

Rozważania nad prawem i zwyczajem w systemie prawa kontynentalnego

Remarks on the law and custom in the civil law system

Размышления о праве и правовом обычае в континентальной правовой системе

Розгляд права та звичаїв у системі континентального права

DOMINIK DAMIAN MIELEWCZYK

Mgr, Uniwersytet Gdański

e-mail: dominik.mielewczyk@phdstud.ug.edu.pl, <https://orcid.org/0000-0001-8887-2249>

Streszczenie: Artykuł podejmuje temat zakresów pojęciowych zwyczaju oraz prawa, w tym prawa zwyczajowego i tzw. miękkiego prawa, a także ich holistycznego ujęcia w ramach funkcjonowania państwa w systemie *civil law*. Rozważania poświęcono nie tylko teorii i filozofii prawa, lecz także dorobkowi nauk socjologicznych. Autor poszukuje uniwersalistycznego ujęcia wynikających z analizy zjawisk, które wiążą się z zajmowaniem przez badaczy rozbieżnych stanowisk w literaturze przedmiotu. Wykazuje, że ich systemowe znaczenie i definicja są wynikiem istnienia i rozpoznawania przez system prawny określonych faktów prawotwórczych oraz wprowadzenia spójnej regulacji dostosowanej do współczesnych wymagań. W interesie ustrojodawcy leży bowiem powinność odpowiedniej walidacji norm prawnych pozwalająca utrzymać spójność porządku prawnego, w tym określenia zamkniętego katalogu źródeł prawa. Niniejsza praca dostarcza niezbędnych wniosków i spostrzeżeń systemowych, stanowiących postulaty dla przyszłej regulacji ustrojowej.

Słowa kluczowe: zwyczaj, prawo zwyczajowe, normy społeczne, fakty prawotwórcze, miękkie prawo, walidacja norm prawnych, uniwersalistyczne ujęcie, teoria prawa, filozofia prawa, nauki socjologiczne

Summary: The Article discusses the conceptual scopes of custom and law, including customary law and soft law, as well as their holistic approach to the functioning of the state in the civil law system. The work has been focused not only on the theory and philosophy of law, but also on the achievements of sociological sciences. The Author is looking for an universalistic approach to the phenomena in question resulting from the analysis, which are characterized by researchers taking divergent positions in the literature on the following subject. It shows that their systematic meaning and definition result from the existence and recognition by the legal system of certain law-making facts and the existence of a coherent regulation adapted to modern needs. It is the essential role and interest of the legislator to properly validate legal norms allowing for the coherence of the legal order, including the definition of a closed catalogue of the sources of law. The following work provides the necessary conclusions and systemic insights, which constitute the postulates for the future regulatory structure.

Key words: custom, customary law, social norms, law-making facts, soft law, validation of legal norms, universal approach, theory of law, philosophy of law, sociological sciences

Резюме: В статье рассматриваются концептуальные сферы действия закона и правового обычая, а также холистический подход к ним в рамках функционирования государства. Рассуждения посвящены не только теории и философии права, но и достижениям социологических наук. Автор ищет универсалистский подход к вытекающим из анализа явлениям, которые связаны с занятием несовпадающих позиций исследователями в литературе по данной теме. Он показывает, что их системное значение и определение являются результатом существования и признания правовой системой определенных правотворческих фактов, а также наличия когерентного регулирования, приспособленного к современным требованиям. Таким образом, в интересах законодателя находится надлежащая валидация правовых норм, позволяющая сохранить когерентность правового порядка, включая определение закрытого каталога источников

права, а также обеспечение необходимых выводов, представляющих собой постулаты для будущего системного регулирования.

Ключевые слова: правовой обычай, обычное право, социальные нормы, правотворческие факты, мягкое право, валидация правовых норм, универсалистский подход, теория права, философия права, социологические науки

Резюме: У статті розглядаються концептуальні обсяги звичаю та права, зокрема загального права та так званого м'якого права, а також їх цілісний підхід до функціонування держави в системі цивільного права. Стаття присвячена не лише теорії та філософії права, а й досягненням соціологічних наук. Автор шукає універсалистський підхід до явищ, які випливають із аналізу явищ, пов'язаних із розбіжними позиціями дослідників у літературі з цього питання. Показано, що їх системне значення та визначення є результатом існування та визнання правовою системою певних правотворчих фактів та існування цілісного нормативного акту, адаптованого до сучасних вимог. В інтересах законодавця, щоб правові норми були належним чином підтверджені для підтримки узгодженості правового порядку, включаючи визначення закритого каталогу джерел права. Ця робота подає необхідні висновки та системні уявлення, які становлять постулати для майбутнього системного регулювання.

