

Rafał Marek*

Desuetudo w prawie rzymskim i w jurysprudencji europejskiej

Desuetudo oznacza wyjście z użycia, odwyknienie, odzwyczajanie się od czegoś. *Desuetudo* w prawie rzymskim to długotrwałe niestosowanie normy, które prowadziło do popadnięcia aktu prawnego w zapomnienie, przez co tracił on swą moc. D. 1.3.32.1 stwierdza, że prawa są uchylane nie tylko wolą prawodawcy lecz także przez niestosowanie ich za sprawą milczącej zgody na to „wszystkich”. *Desuetudo* miało miejsce w Rzymie często, było składnikiem rzymskiego prawa zwyczajowego. Akceptowała je również jurysprudencja *ius commune*. Współcześnie przez *desuetudo* rozumie się uznanie za nieobowiązujące nieuchylonych formalnie norm ze względu na ich długotrwałe niestosowanie. Stanowisko ściśle pozytywistyczne odrzuca *desuetudo*. Jednak silnie formalna i rygorystyczna wykładnia artykułów ustaw zasadniczych formułujących katalogi źródeł prawa pozbawiająca zwyczaj relewancji jako źródła prawa przeczy rzeczywistości. Sama nieefektywność normy nie prowadzi do jej eliminacji z porządku prawnego. *Desuetudo* różni się od normy derogującej prawą stanowioną brakiem aktu zmiany woli prawodawczej. Próby wiązania *desuetudo* z nieposłuszeństwem prawu jako takim są nietrafne. Istnieje spór czy o uchyleniu prawa przez *desuetudo* decydują zachowania obywateli czy organów państwa. *Desuetudo* może być też wywołane nikłym poziomem poznania normy wśród adresatów, Norma będzie uchylona bo okazała się nieoperatywna. Rzeczywistość społeczna koryguje zatem stan prawny.

* Doktorant w Katedrze Powszechnej Historii Państwa i Prawa WPIA UJ.

1. Szkic instytucji *desuetudo* w prawie rzymskim

Sam termin „*desuetudo*”, ujęty nietechnicznie, oznacza w języku łacińskim wyjście z użycia, odwyknienie, odzwyczajenie się od czegoś, *actus desuescendi*. Zwrot "*in desuetudinem abire*" oznacza tyle co „wyjść z użycia”¹.

Desuetudo w prawie rzymskim można określić jako długotrwałe nie stosowanie normy, które prowadziło do popadnięcia aktu prawnego w zapomnienie, przez co tracił on swą moc *de facto*, przestawał być stosowany w praktyce, czego skutkiem było jego „milczące uchylenie”. Julian w D. 1.3.32.1, stwierdza, że prawa są uchylane nie tylko wolą prawodawcy lecz także przez niestosowanie ich za sprawą milczącej zgody na to "wszystkich"²:

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

Być może Salwiusz Julian wyraził we fragmencie który znamy z D. 1. 3.32 swoją opinię prywatną, akceptującą praktykę stosowania prawa, lecz bez jakiegś szczególnej podstawy prawnej ujętej *explicite*. Fragment znalazł się w kompilacji justyniańskiej bo okazał się na nowo użyteczny

¹ Por. np. . Liv. 1. 19. *Mitigandum ferocem populum armorum desuetudine ratus*. Ovid. 14. Met. 436. *resides et desuetudine tardi Rursus inire fretum, rursus dare vela jubemur*. Id. 5. Trist. 7. 57. *En pudet, et fateor; jam desuetudine longa Vix subeunt ipsi verba Latina mihi*.

² Zob. A. Steinwenter s.v. *Mores lit.* D; Pauly-Wissowa RE 16, 295, A. Solazzi, La *desuetudine della legge*, Archivio Giuridico 102 (1929) 3 i n.; J.A.C. Thomas *Desuetudo*, RIDA 12 (1965) s. 469 i n.; A. Biscardi, *Apercu historique du probleme de l'abrogatio legis*, RIDA 18 (1971) s. 449 i n.; A. Guarino, *La consuetudine e la legge alia luce della esperienza romana*. Diritto e Giurisprudenza, 1956, LXXI, s. 413 i n.; L. Bove, *La consuetudine in diritto romano*. I, Dalla repubblica all'eta dei Severi, Napoli 1971.

i potwierdzał akceptowaną praktykę. *Consuetudo contra legem* wykluczała w porządku prawnym kodeksu justyniańskiego konstytucja C. 8.52.2.³, co wydaje się stwarzać sprzeczność między treścią Kodeksu i Digestów, jednak ta konstytucja może dotyczyć jedynie prawa prowincjonalnego lub być wyrazem poglądów poklasycznych⁴.

Było przedmiotem debaty w romanistyce czy ustęp z zachowany w D. 1.3.32.1 powinien być uznawany za autentyczny czy interpolowany⁵. Autentyczność D. 1.3.32.1 kwestionowali Steinwenter i Solazzi. Steinwenter⁶ wskazywał, że fragment dotyczący *desuetudo* pozostaje w jasnej sprzeczności z prawem klasycznym, nic nie wiadomo o tego rodzaju abrogacji i choć można mówić o przewlekłej nieefektywności prawa, to

³ A. F. de Bujan, Conceptos y dicotomias del ius, s. 25, Revista Jurídica 3 (2000), s. 9-44 = https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3131/14198_3RJ008.pdf?sequence=, dostęp: 27 VII 2014; oraz F. Gallo, Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32), Iura 36 (1985) s. 50 i in., F. Gallo, La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D. 1.3.32: teoria giuliana o manipolazione postclassica? BIDR, 94-95 (1991-1992). s. 1 i n.; zob. o roli C. 8.52.2: G. Lombardi, Sul titolo "quae sit longa consuetudo" (8,52/53) nel codice giustiniano, S.D.H.I. XVIII, 1952, s. 21 i n.

⁴ M. Smith, Customary Law, w: tegoż, *A General View of European Legal History*, New York, 1927, przyp. 3 na s. 269-270, H.F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1932, s. 360

⁵ Zob. na ten temat z literatury zagranicznej: F. Gallo, La consuetudine nel diritto romano, w: Atti del colloquio romanistico-canonistico, Roma 1979, s. 98 i n., A. Guarino La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana, w: Le origini quiritarie, Napoli 1973 s. 308-310; A. Guarino, Giuliano e la consuetudine, Labeo 35 (1989) s. 172 i in., A. Guarino, La rimozione del diritto a l'esperienza romana, Labeo 42 (1996) s. 20 i n.; W. Waldstein, Gewohnheitsrecht und Juristenecht in Rom, w: De iustitia et de iure. Festschrift von Lubtow, Berlin 1980, zw. s. 121-124; V. Scarano Ussani, L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano, Milano 1987 s. 90 i n.; P. Cerami, Breviter sul Iul D. 1.3.32 (Riflessioni sul trionfo lex, mos, consuetudo) [w:] Nozione, formazione e interpretazione del diritto, Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo, Napoli 1997, s. 131-137, J.A.C. Thomas, Custom and Roman Law, TR 31 (1963). s. 44 i in., J.A.C. Thomas, *Desuetudo*, RIDA 12 (1965) zwł. s. 478 i in.; B. Schmiedel, Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht, Köln-Graz 1966, s. 49-51, 96 i in., 107, W. Flume, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, Opladen 1975 zw. s. 19-21; Zob. też na temat relacji między jurysprudence rzymską i consuetudo: S. Riccobono, La voluntas nella prassi giudiziaria guidata dai pontefici [w:] Festschrift Schultz, t.I, Weimar 1951 s. 302 i n., V. Arangio-Ruiz, Istituzioni di diritto romano, Napoli 1957, s. 38, N. Benke, Exemplum contra legem, TR 57 (1989) s. 257 i in., A. Burdese, Sulla produzione e applicazione del diritto, AG 217 (1997) s. 555 i n.

