenta specjalne nazwy gwoździ. Kupiec «żelazny» wykorzysta przy tym domniemanie z art. 500 k. h. Wystarczy przeto, że powoła się on na to, że właściciel cegielni jest kupcem. Rzeczą właściciela cegielni będzie wykazać, że zwyczajów, o które chodzi, nie znał.

Wyjątek ten uzasadniony jest wymaganiami dobrej wiary¹, skoro bowiem strona, o którą chodzi, znając odnośny zwyczaj wiedziała, jakie znaczenie nadał jej kontrahent swojemu oświadczeniu (tj. rozumiała to oświadczenie podług znaczenia specjalnego, wypływającego z tego zwyczaju), to odpowiada wymaganiom dobrej wiary, aby to właśnie znaczenie uchodzić mogło za miarodajne przy tłumaczeniu zawartej umowy². W opisanych przypadkach strona, której przeciwnik powołuje się na zwyczaj szczególny, może oczywiście zasłaniać się argumentem, że zwyczaju tego nie znała.

Poza tym nieznanostwo zwyczaju³ jest doniosła tylko o tyle, o ile prowadzi do błędu co do treści oświadczenia woli⁴. W przypadkach takich (jeżeli zachodzą warunki z art. 37—40 k. z.) strona może uchylić się od skutków prawnych swojego oświadczenia w oparciu o przepisy o błędzie⁵. Opisana tu możliwość uchylenia się ma istotne znaczenie tylko dla osoby należącej do grupy personalnej, która przestrzega danego zwyczaju. »Outsider« nie ma potrzeby stosowania tego środka⁶. Wystarczy, jeżeli powoła się on na to, że stoi poza grupą personalną przestrzegającą zwyczaju, o który chodzi. Rzeczą przeciwnika będzie wtedy udowodnić, że »outsider« znał ten zwyczaj. W przypadku, gdy »outsider« jest kupcem, a chodzi o szczególny zwyczaj (handlowy)⁷, przeciwnik będzie musiał udowodnić jedynie podstawy

¹ Por. Oertmann, op. cit., s. 407. Por. również poglądy Danza i Larenza cytowane wyżej s. 140, uw. 3.

² Za przedstawionym tu stanowiskiem przemawia jeszcze ten argument, że skoro respektujemy przy wykładni indywidualne słownictwo strony, o ile tylko było ono znane jej kontrahentowi, to tym bardziej musimy respektować (pod podanym wyżej warunkiem) słownictwo przestrzegane w grupie personalnej, do której strona ta należy.

³ Względnie błąd co do jego treści.

⁴ Nie ma natomiast żadnej doniosłości nieznanostwo zwyczaju działającego normująco.

⁵ Tak np., gdy kupiec uczestniczący od niedawna w handlu sokami owocowymi nie wiedział, że nazwa »oranżada« oznacza pośród kupców uczestniczących w tym handlu sok sztuczny, i zamówił »oranżadę« w przekonaniu, że zamawia naturalny sok owocowy. Por. przykład podany wyżej, s. 87.

⁶ Inaczej Honzatko, op. cit., s. 691. Por. niżej s. 146, uw. 1.

⁷ W przypadku, gdy chodzi o zwyczaj ogólny, nie może być oczywiście mowy o »outsiderze«.

domniemania z art. 500 k. h. (to jest fakt, że »outsider« jest kupcem, o ile fakt ten jest w ogóle sporny). Rzeczą »outsidera« będzie wtedy udowodnić, że zwyczaju, o który chodzi, nie znał. I w tym przypadku jednak »outsider« nie musi się uchylać od skutków prawnych swojego oświadczenia woli.

Poza przedstawionymi tu przypadkami nieznajomość zwyczaju pozbawiona jest wszelkiej doniosłości. Tam, gdzie według ogólnych zasad stosowania zwyczaju pewien zwyczaj wchodzić ma w grę, wejdzie on w grę, choćby jedna, czy nawet obie¹ strony, zwyczaju tego nie znały^{2, 3}.