Ключові слова: звичай, звичаєве право, соціальні норми, правотворчі факти, м'яке право, валидація правових норм, універсалистський підхід, теорія права, філософія права, соціологічні науки

Wstęp

We współczesnych systemach prawa kontynentalnego relacje pomiędzy prawem i zwyczajem przybierają złożony charakter, z kolei tradycyjne ujęcie prawa zastosowane przez normodawcę wydaje się nie być wystarczające z perspektywy zmieniających się warunków społecznych oraz możliwości istnienia specyficznych konstrukcji prawnych. Zaistniała sytuacja stanowi wynik historycznego ukształtowania, nieustannej ewolucji myśli prawnej, a także oddziaływania i przenikania się poszczególnych kręgów kulturowych, w tym obecności zjawiska globalizacji oraz konwergencji różnorodnych porządków prawnych. W niniejszej pracy została przyjęta teza, zgodnie z którą na gruncie prawa krajowego rola i doniosłość prawa zwyczajowego, a także miękkiego prawa, które to stanowią wyłącznie wyraz uznania danych faktów za prawotwórcze, powinny zostać odpowiednio uregulowane na poziomie systemowym. Podobne stanowisko należy odnieść do zwyczajów, względem których prawna doniosłość uzależniona jest jedynie od wprowadzonych przez prawodawcę odesłań pozasystemowych. Powyższe zostały więc sprzężone ze wskazanym unormowaniem ustrojowym w sposób immanentny, gdyż posiadają względem niego wtórny, pochodny charakter. W związku z czym na ustrojodawcy ciąży obowiązek zajęcia zdecydowanego stanowiska i dostosowania koncepcji obowiązywania norm prawnych do zachodzących w systemach zmian społecznych.

Punkt wyjścia dla rozważań stanowi fakt, że pomimo szerokiego ujęcia przez literaturę prawniczą występujących na omawianym gruncie zagadnień, istnieje widoczny brak holistycznego, czy też bardziej kompleksowego omówienia tej problematyki. Próba zaradzenia temu brakowi wpisuje się w cel niniejszej pracy, niemniej ciężar analizy nie zostanie przeniesiony na konkretne uwarunkowania i rozwiązania przyjęte w poszczególnych państwach. Uwaga będzie skupiona na wspomnianych zagadnieniach m.in. przez pryzmat teorii i filozofii prawa. Dzięki takiemu podejściu możliwe stanie się uniwersalistyczne spojrzenie na powiązania i wzajemne oddziaływania norm społecznych. W ramach poniższego wywodu niezbędne będzie także podjęcie rozważań nad problematyką definicyjną poszczególnych pojęć, kwestii walidacji norm oraz zarysu zbliżonych do prawa zwyczajowego konstrukcji, w tym w szczególności tzw. *soft law*. Poza zakresem pracy pozostawione zostały regulacje o charakterze ponadpaństwowym oraz kultura prawna *common law*.

1. Prawo i porządek norm społecznych

Na potrzeby niniejszej pracy pojęcie prawa zostanie zdefiniowane, po pierwsze, jako wytworzone w danym miejscu i czasie zjawisko kulturowe, a więc fakt społeczny, który powstał celem ochrony i realizacji określonych wartości. Przy czym źródło ich pochodzenia oraz uzasadnienie posiadają pierwszorzędne znaczenie dla wywodu. Każda społeczność funkcjonuje w ramach określonej kultury, będącej ponadjednostkowym wytworem myśli ludzkiej. Patrząc przez pryzmat socjologicznej analizy oraz aksjologii, wszystkie społeczeństwa zbudowane zostały w oparciu o pewien podstawowy katalog wspólnych dla danej zbiorowości wartości, które stanowią fundament nierozzerwalnie związanego z kulturą prawa¹. Pojęcie wartości powinno być interpretowane szeroko, jako „każdy fakt posiadający treść empiryczną dostępną członkom grupy społecznej i znaczenie, ze względu na które jest on lub może stać się przedmiotem potencjalnych działań ludzkich”².