⁶ Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte [w:] Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento, 4 vol. Milano 1930; vol. 2 s. 419-440

nie było w rzymskim prawie czasów klasycznych opracowanej doktryny *desuetudo*, nie było tego rodzaju instytucji prawnej⁷. Wedle Steinwentera jedynie pierwsze zdanie D.1.3.32.1 pochodzi od Juliana, a być może i część tego to glosa. Steinwenter uznawał, że ustęp D.1.3.32.1 w takiej formie jaką znamy z Digestów nie przedstawia nawet poglądów samego Justyniana⁸. Solazzi podjął próbę rekonstrukcji ustępu Juliana, która to rekonstrukcja ujmuje jako główną materię D.1.3.32.1 niestosowanie prawa niepisanego⁹. Z opinią o poklasycznej glosie zgadzał się i Schiller¹⁰.

Desuetudo miało jednak miejsce w rzymskim porządku prawnym często, wskazówką są *leges* których celem było przypomnienie i niejako przywrócenie ustaw uchwalonych wcześniej¹¹.

Można identyfikować społeczną praktykę niestosowania danej normy z elementem materialnym *desuetudo*¹². Praktyka ta była procesem ciągłym, złożonym z powtarzających się w czasie zjawisk prawnie relevantnych, jest zbiorem wielu rozstrzygnięć w konkretnych sprawach, zachowań wielu podmiotów prawo stosujących, można mówić o procesie uchylania, procesie przedawniania się prawa, który miał w Rzymie swój *terminus a quo* i *terminus ad quem*¹³.

⁷ Por. też np. J.A.C. Thomas, *Desuetudo* RIDA passim

⁸ Do takiego wniosku doszedł przez porównanie D. 1.3.32.1 z pismami scholiastów współczesnych Justynianowi, zob. Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte... s. 438 przyp. 109-111

⁹ D. 1.3.32.1 wedle Solazziego (cyt. za A.A. Schiller, Custom in Classical Roman Law [w:] Folk Law: Essays in the theory and practice of Lex non scripta red. A. Dundes Renteln, A. Dundes, New York 1994, s. 33-49; = Virginia Law Review Vol. 24, No. 3 (Jan., 1938), pp. 268-282, s. 48 przyp. 75, przekład mój), powinno brzmieć jak następuje: Przestrzega się jako ustaw tego co jest zwane prawem powstałym przez zwyczaj, co nie jest nierozsądne. Ponieważ ustawy same w sobie wiążą nas nie z innego powodu, jak tylko dlatego że przyjął je osąd ludu, zatem i właściwe jest by prawa które aprobował lud były wiążące. Zatem poprawnie przyjmuje się że prawo powstałe przez zwyczaj jest uchylane nie tylko przez głosowanie ludu, lecz przez *desuetudo*, przez milczącą zgodę wszystkich.

¹⁰ Custom..., s. 41

¹¹ Por. Z. Bujuklic, Ancient and Modern Concepts of Lawfulness, RIDA XLVI 1999, s. 122 i n. s. 141, <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/rida/1999/BUJUKLIC.pdf>, dostęp: 10.11.2014.

¹² Por. L. Franchini, La desuetudine delle XII tavole., Milano 2005, s. 7-8; por. wywody niżej w części dotyczącej współczesnej analizy zjawiska *desuetudo*.

¹³ Por. L. Franchini, La desuetudine... s. 8-9.

Poza zachowaniami władzy również wola *populus* rzymskiego była konieczna nie tylko do uchwalenia prawa lecz także by uchylić prawo istniejące, nawet bez pozytywnego aktu derogacji, zatem przez *tacitus consensus omnium*. Można tu posłużyć się terminem „moc derogacyjna prawa zwyczajowego”¹⁴. Niewielu romanistów współcześnie kwestionuje istnienie *desuetudo* w Rzymie nie tylko w okresie archaicznym czy wczesnej republiki. Za działaniem *desuetudo* w Rzymie opowiedzieli się też liczni autorzy dawniejsi.¹⁵ Stopniowo, wraz ze wzrostem prawotwórczej roli pretora i bardziej liberalną interpretacją poszczególnych zasad prawnych (co wiązało się z rozpowszechnieniem greckiej myśli filozoficznej i retoryki) praktyka *desuetudo* stała się pewnego rodzaju zagrożeniem dla bezpieczeństwa prawnego i wiążącej mocy prawa¹⁶.

Desuetudo funkcjonujące w ramach rzymskiego porządku prawnego doprowadziło do zniesienia większości regulacji XII Tablic np. prawa do zabicia złodzieja w nocy czy talionu. Inne zaś prawa stały się przestarzałe jak niektóre ustawy rolne, *Lex Voconia*, *leges sumptuariae* i wiele innych.¹⁷ Znamy dość liczne wzmianki o *desuetudo* autorów starożytnych: Liv. 7.42, Appian, bell. civ. 1.54 o *Lex Genucia*; Pliniusz do Trajana Ep. 114 o *Lex Pompeia*, Ael. Gell. XX, 1, 7-10 o XII Tablicach, Ael. Gell. XX, 1.23 i II 29.11 o *leges sumptuariae*. Ponadto dwa listy Pliniusza do Trajana (Plin. ad Traj. 114 i 115) uchodzą za dowód mocy uchylania prawa stanowionego przez prawo zwyczajowe¹⁸.

¹⁴ Zob. D. 1.3.37.3: oraz I. 2.11: *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent: ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata* - zatem *tacitus consensus* powinien prowadzić do uchylania przepisów prawa pozytywnego

¹⁵ Np. S. Riccobono, Corso di diritto romano, cz. 2 (Milano 1933-4, s. 310-17, W.W. Buckland, A. D. Mc Nair, Roman Law and Common Law, Cambridge 1936, s. 15-16. Poglądy sprzeciwiające się *desuetudo* w dobie klasycznej uznał za zasadne J.A.C. Thomas, *Desuetudo*, passim, zw. s. 478-480;

¹⁶ W ten sposób Z. Bujuklic RIDA, s. 141-142

¹⁷ Zob. H. Honsell, Das Gesetzesverständnis in der römischen Antike, in Festschrift H. Coing, I, München, 1982 s. 137 i n., oraz O. Behrends Das Römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie, Göttingen 1995 s. 135 i n.; A. Guarino, La consuetudine e la legge all luce della esperienza romana, Diritto e Giurisprudenza, 1956, LXXXI, s. 413 i n.

¹⁸ Por. T. Kipp, Geschichte der Quellen, Leipzig 1919, przyp. 34 s. 23, odmiennie: P. Jörs; W. Kunkel; L. Wenger, Römisches Recht, Berlin 1935, s. 1-2 przyp 11

Przez *desuetudo* utraciła moc część *lex Aquilia*¹⁹ oraz dziedziczenie gentyłów (G. 3.17). Na istnienie *desuetudo* w praktyce sądowego stosowania prawa wskazuje explicite D.11.1.1.:1:

Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere, ideoque minus frequentantur et in desuetudinem abierunt. (...)

Desuetudo miało też miejsce co do korzystania z *iudicia publica*. Wpierw *iudicia* te wyszły z użycia w sprawach politycznych, co stało się na rzecz sądów cesarskiego i senackiego już w I w. po Chr., w szczególności co do *quaestio maiestatis* i *ambitus*. Zaczęło też zanikać w połowie I w. po Chr. postępowanie przed trybunałami stałymi co do przestępstw pospolitych, sprawy owe przechodziły pod jurysdykcję prefekta miasta, a to ze względu na większą sprawność postępowania. Niektóre *quaestiones perpetuae* istniały jeszcze za czasów dynastii Sewerów, ostatecznie zanikły z początkiem III wieku. Postępowanie kognicyjne stało się postępowaniem jedynym i tym samym zwyczajnym²⁰.

Alfred Pernice²¹ wskazał zasadnie, że chociaż ustawa mogła być, w sensie nieefektywności, zapomniana, to jednak magistratus mógł ją w każdej chwili "przywrócić". Tak rzecz się miała z *lex Genucia* dotyczącą lichwy, która choć nie stosowana przez ponad wieku, doczekała się próby "reaktywowania" przez pretora Aselliona, choć, co pouczające, pretor ten został zamordowany²². Podobny przypadek opisuje korespondencja Pliniusza z Trajanem²³ dotycząca ponownego wprowadzenia nieużywanego prawa przez cesarza²⁴.