Zastosowanie domniemania z art. 500 k. h. ogranicza się, jak widać, do przypadków, gdy szczególny zwyczaj handlowy dotyczący znaczenia pewnych słów, znaków, zwrotów itp. ma znaleźć zastosowanie przy wykładni umowy zawartej z kupcem

¹ Inaczej jednak Honzatko, op. cit., s. 691. por. niżej s. 146, uw. 1.

² Dotyczy to m. in. przypadków, gdy na podstawie przepisów prawa pryw. międzynarodowego wzgl. międzydzielnicowego w grę wchodzi zwyczaj »obcy« tj. przestrzegany poza miejscem zamieszkania strony, która chciałaby się powołać na nieznajomość zwyczaju.

³ Biorąc ogółem kupiec, którego przeciwnik powołuje się na (szczególny) zwyczaj handlowy, może zasłaniać się następującymi argumentami:

- a) że zwyczaj ten nie istnieje;
- b) że w umowie strony wykluczyły zastosowanie jakichkolwiek, wzgl. tych, na które przeciwnik się powołuje, zwyczajów handlowych;
- c) że w umowie strony poddały swój stosunek innym zwyczajom handlowym, niż te, na które przeciwnik się powołuje;
- d) że zwyczaj, na który przeciwnik się powołuje, jest terytorialnie niewłaściwy, tj. że według przepisów prawa pryw. międzynarodowego wzgl. międzydzielnicowego lub według szczególnych norm kolizyjnych wchodzi w zastosowanie inny zwyczaj;
- e) że zwyczaj, na który przeciwnik się powołuje, jest personalnie niewłaściwy, tj. że jedna, wzgl. obie strony, nie należą do grupy personalnej przestrzegającej tego zwyczaju;
- f) że zwyczaj, na który przeciwnik się powołuje, jest przedmiotowo niewłaściwy;
- g) że zwyczaj, na który przeciwnik się powołuje, a który dotyczy znaczenia pewnych słów, znaków, zwrotów itp. użytych w oświadczeniu woli, nie jest kupcowi znany. Ten ostatni argument osłania jednak kupca tylko w przypadku, gdy kupiec jest »outsiderem«, tj. nie należy do grupy personalnej, przestrzegającej tego zwyczaju. Gdy chodzi o zwyczaj, działający wyłącznie normująco, kupiec »outsider« zasłoni się argumentem, wskazanym wyżej pod e).

»outsiderem«. Dla innych przypadków, w których znajomość (wzgl. nieznanomość) zwyczaju ma pewną doniosłość, tj. dla przypadków, w których nieznanomość zwyczaju prowadziła do błędu, domniemanie z art. 500 k. h. nie ma znaczenia, skoro nawet wtedy, gdyby domniemanie tego nie było i tak ciężar udowodnienia błędu spoczywałby na stronie, która pozostawała w błędzie¹.

VI. O przypadkach, w których ustawa odwołuje się do zwyczaju w przepisach szczególnych

Poza ogólnymi przepisami art. 60, 107, 189 k. z. i art. 500 k. h., zawierają zarówno kodeks zobowiązań, jak i kodeks handlowy szereg przepisów, dotyczących znaczenia zwyczaju dla szczegól-

¹ Wyniki przeprowadzonych wyżej rozważań pokrywają się w ogólnych zarysach z tezami Honzatki, por. wyżej s. 138, uw. 3, odbiegają jednak od nich w następujących fragmentach:

a) Honzatka przyjmuje (op. cit., s. 691), że nieznanomość zwyczaju przez obie strony wpływa »derogująco na moc obowiązującą zwyczaju«. Nie mogę podzielić tego poglądu, gdyż nie da się on pogodzić z przyjętymi wyżej (por. s. 112 i n.) przeze mnie zapatrywaniami na źródło mocy obowiązującej zwyczaju;