Po drugie, w ujęciu normatywnym prawo należy rozumieć jako zbiór norm prawnych regulujących sposób postępowania w danych okolicznościach³, które co

¹ Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, s. 24 i nast.

² F. Znaniecki, W. Thomas, *Chłop polski w Europie i Ameryce*, Warszawa 1977, s. 54.

³ Z. Muras, *Podstawy prawa*, Warszawa 2019, s. 4 i nast.

do zasady zostały zabezpieczone przymusem⁴ przez aparat państwowy⁵. Z punktu widzenia systemowego prawo tworzy uporządkowany i spójny zbiór norm prawnych, oparty na jednolitym fundamencie aksjologicznym, właściwym dla danego państwa⁶. W ramach kultury *civil law* normy prawne będą rekonstruowane, w szczególności z przepisów prawnych zawartych w aktach normatywnych. Postępowanie człowieka w społeczeństwie reguluje wiele czynników, stąd też definicja prawa powinna posiadać wpisany w nią cel. Przy czym nie może być to cel nazbyt ogólny, gdyż okaże się bezwartościowy dla dostatecznego odróżnienia prawa od innych form aktywności ludzkiej. Nie może być też zbyt wąski, jako że powinien „charakteryzować prawo w każdym z jego przejawów, czyli pełnić rolę koniecznego składnika pojęcia prawa”. W przeciwnym razie definicja będzie obejmować także inne zbiory norm, które nie tworzą prawa⁷.

Zdaniem G. Jellinka prawo jako rezultat historii charakteryzuje się zmiennością w zależności od warunków, które są „konieczne dla egzystencji oraz rozwoju danego społeczeństwa”. Celem każdej normy prawnej zawsze jest ochrona pewnego dobra, bez względu na przyjęte środki i wartości, jaką dana norma prawna reprezentuje. Istotą takiego makiawelicznego ujęcia jest utrzymanie przez władzę panującą „wartościowego” jej zdaniem stanu społecznego i to niezależnie od rzeczywistego oparcia norm prawnych na pozostałych normach społecznych. W proponowanym ujęciu prawo „nie jest niczym innym, jak etycznym minimum”⁸. Z poglądem tym nie zgodził się A. Walicki⁹, uważając, że w swej istocie kłóci się on z filozofią pozyty-

⁴ G. Jellinek, *Ogólna nauka o państwie* Księgi 2–3, przeł. M. Balsigierowa, M. Przedborski, Warszawa 1924, s. 176 i nast.; J. Niesiołowski, *Leges imperfectae w prawie*, Gdańskie Studia Prawnicze 2017, t. 37, s. 593 i nast. In abstracto należy dopuścić możliwość istnienia wyjątków w postaci *lex imperfecta*, a więc norm prawnych pozbawionych sankcji (niezwiązanych z normą sankcjonującą).

⁵ Z. Ziemiński, S. Wronkowska, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 44 i nast., a także Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, wyd. 4, Warszawa–Poznań 1978, s. 61 i nast. Słusznie Z. Ziemiński zauważa, że brak istnienia sankcji prawnej za naruszenie normy nie oznacza, że jednostka nie poniesie jakiegokolwiek odpowiedzialności, np. o charakterze politycznym czy obyczajowym; por. wyroki TK: z dnia 12 stycznia 1999 r., P 2/98, OTK ZU 1999, z. 1, poz. 2; z dnia 18 kwietnia 2000 r., K 23/99, OTK ZU 2000, z. 3, poz. 89; z dnia 30 listopada 2004 r., SK 31/04, OTK ZU 2004, z. 10A, poz. 110, a także z dnia 12 marca 2014 r., P 27/13, OTK ZU 2014, z. 3A, poz. 30.

⁶ L. Leszczyński, *System prawa w ujęciu teoretycznoprawnym*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G 2017, t. 64, nr 1, s. 23 i nast.