¹⁹ D. 9.2.27.4: *Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit.* , jednak Pernice, Krueger i Jors twierdzili że ustęp ten jest interpolacją dokonaną za Tryboniana, zob. Index Interpolationum, red. Levy, Rabel, vol. I Weimar : Böhlau, 1929, col. 115 oraz suppl. 1 col. 149.

²⁰ W. Litewski, Rzymski Proces Karny, Kraków 2003, s. 50 oraz U. Brasiello, Sulla desuetudine dei iudicia publica [w:] Studi in onore di Emilio Betti, 1962, s. 551-570;

²¹ Parerga X: Zum roemischen Gewohnheitsrechte, SZ 20 (1899), s. 127-171 s. 149-150.

²² Appian, Bell. civ. 1.54.

²³ Plin, Ep. 10.114-115.

²⁴ Opinia Pernice, podobne zdanie wyraził E. Weiss, Grundzuge der romischen Rechtsgeschichte, Reichenberg 1936, s. 18 oraz A. Steinwerter, s.v. Mores RE 16 (1935) kol. 295-96.

Można powiedzieć że w prawie rzymskim *desuetudo* było rezultatem *tacitus consensus*, przejawiającym się w niestosowaniu reguł prawa pozytywnego. Tę samą ideę podejmuje konstytucja justyniańska *Deo Auctore* 10. *Haec quae necessario* 2, polecająca kodyfikatorom: *quae iam leges in desuetudinem abierunt nullomodo easdem ponere*.²⁵ Pozornie występowała tu sprzeczność z zasadą zakazu obowiązywania norm prawa zwyczajowego *contra legem*, jednak można przyjąć że zakaz obejmował tworzenie *ius novum*, nie zaś *abrogare legem desuetudine*²⁶.

Ponieważ *desuetudo* jest elementem prawa zwyczajowego, trzeba zwrócić uwagę na status w rzymskim porządku prawnym zwyczaju i prawa zwyczajowego jako takich. W Topikach Cycero stwierdzał (5.28) że *ius civile* zawiera się w ustawach, *senatus consulta*, wyrokach, powadze uczonych prawników, edyktach magistratur, zwyczaju i słuszności. Podobny pogląd wyrażano w innych dziełach z zakresu retoryki - ad *Herennium* 2.13.19; Quinn., *Inst. orat.* 12.3.6. Tego rodzaju zrównanie zwyczaju z ustawą czy *senatus consultum* itd. opiera się na retorycznym rozróżnieniu między prawem pisanym (*ius scriptum*) a *ius non scriptum*, w tym prawie pochodzącym z *consuetudo*. Rozróżnienie rzymskie opierało się, przynajmniej formalnie, na greckim podziale na *nomos eggraphos* i *nomos agraphos*, które pochodziło od Arystotelesa²⁷. Retorzy posługiwali się rozróżnieniem *nomos engraphos* i *agraphos* dla określenia prawa pozytywnego danego narodu (*n. engraphos*) i prawa naturalnego (*n. agraphos*). W Rzymie jednak *ius non scriptum* zaczęło oznaczać prawo zwyczajowe²⁸.

Co jednak mówią wypowiedzi rzymskiej jurysprudencji? Liczni romanisci zwrócili uwagę na to, że ustępy w D.1.3 *De longa consuetudine*, które stanowią większość dostępnego nam materiału pozwalającego formułować pogląd, że prawo zwyczajowe istniało w prawie rzymskim okresu klasycznego i poklasycznego, mówią nie o prawie stosowanym

²⁵ Zob. uznawane przez dawniejszych autorów za interpolację D. 9.2.27.4 *Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit*.

²⁶ Za artykułem A. Steinwertera *Mores* RE 16 (1935) kol. 295-96.

²⁷ *Rhetorica* 1.10.1368b.

²⁸ Zob. A. Steinwenter s.v. *Mores*, RE 16, kol. 295 oraz Cic. *Part. orat.* 37.130.

w Rzymie, lecz dotyczą spraw prowincji, spraw lokalnych²⁹. D. 1.3.31 dotyczyło zatem stosunku *lex Papia et Poppaea* do liturgii municypalnych, D. 1.3.33-34 to fragmenty pracy Ulpiana o gubernatorze prowincji i odnoszą się wobec tego do praktyki lokalnej. Korzystanie ze zwyczaju miejscowego przy dokonywaniu wykładni ustaw było też przedmiotem rozważań w D. 1.3.36 oraz D. 1.3.38. D. 1.3.37 zajmuje się *consuetudo civitatis*. W praktyce sądów w prowincjach prawdopodobnie często powoływano się na precedensy odzwierciedlające zwyczaj lokalne, o czym świadczą papirusy z Egiptu np. P. Oxy. VI 899.25-30; BGU I, 15.9-11; P. Oxy. II 237.VII.17-18.

Jednak zwyczaj odgrywał dużą rolę w Rzymie epoki klasycznej – wciąż część prawa miała charakter zwyczajowego czy też pochodziła ze zwyczaju, a to zakaz małżeństwa między bliskimi krewnymi, dopuszczanie substytucji pupilarnej, nieważność darowizn między małżonkami, wymóg zgody tutora na zaciąganie zobowiązań przez pupila i solidarna odpowiedzialność bankierów przy *expensilatio*³⁰.

Ponadto prawo rzymskie opierało się na zwyczajowym mechanizmie tworzenia norm, w ramach tego mechanizmu funkcjonowało też prawo jursprudencyjne. Nie może tu przyjmować obowiązywania normy niezależnie od skali jej stosowania, od liczby przypadków konkretyzacji jej. Częstotliwość zastosowania normy obserwowali przedstawiciele doktryny, przyznając jej tym większą moc im częściej była ona stosowana³¹. Również w opinii Eugena Ehrlicha³² prawo jurystów rzymskich było ni-

²⁹ Puchta, Pernice, Ehrlich, zob. Steinwenter, Studi Bonfante vol. 2 s. 429, jednak odmiennie P. Vinogradoff, Customary Law [w:] tegoż, Collected Papers, vol. II, Oxford 1928, s. 411; przyp. 2.

³⁰ A. Schiller, Custom... s. 38, tam też literatura.

³¹ Zob. np. T. Giaro, Diritto come prassi (w:) Studi Luigi Labruna, t. IV, Napoli 2007, s. 2246-2247 Z literatury na temat zwyczaju w prawie rzymskim zob. J. Gaudemet, Coutume et raison en droit romain, Revue Historique de droit francais et etranger, 17 (1938), s. 141-170; J.A.C. Thomas, Custom and Roman Law, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 31 (1963) s. 39-53; B. Schmiedel, Consuetudo im Klassischen und nach-klassischen romischen Recht, Graz, H. Bohlaus, 1966; G.C. J.J. van den Bergh, Legal Pluralism and Roman Law, The Irish Jurist 4 (1969) s. 338-350. W Flume, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, Westdeutscher Verlag 1975.

³² Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts [w:] Die feierliche Inauguration des Rektors *** Universitat Czernowitz, Czernowitz 1906, s. 55-56 (za A. Schiller, Custom... , s. 44 przyp. 41).

czyż więcej jak tylko prawem zwyczajowym, obok *ius sacrum* będącego prawem zwyczajowym religii oraz *ius publicum* opierającym się na *leges*³³. Czy zatem prawo zwyczajowe było stosowane jedynie na prowincji? W świetle argumentów przedstawionych powyżej teza taka nie jest zasadna.

Przechodząc do charakterystyki współczesnej refleksji nad zjawiskiem *desuetudo* warto wspomnieć o dorobku myśli *ius commune* dotyczącym *desuetudo*, bowiem dorobek średniowiecznej nauki prawa wciąż oddziałuje na współczesną jurysprudencję. Rogerius w *Quaestiones super Institutis* (manuskrypt, par.6) rozważał znaną *contrarietas*, Przedstawiała się owa sprzeczność następująco: wedle D. 1.3.32.1: *leges non solum suffragio legis latoris sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*, zaś C.8.52.2 (cesarz Konstantyn w roku 319) stanowi: *Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momentu, ut aut rationem vincat aut legem*". W krótkiej glosie do D.1.3.32.1 Irnerius starał się rozwiązać sprzeczność stwierdzając: *Loquitur hec lex secundum sua tempora (...) hodie potestas translata est in imperatorem*³⁴ Przez "hodie" rozumie się w tym miejscu ostatni etap rozwoju prawa rzymskiego - dominat czy monarchię absolutną, przeciwstawioną pryncypatowi, która trwała wedle pojęć czasów Irneriusa w instytucji restytuowanego Cesarstwa Rzymskiego. Tego rodzaju historyczną próbę wyjaśnienia odrzucali jednak glosatorzy bardziej "konserwatywni" choć akceptował ją Placentinus³⁵ i była ona cytowana jako jego opinia w angielskiej glosie post-Vaccariusowej jak i u Accursiusa³⁶.