b) podług Honzatki (por. tamże) »jednostronny błąd co do zwyczaju może być uwzględniony tylko wtedy, gdy ma on obowiązywać w stosunku do osoby, której normalnie nie obejmuje swą kompetencją«. Wynikałoby z tego, że osoba, należąca do grupy personalnej przestrzegającej danego zwyczaju (używam tu terminologii własnej), choćby na skutek nieznanomości tego zwyczaju lub błędnego wyobrażenia o jego treści pozostawała w błędzie co do treści oświadczenia woli, nie mogłaby uchylić się od skutków prawnych swojego oświadczenia woli w oparciu o przepisy o błędzie. Prawo to przysługiwałoby tylko »outsiderowi«, tj. osobie, której zwyczaj nie obejmuje normalnie swoją kompetencją«. Nie mogę podzielić tego zapatrywania. M. zd. »outsider« nie musi w ogóle uchylać się od skutków prawnych swojego oświadczenia woli. Wystarczy, jeżeli powoła się on na to, że stoi poza grupą personalną, przestrzegającą danego zwyczaju. Rzeczą przeciwnika będzie wtedy udowodnić, że »outsider« znał zwyczaj, o który chodzi, względnie (jeżeli chodzi o szczególny zwyczaj handlowy), że zachodzą podstawy domniemanie z art. 500 k. h. W tym ostatnim przypadku »outsider« będzie musiał udowodnić, że danego zwyczaju nie znał. I wtedy jednak nie musi on bynajmniej uchylać się od skutków prawnych swojego oświadczenia woli. Możliwość uchylenia się od skutków prawnych ma zatem, jak wspomniałem wyżej, istotne znaczenie tylko dla osoby, należącej do grupy personalnej, przestrzegającej danego zwyczaju.

nych sytuacyj prawnych. Tu należą: art. 61 § 2, art. art. 68, 74 § 1, art. art. 131, 249, 296 § 3, art. 355 p. 3, art. art. 384, 389 § 2, art. 442 § 2, art. 448 § 1, art. 451 § 1, art. art. 453, 454, 481, 503 § 1, art. art. 518, 521, 524, 525 § 1, art. 599 § 1 k. z. oraz art. 66 § 1, art. 67 § 2, art. art. 68, 532, art. 552 § 1 i art. 576 k. h.¹.

Szczegółowa analiza tych przepisów nie jest celem niniejszej pracy, ograniczę się przeto do zbadania ich stosunku do ogólnych przepisów dotyczących działania zwyczaju.

Mogłoby się na pozór wydawać, że odwoływanie się przez ustawę do zwyczaju w przepisach szczególnych jest zbędne, skoro zwyczaj i tak oddziałuje na stosunki prawne na podstawie ogólnych przepisów normujących działanie zwyczaju. Tak jednak nie jest. Rozważmy dla przykładu wymienione wyżej przepisy szczególne k. h.:

a) art. 66 § 1 k. h.; gdyby przepis ten nie zawierał odwołania się do zwyczaju, zwyczaj nie oddziałowałby w ogóle (normująco) na zakres umocowania pełnomocnika handlowego, nie znajdują tu bowiem zastosowania ani art. 60 k. z. ani art. 189 k. z., jako że przepisy te nie odnoszą się w ogóle do sprawy zakresu umocowania. Podstawą normującego działania zwyczaju jest wyłącznie przepis szczególny;

b) podobnie ma się rzecz z art. 67 § 2 i art. 68 k. h.;

c) art. 532 k. h. jest przepisem kolizyjnym, dotyczącym zwyczaju w jego funkcji wyjaśniającej;

d) art. 576 k. h.; wprawdzie w braku tego przepisu można by uzależnić wysokość prowizji ajenta od zwyczaju, w oparciu o art. 60 k. z., niemniej art. 576 k. h. nie jest zbędny, gdyż zawiera normę kolizyjną, dotyczącą terytorialnej właściwości zwyczaju².

¹ Z odwołaniem się do zwyczaju mamy do czynienia nie tylko wtedy, gdy ustawa posługuje się terminem »zwyczaj«. Odwołanie się zachodzi także np. wtedy, gdy ustawa mówi o sposobie zbadania towaru przyjętym w stosunkach handlowych (art. 552 § 1 k. h.), o czynnościach, jakie »zazwyczaj« wiażą się z powierzonym pełnomocnikowi zakresem działania (art. 66 § 1 k. h.), o interesach, jakie »zazwyczaj w tego rodzaju przedsiębiorstwach i lokalach są podejmowane«, itp.

² O ile chodzi o art. 552 § 1 k. h., który zawiera odwołanie się do zwyczaju w słowach: »kupujący powinien bez zwłoki zbadać towar w czasie i w sposób przyjęty w stosunkach handlowych przy towarze tego rodzaju«, to można by w przypadku, gdyby przepis ten nie odwoływał się do zwy-

Podobnie zbadanie przepisów szczególnych k. z., zawierających odwołanie się do zwyczaju, prowadzi do wniosku, że w sytuacjach, których przepisy te dotyczą, nie można by najczęściej oprzeć działania zwyczaju o art. 60 wzgl. art. 189 k. z.¹

Nasuwa się jeszcze pytanie, czy w sytuacjach, których dotyczą wymienione przepisy szczególne k. z. i k. h., stosować należy zwyczaj podług tych samych zasad ogólnych, które przedstawiłem wyżej. Na pytanie to odpowiadam twierdząco, jednak z tym zastrzeżeniem, że o ile zachodzi kolizja między treścią przepisu szczególnego a zasadą ogólną, pierwszeństwo przysługiwać będzie przepisowi szczególnemu.

FRANCISZEK STUDNICKI

Le rôle des usages commerciaux dans les contrats

Parmi les usages, il faut distinguer ceux qui régissent les rapports juridiques et les autres qui n'ont rien de commun avec le règlement juridique. Seuls les usages de la première catégorie peuvent devenir le droit coutumier. La différence entre l'usage et le droit coutumier est purement quantitative; si un usage atteint un certain degré de l'intensité, il devient une règle de droit coutumier.

La force obligatoire d'un usage repose sur le droit écrit. C'est le droit écrit qui reconnaît la force obligatoire des usages

czaju, i tak zastosować zwyczaj w oparciu o art. 60 i art. 189 k. z. Wprawdzie »obowiązek« zbadania towaru nie jest obowiązkiem w tym znaczeniu, aby sprzedający miał do kupującego roszczenie o zbadanie towaru, niemniej art. 60 i 189 k. z. i tak znalazłyby tu zastosowanie, gdyż odnoszą się one nie tylko do takich obowiązków stron, które uzasadniają po stronie przeciwnej roszczenia, lecz w ogóle do wszystkich obowiązków stron w stosunkach obligacyjnych, w szczególności zaś nie tylko do obowiązków dłużnika, lecz także do obowiązków wierzyciela. Zwraca na to uwagę (w odniesieniu do art. 189 k. z.) Domański, Instytucje kodeksu zobowiązań, t. 1, s. 738.

¹ Inaczej jednak, gdy chodzi o art. 61 § 2, art. 384 § 1 i § 2, art. 442 § 2, art. 448 § 1, art. 451 § 1 i art. 525 § 1 k. z.

dit »d'un commerce loyal«. Les usages commerciaux ne sont qu'une variété des usages d'un commerce loyal.

Dans les rapports du droit privé, l'usage exerce une double fonction. Tout d'abord, il sert à l'interprétation des déclarations de volonté (fonction interprétative); ensuite il régle les effets des actes juridiques (fonction réglementaire). La fonction interprétative résulte de l'article 107 du Code des obligations. D'après cet article on doit interpréter les déclarations de volonté comme l'exigent les usages d'un commerce loyal (et la bonne foi). Dans ce cas là, l'usage nous permet seulement de comprendre le sens exact des paroles, signes etc. qui forment le contenu de la déclaration de volonté. La fonction réglementaire est mentionnée surtout dans l'article 60 du Code des obligations; d'après cet article les contrats obligent à toutes les suites résultant de la loi et de l'usage. Nous voyons que l'usage exerce ici la même fonction que la loi; seulement l'usage tient ici place après les règles de la loi (même après la loi supplétive de la volonté des intéressés).