Rogerius zaproponował dwa inne rozwiązania (par. 6 *Quaestiones...*) Wpierw próbował usunąć sprzeczność zakładając że dane prawo może

³³ por. B. Biondi, *Prospettive Romanistiche* [w:] Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, serie II, vol. 37 (Milano 1933) s. 32-33 - mowa tam o *ius civile* jako prawie w istocie swej zwyczajowym.

³⁴ ed. w: F.C. Savigny, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg 1850 t. IV s. 459.

³⁵ Dist. Hugolini, ed. G. Haenel, *Dissensiones Dominorum*, Leipzig 1834, s. 585.

³⁶ C. F.Ch.Wenck, Vacarius, Lipsiae 1820, s. 184, F. de Zulueta, *Liber Pauperum of Vacarius*, London 1927 s. 18 n. 32, Accursius glosa *Aut legem* do C.8.52.2 . wyd. Codex Justinianus (cum Glossa ordinaria Accursiusa oraz Summaria Hieronymusa Clarius, Venetiae, Bernardinus Stagninus. 1495.

być uchylone jedynie przez *actus contrarius*, zatem *lex* może być uchylona tylko przez inną *lex* itp. wobec tego jeżeli zdaniem Juliana *leges* mogą być uchylane przez niepisane *mores* to owe *mores* muszą być ustawami niepisanymi. Drugie rozwiązanie opierało się na *distinctio*: zwyczaj oparty na nieznajomości sprzecznej z nim ustawy nie ma władzy uchylającej, zwyczaj istniejący wraz ze świadomością istnienia ustawy jemu przeciwnej zawiera w sobie wolę uchYLENIA jej i tym samym może ustawę derogować, bowiem *consensus populi* jest ostatecznym źródłem wiążącej mocy praw. Załączek tego poglądu można spotkać jeszcze w głosie Irneriusa, rozwijano go w kolejnych zbiorach *Dissensiones Dominorum*³⁷. Rogerius stawiał tezę że tego rodzaju chylenie ustawy nie ma charakteru bezwzględnego, pełnego, sprowadza się do *desuetudo* „tymczasowego”, „*exilium*” ustawy, podobnego do „wypchnięcia” prawa naturalnego po wprowadzeniu sprzecznej z nim normy prawa stanowionego, pisanego. Wydaje się zatem, że przy przyjęciu takiego rozumienia *desuetudo*, ustawa *ipso iure* „powróci z wypchnięcia” gdy tylko zwyczaj uchylających przestanie być praktykowany, inaczej rzecz miałaby się z ustawą uchyloną. Niestety to ciekawe rozróżnienie nie doczekało się najprawdopodobniej dalszych analiz³⁸.

Również św. Tomasz z Akwinu poruszał, choć nie wprost, problematykę *desuetudo* w swym *opus magnum* stawiając wpięty następujący zarzut: *zda się że zwyczaj (consuetudo) nie może zyskać mocy ustawy (lex) ani też ustawy uchlić (amovere). Ustawa bowiem ludzka wywodzi się z prawa natury (lex naturae) i z prawa boskiego (lex divina) (...). Jednak zwyczaj ludzki nie może zmienić ani prawa natury ani prawa boskiego. Zatem i nie może zmienić ustawy ludzkiej (...). Ponadto ustanawianie prawa przynależy osobom publicznym (publicae personae) którym jest właściwe kierowanie wspólnotą, wobec czego osoby prywatne nie mogą stanowić prawa. Jednak zwyczaj utrzuca się przez działania osób prywatnych. Wobec tego zwyczaj nie może zyskać siły ustawy, przez którą mogła by być ustawa uchylona. (...)*³⁹

³⁷ Coll. Chis. ed. G. Haenel (*Dissensiones Dominorum*, op.cit. par. 46 (s. 151), Coll. Hugolini ed. G. Haenel, *Dissensiones...* op.cit. s. 153), *Accursius, Codex...* op.cit.

³⁸ W ten sposób H. Kantorowicz, W. V. Buckland (red.) *Studies in the Glossators of the Roman Law: Newly Discovered Writings...* s. 136

³⁹ *Summa Th. I^a-II^ae* q. 97 a. 3, arg. 1, arg. 3, przekład własny

Tomasz odpowiadał⁴⁰ że prawo naturalne i Boskie pochodzi z woli Boga, zatem nie może być zmieniane ludzkim zwyczajem. Powołał się tu na ustęp z Izydora z Sewilli o przewyżczeniu "nikczemnego zwyczaju" przez prawo i rozum⁴¹, na powyżej wskazane arg. 3 odpowiadał, że społeczność rządząca się danym zwyczajem może bądź samemu ustanawiać sobie prawa, wtedy większą moc ma zgoda powszechna ujawniona przez zwyczaj⁴² niż wola prawodawcza władcy, działającego tylko jako przedstawiciel narodu. Poszczególne osoby, osoby prywatne nie mogą stanowić prawa, lecz może to czynić naród czy społeczeństwo jako całość. Jeżeli zaś społeczność nie ma władzy prawodawczej ani nie może uchylać prawa ustanowionego przez właściwą władzę zwierzchnią, to wtedy zwyczaj przeważający w tego rodzaju wspólnocie ludzkiej nabiera mocy prawa, a to ponieważ tolerują taki stan rzeczy prawodawcy, przez owo tolerowanie potwierdzają w sposób dorozumiany normy zwyczajowe⁴³. Tezy Akwinaty dotyczące *consuetudo* obejmują też jego *species* czyli *consuetudo abrogationis* - *desuetudo*.

⁴⁰ I^a-IIae q. 97 a. 3 co.

⁴¹ Izydor, 2 Synonym, 80: Patrologia Latina t. 83, kol. 863.: *Virtus enim indiscreta pro vitio deputatur, virtus sine discretionem vitii obtinet locum; multa sunt consuetudine vitiosa, multa pravo usu praesumpta, multa contra pudicos mores illicito usurpata; adime consuetudinem, serva legem; usus auctoritati cedat, **primum usum lex et ratio vincat***; zob. też Augustyn, Epist. 36 Ad Casulanum 1 : Patrologia Latina t. 33, kol. 136. oraz Gracjan, Decretum, Pars I, dis. 11, can. 7: *In his rebus, de quibus nihil certi statuit diuina scriptura, mos populi Dei et instituta maiorum pro lege tenenda sunt. Et sicut preuaricatores legum diuinarum, ita contemptores consuetudinum ecclesiasticarum coercendi sunt.*

⁴² Por. o *tacitus consensus omnium* D. 1.3.32.1: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. (...) Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*

⁴³ I^a-IIae q. 97 a. 3 ad 3.

2. Rozważania współczesnej jurysprudencji

I podręczniki i opracowania systemowe poświęcają *desuetudo* mało miejsca, traktują ten temat jako marginalny. Może być to zdaniem Z. Ziemińskiego⁴⁴ stanowisko zasadne w odniesieniu do krajów o sprawnym prawodawstwie i od dłuższego czasu ustabilizowanej sytuacji politycznej i społecznej. Jednak gdy tego rodzaju spokojny stan rzeczy nie występuje, pojawia się problem odwołania właśnie do *desuetudo*.

Najogólniej można stwierdzić, że współcześnie pod pojęciem *desuetudo* rozumie się przypadki uznania za prawnie nieobowiązujące - ze względu na tak czy inaczej rozumianą nieaktualność- pewnych nieuchylonych formalnie norm danego systemu prawnego., wcześniej uznawanych w świetle koncepcji źródeł prawa tego systemu za wiążące⁴⁵. Zdaniem J. Wróblewskiego jest to zjawisko wystarczająco długiego niestosowania ważnej systemowo normy prawnej przez właściwe organy władzy państwowej⁴⁶. Koncepcja rzymska *desuetudo* mówiła w D. 1.3.32.1 o *tacitus consensus omnium*, zatem *prima facie* widać tu pewną różnicę, bowiem wedle pojęć rzymskich potrzebny byłby ów *tacitus consensus* „wszystkich” - *omnium*, czyli i adresatów regulacji, nie zaś sama praktyka niestosowania prawa przez organy wyposażone w jurysdykcję. Czy jest to pogląd słuszny? Skłaniam się ku opinii że owi „*omnes*” to w rzeczywistości organy stosujące prawo, będący w drodze fikcji prawnej reprezentantami *populus* rzymskiego.

A. Grabowski i M. Kiełtyka stwierdzają, że najlepiej naturę współczesnego *desuetudo* oddaje podejście Z. Ziemińskiego, zwłaszcza że i Kelsen i Wróblewski uznają, że konsekwencją *desuetudo* jest to, że formalnie nigdy nie uchylone normy tracą ważność. Wziąwszy zatem pod uwagę, że brak tegoż formalnego uchylenia oznacza spełnienie podsta-

⁴⁴ *Desuetudo*, PiP 1994, z. 11, s. 3.

⁴⁵ Z. Ziemiński, *Desuetudo*... s. 3.

⁴⁶ *Sądowe Stosowanie Prawa*, Warszawa 1972 s. 98, wersja angielska: *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Boston 1992 s. 79.

wowego kryterium przynależności normy do systemu prawa, widać wyraźnie, że przynależność normy do systemu nie implikuje samo przez się jej obowiązywania, jej ważności⁴⁷.

Proces współczesnego *desuetudo* można próbować przedstawić w dwóch etapach: 1) sądy zaczynają ignorować "zapominać" o przepisie, jednak jeszcze nie wykluczając możliwości jego stosowania w innych sprawach niż będąca przedmiotem orzekania, mogą określać przepis jako "połowicznie ważny" (*half-valid*); 2) w którejś z kolejnych spraw gdzie przepis mógłby znaleźć zastosowanie sąd dochodzi do wniosku, że nie ma powodów do mówienia o jakimś "połowicznym" statusie przepisu, przepis staje się nieważny, staje się nieobowiązujący przez *desuetudo*⁴⁸.

W pierwszej połowie XX wieku dopuszczanie *desuetudo* uznawano za problem mało ważny, jednak pod koniec tego wieku stanowisko takie zaczęło budzić wątpliwości, również w krajach gdzie nie występowały przemiany o charakterze rewolucyjnym, lecz zachodziło przyspieszenie przemian społecznych, ekonomicznych i obyczajowych⁴⁹. Można wskazać na liczne przypadki gdy utrata mocy wiążącej przez *desuetudo* nie będzie w ramach systemu prawa zjawiskiem nietypowym, rzadkim. Zjawisko takie wystąpi gdy zniknie możliwość pojawienia się desygnatów nazw zawartych w dyspozycji albo sankcji normy. Prawa ustanowione np. by chronić dany gatunek zwierzęcia stracą moc przez *desuetudo* gdy zniknie ten gatunek. Jest to jednak kazus prosty. Z bardziej złożonym będziemy mieć do czynienia gdy sądy przestaną stosować daną normę gdyż dojdą do wniosku, opierając się na zasadzie korespondowania norm z rzeczywistością, że dana regulacja nie nadaje się do stosowania w jakiegokolwiek sprawie. Nie może tu być mowy o nieposłuszeństwie czy wręcz bezprawiu sądowym, jest to po prostu działanie korekcyjne w ramach racjonalnie skonstruowanego systemu prawa⁵⁰.

⁴⁷ Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of contemporary legal nonpositivism., Berlin 2013, s. 302.

⁴⁸ A. Peczenik (red.) *On Law and Reason*, New York, 2008 s. 22.

⁴⁹ Zob. E. Bodenheimer, *Jurisprudence. The Philosophy and method of the Law*, Cambridge Mass. 1967, s. 323.

⁵⁰ Por. J. A. Regla, *La derogacion en pocas palabras*, ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO XI (1994) s. 407-418; s. 415-416; zob. też interesujące opracowanie R.C. Soler, *La Ineficacia de las Normas Juridicas en la Teoria Pura del Derecho*, Isonomia 27 (X 2007), s. 171 i n.

Sens istnienia *desuetudo* jest podobny co sens istnienia przedawnienia w prawie cywilnym i częściowo karnym. Chodzi o usunięcie pewnego rodzaju „stanu napięcia” wywołanego bądź niezaspokojeniem roszczenia bądź nie daniem posłuchu normie. Po upływie dłuższego czasu taki stan napięcia powinien być wyeliminowany. Stan bezprawny w pewnych wypadkach wymaga legalizacji wedle zasady *quieta non movere*⁵¹. Można zatem dopatrywać się pewnych analogii między *desuetudo* a przedawnieniem i wygaśnięciem pewnych roszczeń wraz z upływem terminów zawitych i być może zasiedzeniem.

Aleksander Peczenik podaje interesujący przykład praktyczny korygującego działania *desuetudo* zapobiegające nadużywaniu prawa, w tym prawa do powództwa. Załóżmy, że A produkuje kielbasy z pewnym potencjalnie groźnym dla zdrowia dodatkiem. B kielbasę kupuje. Funkcjonariusz publiczny oskarża B na podstawie r. 1 sec. 10 szwedzkiego Kodeksu Handlowego z 1734 roku. Kodeks ten pozwala na obciążenie grzywną i kupca i sprzedawcę dóbr nie poddanych kontroli *stadens vrakare*. – miejskiego kontrolera jakości towarów. Czy ten dawny przepis może być stosowany? Formalnie nadal obowiązuje, choć *stadens vrakare* już nie istnieje. Zapewne jego współczesnym funkcjonalnym odpowiednikiem jest jakiś urzędnik o podobnej roli w ramach nadzoru nad rynkiem itp. Zatem można próbować przepis ów zastosować. Czy jednak przepisy nie jest przestarzały (*obsolete*) zatem jest już tak dawnego pochodzenia, że sąd może go ignorować? Można pójść dalej i starać się wykazać że zaszło *desuetudo derogationis*, przepis stracił moc i musi być ignorowany przez stosującego prawo⁵².

Desuetudo to innymi słowy *consuetudo abrogationis*, które zaś stanowi rodzaj *consuetudo contra legem*. Można tu podać dwa przykłady takiego zjawiska dotyczące ważnych dziedzin praktyki prawa. W polskim porządku prawnym istniała norma zwyczajowa niezgodna z regulacjami prawa stanowionego co do eksmisji. Owa norma *contra legem*

⁵¹ Por. np. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo Cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001 s. 346 lub inne wydania tegoż podręcznika, rozdział o terminach zawitych i przedawnieniu oraz dawności.

⁵² A. Peczenik, *On Law...* s. 22.

zakazywała eksmisji jeżeli nie dostarczono lokalu zastępczego⁵³. W prawie francuskim można wskazać regułę prawa zwyczajowego co do skuteczności darowizny rękodajnej dokonanej bez zachowania formy szczególnej- aktu notarialnego, której w świetle przepisów KC francuskiego jest konieczne⁵⁴.

W "prostych" przypadkach *desuetudo* mamy do czynienia za "zapomnieniem" o jakiejś dawno wprowadzonej do porządku prawnego normie, normie która z dawien dawna nie była stosowana. Sam fakt niestosowania nie przesądza jeszcze o możliwości podnoszenia zaistnienia *desuetudo* ani o ustaniu kompetencji organów władzy do sankcjonowania naruszeń danej normy, gdy uznać trzeba w świetle przyjmowanych w danym momencie założeń, że przedmiotowa norma zachowuje taką czy inną aksjologiczną *ratio legis*⁵⁵.