Si l'usage est différent dans un territoire, il faut résoudre cette difficulté en appliquant les règles de droit international ou interprovincial privé. Quand l'usage est spécial (c'est à dire observé seulement par une classe), on peut l'appliquer dans le cas, où les deux contractants appartiennent à cette classe.

À part des exceptions peu nombreuses, il n'est pas indispensable que les contractants connaissent l'usage, dont il s'agit. Mais, si l'ignorance de la fonction interprétative de l'usage a provoqué l'erreur d'un de contractants, celui peut se soustraire aux effets juridiques de sa déclaration (cpr. art. 37 du Code des obl.).

D'autre part, si un contractant connaissait l'usage spécial, on peut appliquer cet usage, même si ce contractant n'appartient à la classe qui observe l'usage spécial. Tel est le véritable sens de la présomption de l'article 500 du Code de commerce.

LITERATURA

I. Dzieła ogólne

Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, t. 1, 1877, t. 2, 1883.

— Juristische Prinzipienlehre, t. 1, 1894, t. 2, 1898.

Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, wyd. 4.

- Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, wyd. 2, 1919.
- Ihering, *Der Zweck im Recht*, wyd. 4, 1904.
— *Geist des römischen Rechts*, wyd. 6, 1921.
- Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, w tłumaczeniu z wyd. 3, Peretiatkowicza, 1921.
- Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, w tłumaczeniu Przeorskiego i Panejki, 1935 (t. 1), 1936 (t. 2).
- Somlo, *Juristische Grundlehre*, wyd. 2, 1927.
- Stammler, *Wirtschaft und Recht*, 1896.
- Znamierowski, *Podstawowe pojęcia teorii prawa*, 1934.

II. Systemy i komentarze

- Allerhand, *Kodeks handlowy, komentarz*, 1935.
- Baumbach, *Handelsgesetzbuch*, 1943.
- Biermann, *Bürgerliches Recht*, 1908.
- Colin-Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, wyd. 7, 1931, t. 2, wyd. 4, 1924.
- Cosack-Mitteis, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1927.
- Domański, *Inytucje kodeksu zobowiązań*, 1935.
- Düringer-Hachenburg, *Des Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897*, 1930, 1932.
- Dziurzyński-Fenichel-Honzatko, *Kodeks handlowy, komentarz*, 1935.
- Ehrenberg, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, t. 1, 1913, t. 4, 1918.
- Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. 1, 1925, t. 2, 1928.
- Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. 1, Allgemeiner Teil.
- Flad-Gadow-Heinichen-Weipert, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 1941.
- Gmür, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 1910.
- Hedemann, *Schuldrecht des bürgerlichen Gesetzbuches*, 1921.
- Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 1930.
- Korzonek-Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań, komentarz*, 1935.
- Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, 1934—1938.
- Lyon-Caën-Renault, *Traité de droit commercial*, wyd. 5, 1921.
- Namitkiewicz, *Podręcznik prawa handlowego*, 1927.
- Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, wyd. 5, 1942.
- Przybyłowski, *Prawo prywatne międzynarodowe, część ogólna*, 1935.
- Ritter, *Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts*, 1900.
- Schlegelberger, *Handelsgesetzbuch*, 1939.
- Staub-Pisko, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 1908.
- Staudinger, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 1936.
- Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, wyd. 5, 1916.
- Thöl, *Das Handelsrecht*, 1875.

- Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, wyd. 5, 1906.
 Wróblewski, Komentarz do kodeksu handlowego, 1935.
 Zoll, Prawo cywilne, t. 1, część ogólna, 1948.
 — Prawo prywatne międzynarodowe i międzydzielnicowe, 1946.