Odpowiedź na pytanie czy ustała *ratio legis* danego unormowania nie jest łatwa, może znajdować uwarunkowanie w zmianie systemu ocen oraz w zmianach układów faktycznych albo układów prawnych. Po zmianach norma przestaje odgrywać rolę instrumentalną. Z. Ziemiński zwraca uwagę⁵⁶ że interesujących przykładów może tu dostarczyć 'faktyczne obumieranie' Kodeksu Handlowego w PRL a po upadku państwa realnego socjalizmu jego nagły renesans. Powołanie się na *desuetudo* może stanowić ważne a nawet w praktyce jedyne skuteczne narzędzie kontroli społecznej coraz to bardziej szczegółowego, kazuistycznego i sztywnego prawa stanowionego które bądź jest oczywiście szkodliwe bądź prędko staje się nieaktualne czy też jego stosowanie okazuje się niecelowe z różnych przyczyn⁵⁷.

⁵³ Por. A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 314.

⁵⁴ Zob. art. 931 francuskiego Kodeksu Cywilnego oraz M. Safjan w: *System Prawa Prywatnego t. I: Prawo cywilne : część ogólna*, red. M. Safjan; Z. Radwański, Warszawa, 2007, s. 189-190 (cytowane dalej jako SPP z podaniem tomu).

⁵⁵ Z. Ziemiński, *Desuetudo...* s. 5

⁵⁶ *Desuetudo*, s. 5-6

⁵⁷ Por. M. Safjan w: SPP t. I, s. 190 oraz tam cytowany J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, Paris, 1999, s. 258: „Le moment serait peut-être favorable à une révision de la position légaliste: depuis que la loi est devenue si largement technocratique, la désuétude est un des rares moyens qui restent au peuple pour la contrôler”. Dla ilustracji takiego stanowiska cytowana jest też często słynna wypowiedź Portalisa (głównego twórcy Kodeksu Napoleona) „Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eut peut-être dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert

Brak zastosowania normy może przybrać czy to formę *explicite* wyrażonej przez organ wyposażony w jurysdykcję odmowy stosowania przepisów albo też z braku potrzeby stosowania regulacji martwej i nie prowadzącej do rozwiązania żadnego realnego problemu. Doniosła w praktyce i będąca też ważnym sygnałem dla prawotwórcy jest odmowa stosowania prawa formalnie obowiązującego w orzecznictwie sądów. Może tu wystąpić a) odmowa wraz z jednoczesnym wykreowaniem czy wywiedzeniem innej normy, alternatywnej (sprzecznej) z normą prawa stanowionego b) odmowa „czysta”, gdzie w miejsce normy uchylonej przez *desuetudo* nie pojawia się inna⁵⁸. Z. Ziemiński zauważa, że w sytuacji, powszechnej współcześnie, inflacji przepisów, zwłaszcza masowego wprowadzania przepisów dyktowanych racjami bardzo doraźnymi, możemy, podobnie jak w PRL, zetknąć się z przerostem regulacji resortowych itp. co skutkuje takimi czy innymi akcjami "porządkowania prawa". Podczas takich akcji możemy się, tak jak w PRL, spotkać nie tylko ze stosowaniem zasad *lex posterior...* i *lex superior...* ale też deklarowaniem przez organy podobne do powoływanych *ad hoc* w PRL komisji, że dane przepisy nie obowiązują choć formalnie nie doczekały się uchylecia. Zatem można tu mówić o pewnym rodzaju stwierdzenia *desuetudo*⁵⁹.

Andrzej Stelmachowski postawił tezę, że kwestia *desuetudo* nie wiąże się z *sui generis* odmianą *consuetudo abrogationis*, lecz bardziej z zagadnieniem obowiązywania normy prawnej⁶⁰. Jednak zauważono⁶¹ że przynajmniej w odniesieniu do sytuacji gdzie dochodzi do intencjonalnej odmowy stosowania ustaw przez organy publiczne, zwłaszcza sądy, nie można się zgodzić ze stanowiskiem A. Stelmachowskiego. Innym zjawiskiem ma być bowiem brak pojawienia się realnego pola stosowania przepisu (brak desygnatów nazw odpowiadających tym użytym

indélibéré, de cette puissance invisible, par laquelle sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur et la législature contre lui-même?" (por. Portalis, Discours préliminaire au premier projet de Code civil, Paris, 1999, s. 26).

⁵⁸ Podział za M. Safjanem [w:] SPP t. 1 s. 190

⁵⁹ *Desuetudo*, s. 6

⁶⁰ Por. tegoż Zarys... , s. 315

⁶¹ M. Safjan [w:] SPP t. 1 s. 190-191

w hipotezie danej normy mającej być zastosowaną) a innym ocena norm prawa obowiązującego przyjęta w długotrwałej praktyce organów publicznych, której skutkiem jest takie ukształtowanie sytuacji prawnej podmiotów odmiennie niż wynikałoby to ze stosowania danej normy prawa stanowionego. Zasadna jest moim zdaniem teza pośrednia: norma może obowiązywać, lecz pozostawać nieefektywna, z różnych powodów, w tym ze względu na brak pola stosowania przepisu, i w związku z tą nieefektywnością, trwającą odpowiednio długo, ulec *desuetudo*.

Formalistyczne i ściśle pozytywistyczne podejście do prawa odrzuca koncepcję *desuetudo* w całości, traktując ją analogicznie do postulatu by prawa logiki były "uchylane" przez ciągłe błędy logiczne konkretnych ludzi. Zasadna jest jednak teza, że czysto formalna i rygorystyczna wykładnia artykułów ustaw zasadniczych formułujących katalogi źródeł prawa w ramach danego porządku prawnego pozbawiająca zwyczaj jakiegokolwiek relewancji jako źródła prawa przeczy rzeczywistości prawnej, gdzie zwyczaj praktycznie zawsze znajduje swoje miejsce i to w szerszym zakresie niż może to wynikać jedynie z analizy odesłań zawartych poszczególnych przepisach ustawy.

Sama nieefektywność normy nie prowadzi do jej eliminacji z porządku prawa obowiązującego, nie pozbawia jej mocy obowiązującej. W ramach porządku prawnego, który jako całość jest efektywny mogą pojawiać się izolowane normy które są ważne ale nieefektywne jednocześnie - nie są ani przestrzegane ani stosowane, nawet gdy realizuje się ich dyspozycja i spełnione są inne warunki ich zastosowania. Zdaniem Kelsena i w takim wypadku występuje powiązanie między skutecznością a ważnością. Jeżeli norma pozostaje permanentnie nieefektywna, to traci ważność właśnie przez *desuetudo*. *Desuetudo* określa Kelsen jako negatywny efekt prawny zwyczaju. Normę może uchylić zwyczaj przeciwny, podobnie jak norma może dzięki zwyczajowi powstać. *Desuetudo* uchyla normę przez stworzenie innej, o cechach podobnych do przepisów statuujących utratę mocy innych przepisów. Wedle opinii Kelsena szeroko rozważana kwestia czy ustawa może być również uchylana przez *desuetudo* jest w istocie pytaniem czy zwyczaj jako źródło prawa może być w ramach danego systemu prawnego wykluczony przez prawo stanowione. Kelsen dawał odpowiedź negatywną, przyjmował że każda norma

prawna, w tym ustawowa, może utracić moc za sprawą *desuetudo*⁶². Jednak w takim przypadku byłoby jego zdaniem błędem identyfikowanie ważności i skuteczności normy. Norma uchylona przez *desuetudo* była wiążąca, była ważna przez pewien, zwykle długi, czas, jednak nie była efektywna. Unieważnia ją jedynie przewlekła nieefektywność⁶³. Kelsen proponował zatem następujący stosunek ważności i skuteczność: norma jest ważna jeżeli a) powstała w drodze uznawanej przez porządek prawny do którego należy, b) jeżeli nie była anulowana bądź w sposób przewidziany przez tenże porządek prawny lub przez *desuetudo* albo przez fakt utraty mocy wiążącej przez cały porządek normatywny do którego należała⁶⁴.