III. Rozprawy i monografie

- Adickes, Die Lehre von den Rechtsquellen, 1872.
 Anderssen, Das Gewohnheitsrecht, Grünhuts Zeitschrift t. 37, 1910,
 s. 340 i n.
 Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1899.
 Brinkmann, Das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civil-
 prozesse, 1847.
 Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, wyd. 1, 1897, wyd. 2, 1906.
 — Einführung in die Rechtsprechung, 1912.
 — Laienverstand und Rechtsprechung, Iherings Jahrbücher t. 38,
 1898, s. 373 i n.
 David, Verkehrsgewohnheit, Gewohnheitsrecht und ergänzendes Satzungs-
 recht, 1940.
 Dniestrzański, O istocie prawa zwyczajowego, Przegląd Prawa i Admi-
 nistracji t. 29, 1904.
 — Das Problem des Volksrechts, Archiv f. d. civ. Praxis, t. 132, 1930,
 s. 257 i n.
 Dziurzyński, Prawo zwyczajowe w przyszłej ustawie handlowej, 1929
 (odbicie z Czasopisma Prawniczego i Ekonomicznego).
 Ebbecke, Grenzen der Auslegung bei Rechtsgeschäften, Iherings Jahr-
 bücher t. 69, 1919, s. 1 i n.
 Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, 1893.
 Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Archiv f. d. civ. Praxis t. 69,
 1885, s. 275 i n.
 Fenichel, »Zwyczaj« w kodeksie zobowiązań, Głos Adwokatów, 1934,
 zesz. 6.
 — Ustawowo nieuregulowane handlowe instytucje zabezpieczające,
 1933 (odbicie z Przeglądu Prawa Handlowego nr 5 i 6).
 Hamburger, Treu und Glauben im Verkehre, 1930.
 Henrich, Zur Problematik des Gewohnheitsrechtes, Recueil d'études
 sur les sources du droit en l'honneur de François Géný t. 2.
 Hölder, Willentheorie und Erklärungstheorie, Iherings Jahrbücher t. 58,
 1910, s. 101 i n.
 Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929.
 Jung, Das sogenannte Gewohnheitsrecht als Grundfrage der Rechts-
 quellenlehre, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, t. 22,
 1928/9, s. 227 i n.
 Kiss, Gesetzesauslegung und »ungeschriebenes« Recht, Iherings Jahrbücher,
 t. 58, 1910, s. 413 i n.
 Kochmann, Das Gewohnheitsrecht nach dem heutigen bürgerlichen
 Recht, 1906.

- Koźmiński, Zwyczaje handlowe kupno — sprzedaż, 1948.
- Laband, Die Handels Usancen, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, t. 17, 1873, s. 466 i n.
- Langrod, O tzw. prawie sędziowskim, Państwo i Prawo, 1946, zes. 8, s. 21 i n.
— Uwagi o roli zwyczaju w prawie administracyjnym, Państwo i Prawo, 1947, zes. 2, s. 19 i n.
- Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930.
- Malinowski, Prawo, zwyczaj, zbrodnia w społeczności dzikich, w tłumaczeniu Obrębskiego, 1939.
- Manigk, Irrtum und Auslegung, 1918.
— Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, 1935.
- Mayer M. E., Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903.
- Merkel, Zum Interpretationsproblem, Grünhuts Zeitschrift t. 42, 1916, s. 535 i n.
- Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914.
— Volksrecht und Gesetzesrecht, 1898.
- Peter, Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleichen Rechtsfolgen, Archiv f. d. civ. Praxis, t. 132, 1930, s. 1 i n.
- Petrażycki, Zagadnienia prawa zwyczajowego, w tłumaczeniu J. Sunderlanda, 1938.
- Pommer, Schwankungen der reichsgerichtlichen Rechtssprechung und Folgerungen aus der reichsgerichtlichen Rechtssprechung über die Natur des Gewohnheitsrechts, 1929.
- Puchta, Das Gewohnheitsrecht, 1828.
- Reichel, Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Festgabe für Stammler zum 70 Geburststage, 1926, s. 305 i n.
- Rümelin G., Das Gewohnheitsrecht, Iherings Jahrbücher, t. 27, 1888, s. 193 i n.
- Sachse, Welche Bedeutung hat die Verkehrssitte für die Auslegung der Verträge, Archiv f. d. civ. Praxis, t. 127, 1927, s. 288 i n.
- Sand, Znaczenie zwyczaju handlowego, 1928 (odbicie z Górnośląskich Wiadomości Gospodarczych).
- Schneider, Abänderliches Recht und Verkehrssitte, Iherings Jahrbücher, t. 59, 1911, s. 383 i n.
- Schreier, Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte, 1927.
- Stein, Das private Wissen des Richters, 1893.
- Stopa, Narodziny myśli i mowy ludzkiej, 1948.
- Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, 1877.
— Recht und Rechtsquellen, 1883.
— Die Materie des Rechts, 1911.
- Szpunar, Nadużycie prawa podmiotowego, 1947.
- Till, O prawie zwyczajowym, Przegląd Sądowy i Administracyjny t. 2, 1877, s. 175 i n.

- Tilsch, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und die Gewohnheiten im Wandel des Jahrhunderts (tłumaczenie z czeskiego) Festgabe zur Jahrhundertfeier des A. B. G. B., 1911.
- Titze, Die Lehre vom Missverständnis, 1910.
- Del Vecchio, Über das Problem der Rechtsquellen, Iherings Jahrbücher, t. 85, 1935, s. 165 i n.
- Wasilkowski, Zagadnienia ogólne nowego prawa cywilnego, Demokratyczny Przegląd Prawniczy, 1946, nr 9—10 (og. zbioru nr 11—12), s. 18 i n.
- Wróblewski Br., Język prawny i prawniczy, 1948.
- Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrthum, Archiv f. d. civ. Praxis, t. 66, 1883, s. 323 i n.
- Zoll (starszy), Über die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrecht im Justinianischen Recht mit Bezugnahme auf die heutigen Gesetzbücher, insbesondere das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, Iherings Jahrbücher t. 13, 1873, s. 416 i n.

IV. Zbiory zwyczajów handlowych

- Postanowienia (zwyczaje) dla handlu płodami rolniczymi w hali zbożowej w Krakowie, zestawione przez D. Binzera, 1914.
- Zwyczaje handlowe (opracowane i branzami zestawione wedle orzeczeń Izby Handlowej i Przemysłowej we Lwowie z lat 1920 do 1926) przez K. Trawińskiego, 1927.
- Zwyczaje handlowe obrotu nasionami leśnymi, zestawione przez S. Sołwskiego, 1937.
- Zwyczaje handlowe na Pomorzu, zestawione przez M. J. Korytowskiego, 1938.
- Warunki giełdowe (zwyczaje giełdowe ogólnopolskie) ujednostajnione przez Radę Związku Giełd Zbożowo-Towarowych w Polsce, 1938.
- Zwyczaje handlowe, zbiór orzeczeń o zwyczajach handlowych wydanych przez Izbę Przemysłowo-Handlową we Lwowie w latach od 1928 do 1938, 1939.
- Zwyczaje handlowe kupno-sprzedaż, opracowane przez L. Koźmińskiego, 1948.
- Oelrichs, Breslauer Handelsgebräuche, 1929.

BIURO
UMCS
LUBAN

Tom III, 1895, str. XIII+492+2 tabl. 600.—

Treść: Tłómaczenia polskie statutów ziemskich, wydał Fr. Piekosiński. — Kod. Dzikowski, str. 1. — Kod. Działyńskich, str. 173. — Kod. Świętosławów, str. 221. — Kod. Stradomskiego, Kod. Świętojerski i Kod. Wiślicia, str. 335.

Tom IV, 1921, str. VI+697 600.—

Treść: Przedmowa, str. VII. — Statuta Casimiri Magni, wydał B. Ulanowski, str. 1. — Constitutiones et iura terae Lanciencis, str. 433. — Statuta terrestria in conventibus Cracoviensi et Wartensi laudata, str. 455. — Statuta in conventione generali in Piotrków anno 1447 laudata, str. 585.