Jednak ze względów gwarancyjnych nie można postawić źródeł prawa stanowionego, zwłaszcza ustawy zasadniczej, na równi z alternatywnymi źródłami prawa, w tym zwyczajem. Pozwoliłoby to na wywodzenie, że i prawa gwarantowane konstytucyjne, prawa fundamentalne mogą być uchylane czy zmieniane przez trwałą, ustaloną praktykę władz. Norma prawa zwyczajowego nie byłaby też najprawdopodobniej objęta kontrolą co do jej zgodności z konstytucją czy innym rodzajem prawa najwyższego w danym systemie. Eliminacja przepisów dokonywałaby się wobec tego bądź przez powstanie *consuetudo contra legem* zawierającego jakąś treść materialnoprawną bądź przez *desuetudo*⁶⁵.

Desuetudo różni się od normy derogującej prawa stanowionego tym że w jego wypadku brakuje aktu zmiany woli prawodawczej, woli normatywnej⁶⁶. Pojawienie się *desuetudo* nie jest efektem woli prawodawcy, chociaż może być efektem woli państwa, jego organów prawo

⁶² Podobnie jak Julian w D.1.3.32.1: (...) *leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*.

⁶³ Jest to pojęcie zbliżone do *inveterata consuetudo* w połączeniu z *tacitus consensus omnium* z D.1.3.32.1.

⁶⁴ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Birmingham, Ala. 1990, s. 119-120; por. też Kelsena *Pure Theory of Law* transl. M. Knight, (przekład drugiego wydania niemieckiego, zmienionego i poszerzonego, Vienna, Verlag Franz Deuticke, 1960), University of California Press, Berkeley, Los Angeles, London 1978, s. 211-213.

⁶⁵ Por. M. Safjan [w:] SPP t. 1 s. 193.

⁶⁶ Zdaje się że takiego rozróżnienia nie wprowadza D. 1.3.32.1: (...) *Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?* (...). Zatem wola prawodawcy wyraża się zarówno *suffragio* jak i *rebus ipsis et factis*.

stosujących (w tym sądowych). *Desuetudo* skutkuje tym, że norma „przestarzała” czy niepotrzebna nie powinna być stosowana w żadnej sprawie. Inną kwestią jest moment i warunki zajścia takiego uchylenia prawa.

Próby wiązania *desuetudo* z nieposłuszeństwem prawu jako takim nie są trafne. *Desuetudo* jest zjawiskiem które można dobrze zintegrować z całokształtem systemu prawa obowiązującego w ramach danej jurysdykcji. Nieposłuszeństwo prawu oznacza, że prawo to obowiązuje, lecz dany podmiot nie realizuje dyspozycji normy, co do zasady zdając sobie z tego sprawę. Z. Ziemiński zwraca zasadnie uwagę, że jeżeli mamy do czynienia z odrzuceniem reguł walidacyjnych przypisujących danym faktom charakter prawotwórczy albo kwestionuje się, że fakty prawotwórcze rzeczywiście zaszyły, jeżeli zdecydowanie odrzuca się przyjmowane reguły wykładni lub przyjmowane w toku egzegezy przesłanki, to nie można mówić o stosowaniu *desuetudo*, lecz o zakwestionowaniu samego charakteru danej normy jako normy wchodzącej w skład danego systemu prawa⁶⁷.

Jeśli nie kwestionuje się formalnych podstaw obowiązywania normy to wtedy trzeba wykazać jej. tak czy inaczej pojętą „nieaktualność”, choć trzeba przyznać że pojęcie „nieaktualności” czy „nieodpowiedniości” normy odnośnie zmienionej sytuacji nie doczekała się bliższego określenia w literaturze⁶⁸. „Nieaktualność” można próbować udowadniać przez wskazywanie, że wobec zmienionych stosunków faktycznych norma w pełni utraciła instrumentalne uzasadnienie aksjologiczne, bowiem stała się nieużyteczna jako środek do osiągnięcia wyznaczonego przez prawodawcę celu czy też okazało się po pewnym czasie od jej uchwalenia że jest nieekonomiczna albo że jej realizacja zagraża celom aktualnie deklarowanym przez prawodawcę jako priorytetowe. Jednak czy w ostatnim wypadku nie mielibyśmy do czynienia ze stosowaniem reguły *lex posterior*... ? Zbigniew Ziemiński podnosi, że granica między *desuetudo* a powołaniem się na reguły kolizyjne jest płynna i to nader płynna⁶⁹. W wielu wypadkach część przepisów danego aktu prawnego może ulec

⁶⁷ *Desuetudo*, s. 7-8.

⁶⁸ *Desuetudo*... s. 8 oraz A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, s. 7-8.

⁶⁹ *Desuetudo*.. s. 8.

uchyleniu ze względu na reguły kolizyjne, zaś część zaś na mocy *desuetudo*.

3. Podsumowanie

Mówiąc o *desuetudo* mamy do czynienia ze sporem w doktrynie dotyczącym tego, czy o uchyleniu prawa w taki sposób decyduje zwyczaj obywateli czy organów państwa. Za decydującym wpływem zachowań obywateli opowiadali się Św. Tomasz z Akwinu, Francisco Suarez⁷⁰ i Hans Kelsen. Współcześni pozytywiści, o ile akceptują istnienie *desuetudo* w danym systemie prawa, stoją na stanowisku że warunkiem koniecznym i wystarczającym dla wystąpienia *desuetudo* jest zaniechanie stosowania danego aktu prawa stanowionego przez organy państwa. Jednak praktyka społeczna w znaczący sposób wpływa na zachowania stosujących prawo, ponadto funkcjonariusze sami są obywatelami⁷¹. Zdaniem J.B. Murphy`ego⁷² choć nie wszystkie jurysdykcje uznają formalnie istnienie *desuetudo*, to jednak wszystkie doświadczają go w praktyce.

Przyjęcie tezy, że obowiązujące formalnie reguły prawa niestosowane przez kompetentne podmioty tracą moc stwarza liczne problemy teoretyczne. Stosowanie tej tezy w praktyce może być trudne, ponieważ trzeba zdecydować kiedy rzeczywiście zachodzi *desuetudo*. Podmiot który ma to stwierdzić - zwykle sąd - musi dać odpowiedź na kilka pytań: praktyka jakich podmiotów czy organów państwa jest relewantna? jak

⁷⁰ De Legibus 7, 18.2: (...) **regula certa est legem humanam sive canonicam sive civilem posse consuetudinem abrogari. In hoc omnes doctores conveniunt;** (...). *Et quantum ad jus canonicum, habetur expresse in dicto capite ultimo de Consuetudinibus; praeter alia quae generatim docent, antiquam consuetudinem esse servandam quae capite praecedenti citavi. Item in jure civili est expressa De quibus ff. de Legibus in fine dicens: Rectissime receptum est ut leges non solum suffragio legislatoris sed etiam tactito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. (...) Ratione autem probanda est haec assertio, eo modo quo similem in capite praecedenti probavimus, quia ad hunc effectum non deest potestas in populo, si convenienter explicetur, et voluntas per ipsam consuetudinem sufficienter ostenditur: ergo nihil deest quominus per consuetudinem talis effectus fiat.*

⁷¹ W ten sposób, choć przyznając że zwyczaj ludności może być wystarczający do wystąpienia *desuetudo*, J.B. Murphy, *The Philosophy of Customary Law*, Oxford 2014, s. 124 z powołaniem się na rozmowy z Matthew Kramerem

⁷² Tamże.

długo ma trwać? jakiego rodzaju spraw ma dotyczyć? Jakie są wcześniejsze akty stosowania prawa w analogicznych sprawach w których kompetentny podmiot pominął normę co do której zachodzi możliwość wystąpienia *desuetudo*?⁷³.