Tom V, 1897, str. 574 *wyczerp.*

Treść: Abraham W.: Statuta legata Gentilisa, wydane dla Polski na synodzie w Preszburgu 10 listopada r. 1309, str. 1. — Ulanowski B.: Najdawniejszy układ systematyczny prawa polskiego z XV wieku, str. 37. — Balzer O.: Średniowieczne prawa mazowieckiego pomniki z rękopisu Petersburskiego, str. 191. — Ulanowski B.: Komisja samborska z r. 1698, str. 311. — Ulanowski B.: Kilka aktów do historii sądownictwa według prawa niemieckiego w Polsce, str. 367. — Ulanowski B.: Najdawniejsza Księga sądowa miasta Biecza, str. 401. — Ulanowski B.: Statuta capitulorum Gneznensis et Poznaniensis ecclesiarumque collegiatarum Varsoviensis et Lanciencis, str. 451. — Rolny W.: Dwie taksy towarów cudzoziemskich z r. 1633, str. 547.

Tom VI, 1897—1926, str. 239 360.—

Treść: Ulanowski B. Acta Ecclesiae Collegiatae Varsoviensis, str. 1. — Kutrzeba St.: De occlusionie viae in Slesiam (z tek ś. p. B. Ulanowskiego), str. 91. — Ulanowski B.: Jana Sierakowskiego Układ systematyczny prawa polskiego z r. 1554, str. 99. — Ulanowski B.: Projekt unii polsko-litewskiej z r. 1446, str. 235.

Tom VII, 1900, str. LXX+568 600.—

Treść: Pomniki prawa litewskiego z XVI w. I. Statut Litewski Drugiej Redakcji (1566), wydał Fr. Piekosiński.

Tom VIII, cz. I, 1907, str. XI+270 300.—

Treść: Kutrzeba St.: Przedmowa, str. VII. — Piekosiński Fr.: Tłumaczenie polskie statutów Kazimierza Wielkiego i statutu Wareckiego z rękopisu Akademii Umiejętności (Szczawńskiego), str. 1. — Piekosiński Fr.: Nieznane średniowieczne roty przysięg wareckie z lat 1419—1480, str. 43. — Piekosiński Fr.: Zapiski

13.1
11.0
02
1905 1048814

CZASOPISMA

sądowe województwa sandomierskiego z lat 1395—1444,
miny sądów ziemskich województwa sandomierskiego z lat 1395—1444,
str. 175; Indeks osób i miejscowości do rot warcheckich i zapisek sądo-
wych sandomierskiego województwa, str. 233; Indeks rzeczowy do
zapisek sądowych województwa sandomierskiego i rot warcheckich,
str. 262.

Tom VIII, cz. 2, 1909, str. 397 300.—

Treść: Zbiór aktów do historii ustroju sądów prawa polskiego
i kancelaryj sądowych województwa krakowskiego z w. XVI—XVIII,
wydał St. Kutrzeba.

Tom IX, 1913, str. 348 360.—

Treść: Kutrzeba St.: Materiały do dziejów robocizny w Pol-
sce w XVI w., str. 1. — Kutrzeba St.: Cautelae quaedam in iure
terrestri tentae et observatae, str. 199. — Kutrzeba St.: Prawa,
przywileje, statuty i lauda księstw oświęcimskiego i zatorskiego,
str. 217.

Tom X, 1936, str. L+857 1200.—

Treść: Najstarsza Księga Sądu Najwyższego Prawa Niemiec-
kiego na Zamku Krakowskim, wydał Abdon Kłodziński.

Tom XI, 1938, str. XV+512 600.—

Treść: Kutrzeba St. i Mańkowski A., ks.: Polskie Ustawy
Wiejskie XV—XVIII w.

Prace Komisji Prawniczej

Nr 1. Wolter Wł.: Studia z zakresu prawa karnego. 1947, str. II+75 165.—

Nr 2. Szpunar A.: Nadużycie prawa podmiotowego. 1947, str. IV+160 450.—

Nr 3. Wróblewski Br.: Język prawny i prawniczy, 1948, str. IV+169 540.—



SKŁAD GŁÓWNY W KSIĘGARNIACH GEBETHNERA I WOLFFA
WARSZAWA — KRAKÓW — ŁÓDŹ — POZNAŃ — ZAKOPANE