Jaki może być wpływ założeń ideologicznych czy politycznych na debatę na temat dopuszczalności *desuetudo* w danym porządku prawnym? W systemach służących budowaniu ustrojów opartych na ideologii nie ma miejsca na *desuetudo* praw pochodzących od władzy realizującej wskazania ideologiczne, bowiem takie prawo nigdy nie może być odrzucone przez podmioty tej władzy podległe. Jest to bowiem *implicite* prawo zawsze dobre i potrzebne, zawsze służące budowie "stanu idealnego". Jedynym kto może je uchylać jest władza, ona bowiem wie kiedy prawo już przestało być potrzebne. Obywatel czy sąd jeżeli próbuje powołać się na *desuetudo* co do prawa-narzędzia ideologii to nie rozumie sensu tego prawa, nie rozumie że to prawo istnieje dla jego dobra (oczywiście w rozumieniu zwolenników poglądów które prawo owo wspiera). *Desuetudo* w takim wypadku może istnieć o tyle, o ile odpowiada ideologii, o ile znajduje swe miejsce w jej tezach lub znajdzie jakiś wyraz w prawie pozytywnym. Dopuszczalne a nawet pożądane będzie *desuetudo* norm "dawnego porządku" norm "reakcyjnych" czy "opresyjnych" o których nowy prawodawca np. zapomniał czy nie wiedział, *desuetudo* kierujące się poczuciem sprawiedliwości modelowego człowieka ideologii (np. tzw. socjalistyczne poczucie sprawiedliwości, sprawiedliwość rewolucyjna itp.). Charakterystyczna jest następująca wypowiedź⁷⁴:

„(...) tendencją socjalistycznego porządku prawnego jest jak najdalej posunięte ograniczenie terenu prawa zwyczajowego, a nawet zupełne jego wyparcie. Wyrażne powołanie się w KC na normy prawa zwyczajowego stwarzałoby natomiast klimat przychylny dla powstawania lub utrzymywania się tego rodzaju norm”.

Oczywiście prawo zwyczajowe o którym pisał S. Grzybowski miało być wyparte bo nie było to prawo socjalistyczne, nie mieściło się w ramach budowania nowego porządku, pozostawało poza kontrolą arbitralnego ustawodawcy. Tego rodzaju prawo zwyczajowe i zwyczaj miały

⁷³ Por. J. Wroblewski, *The Judicial Application of Law*, New York, 1992, s. 79.

⁷⁴ S. Grzybowski, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. I, Wrocław 1981, s. 62.

być wyrugowane przez wychowanie, indoktrynację itd. Sądzę że nie wykluczano jednak powstania nowego prawa zwyczajowego wspierającego ustawodawcę, zgodnego ze wskazaniami ideologii lub wypełnienia ram starego prawa nowymi treściami.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na to że zwyczaj uznawano w średniowieczu i epoce przedoświeceniowej nie za rodzaj obyczaju ludu czy archaicznego nawyku, ale za wyraz prawa naturalnego czy *naturalis ratio*. Tak rzecz się miała i we Francji i wśród prawników Common Law⁷⁵. Zwyczaje pochodziły z *ius naturale*⁷⁶, natomiast prawodawcy czasów rewolucji francuskiej stali na stanowisku, że te zwyczaje to nie wyraz naturalnej wolności lecz ekspresja i narzędzie władzy pana feudalnego oraz zbiór praw, których przestrzeganie wymuszał na swych wasalach⁷⁷. Prawnicy tradycji rewolucyjno-oświeceniowej mieli własne, nowe i oderwane od dotychczasowych, koncepcje uniwersalistyczne dotyczące pojęć wolności i równości stojące naprzeciw partykularnych "wolności" regulowanych przez *le droit coutumier*. Rok 1789 prowadził do zniszczenia całej struktury prawa zwyczajowego i zastąpienia go systemem totalnej regulacji kodeksowej⁷⁸. Wobec omnipotencji prawa pozytywnego *desuetudo* byłoby niebezpieczną możliwością powrotu do niepożądanego stanu, który zniosły rewolucyjne przemiany.

Kończąc wywód warto zwrócić uwagę na aspekt socjologiczny, a to na kwestię poznania danej normy przez podmioty których ona dotyczy, bowiem *desuetudo* może być też wywołane nikłym poziomem poznania normy w kręgach jej adresatów, wobec czego dojdzie do stosowania normy jedynie w sporadycznych przypadkach bądź wcale.

⁷⁵ Zob. o zwyczaju jako formie prawa wyższego np. A. Bryk, *The Origins of Constitutional Government*, Kraków 1999, *passim*, a zwłaszcza s. 53 i n. 113 i n. oraz 171 i n.

⁷⁶ Por. N. Bohier, *Consuetudines Bituricenses* f. 1 (Paris 1543) omówienie zwyczaju (*coutume*) Bourges.

⁷⁷ Rene de la Bigotiere, *avertissement*, *Commentaires sur La Coutume de Bretagne* (A Rennes: Chez la veuve de Pierre Garnier, 1702) za: D.R. Kelley, *Lord Deliver Us from Justice*, *Yale Journal of Law & the Humanities*: Vol. 5: Iss. 1, Article 9. (1993) <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol5/iss1/9>, s. 164, dostęp: 20.07. 2014.

⁷⁸ Por. D.R. Kelley, *Historian and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton 1984 oraz D.R. Kelley, *Lord...*; por. też wyżej cytowana wypowiedź Portalisa o uchylaniu prawa.

Zasadniczym warunkiem motywacyjnego działania, efektywności, nie zaś tylko formalnego obowiązywania, normy prawnej jest to by adresat daną normę znał. Wtedy może on dokonać wyboru określonego postępowania, zdaje sobie sprawę z tego, że obowiązek stosowania się do dyspozycji normy ma charakter prawny a nie np. zwyczajowy, religijny itp. Proces zachodzący między twórcą normy a adresatem można postrzegać jako proces oddziaływania na postawy, oceny i postępowanie adresatów przez przekazywanie informacji normatywnej. Skuteczność informacji o normie zależy od wielu cech jej odbiorców, a to od ich konformizmu w ramach grupy, różnic indywidualnych jeżeli chodzi o podatność na perswazję, predyspozycje motywacyjne, ważny jest też problem czasu trwania skutków informacji. Pojawia się też zasadniczy problem rozumienia tekstu prawa. jego wykładni przez adresatów, zwłaszcza nieprawników⁷⁹.

Nie można mieć zupełnej pewności, że treść normy dotarła do adresata czy to pośrednio czy bezpośrednio. Działanie informacyjne sprowadza się w znacznej mierze do kwestii komunikatywności normy - stopnia jasności i precyzji w jej sformułowaniu, sposób jej publikacji i rozpowszechniania, również wyrobienia i poziomu intelektualnego odbiorcy komunikatu o normie oraz jego zdolności przyswajania sobie nowych wzorców postępowania⁸⁰. Można postawić tezę, że dana norma będzie uchylona przez *desuetudo*, bo nie zdołała „przedostać się” do świadomości prawnej, okazała się nieadekwatna czy nieoperatywna, zatem rzeczywistość społeczna samodzielnie skorygowała stan prawny, eliminując normę nieużyteczną. Widać tu korekcyjną i pożądaną funkcję instytucji *desuetudo* we współczesnych porządkach prawnych cierpiących na inflację różnorodnych przepisów.

Desuetudo in Roman and Continental Legal Tradition

⁷⁹ M. Borucka-Arctowa, *O społecznym działaniu prawa*, Warszawa 1967, s. 97 i n.; Zob. o rozumieniu tekstu prawnego przez nieprawników badania J. Wróblewskiego, *Zagadnienie jednolitości i pewności rozumienia tekstów prawnych*, PiP 1966, nr 3, s. 539 i n.

⁸⁰ M. Borucka-Arctowa, *O społecznym...* s. 108 i n.

Desuetudo, meaning a state of disuse or weaning, in Roman law was a long-term non-application of a law, which led to falling into oblivion, making it lose its power. D. 1.3.32.1 states that the laws were repealed not only due to the intention of the legislature but also by tacit consent of "everybody". Desuetude in Rome was frequent, it was a component of the Roman customary law. It was also accepted by *ius commune* jurisprudence. Today desuetude is understood as nullification of formally not repealed regulation due to lack of its application for a long period of time. Strictly positivist opinion rejects desuetude. However, the highly formal and rigorous interpretation of constitutional enumerations of sources of law making custom irrelevant contradicts reality. Plain inefficiency of the norm does cause its elimination. Desuetude differs from the derogatory legislation by lack of declared legislator's will. It is not synonymous with disobedience to the law. There is a dispute over whether to revoke the law by desuetude behavior of citizens or state authorities is decisive. Desuetude can also be caused by a faint level of knowledge about norm by the addressees. Such norm will be tacitly repealed due to being inoperative. Then the social reality corrects law.