⁷ D. von der Pfordten, *Czym jest Prawo? Cele i środki*, tłum. M. Klinowski, Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej 2010, nr 1, s. 12 i nast. Polemika z poglądami H.L.A. Harta na przykładzie „Madame X”.

⁸ J. Kostrubiec, *Georg Jellinek – klasyk niemieckiej nauki o państwie (w 95. rocznicę śmierci)*, Lublin 2006, s. 47 i nast.

⁹ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000; zob. także A. Bator, *Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensusu*, w: *Ponowoczesność. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. M. Błachuta, Wrocław 2007, s. 49. W ujęciu pozytywistycznym wprowadzenie do systemu normy

wizmu¹⁰, która wyraźnie oddziela prawo od moralności¹¹. Krytycznie wypowiedział się także A. Kość, uważając, że wymagania etyczne są wymaganiami moralności, a nie legalności¹². Dla przykładu należy wykluczyć służebną rolę prawa względem etyki systemów religijnych, a także wymuszenie „wartości i przekonań religijnych za pomocą sankcji prawnych”¹³. Fakt ustanowienia norm prawnych przez autorytet tetyczny¹⁴ wspomaga utrzymanie określonego stanu społecznego, a w roli ustawodawcy leży odpowiednie dostosowanie ich do pozostałych norm społecznych i występujących na danym obszarze geograficznym warunków.

W tak kształtującej się i odznaczającej się znaczną rozpiętością definicji prawa należy wyróżnić zasadnicze elementy charakteryzujące w postaci:

- 1) Normy prawnej rozumianej jako reguły pożądanego zachowania, a więc wzoru postępowania jednostki społecznej względem pozostałych podmiotów¹⁵. Powstaje ona w wyniku utworzenia przez uprawnione organy państwowe bądź usankcjonowania obcej normy prawnej, która przyjmowana jest do systemu jak

prawnej powoduje jej „oderwanie” względem innych norm społecznych. W naukach prawnych zjawisko to określono mianem autonomii prawa. Norma prawna ujęta jako byt niezależny od innych porządków normatywnych, w szczególności moralności i polityki.

¹⁰ Zob. M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 212 i nast. Rola tekstualizmu, a więc stosowania wykładni na podstawie samej kompetencji językowej, „stanowi barierę dla przenikania do prawa takich czynników, jak intencje polityczne, moralne, preferencje interpretatora czy względy utylitarystyczne. Powstanie tej bariery jest wynikiem oparcia procesu interpretacji na języku reguły i swoistym zakazie sięgania poza nią w celu modyfikacji [...], nawet jeśli osiągnięty rezultat nie jest optymalny w świetle innych porządków normatywnych”. Wyrażone tu stanowisko posiuguje się derywacyjną koncepcją wykładni oraz stosowaniem metody teleologicznej. Wykładnia prawa oparta na tekstualistycznej wizji interpretacji ogranicza możliwości sięgania „po zmienne o charakterze pozatekstowym”; zob. O. Bogucki, *Nielingwistyczna koncepcja normy a zagadnienia wykładni prawa*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2007, t. 69, nr 3, s. 111 i nast. W związku z powyższym odesłanie zewnętrzne w celu wprowadzenia normy prawnej do kontekstu społecznego może być dopuszczalne tylko w przypadku odesłania zakodowanego przez prawodawcę np. w postaci klauzul generalnych czy zwrotów niedookreślonych; por. A. Kotowski, *Ujęcia interpretacji celowościowej w teorii prawa*, Prokuratura i Prawo 2017, nr 11, s. 137 i nast.

¹¹ A. Walicki, *Filozofia prawa rosyjskiego liberalizmu*, Warszawa 1995, s. 212.

¹² A. Kość, *Relacja prawa i moralności we współczesnej filozofii prawa*, Roczniki Nauk Prawnych 2001, t. 11, z. 1, s. 29 i nast. Systemy religijne zawierają wskazówki i wymogi etycznego postępowania w życiu społecznym. Kreują własne porządki norm religijnych, które istnieją jednocześnie z porządkiem norm prawnych.

¹³ A. Kość, *Relacja...*, s. 29 i nast. Wprost twierdzi, że takie wymuszenie „jest rzeczą niemożliwą”, przy czym stanowisko to wywiedzione zostało z europejskiego dorobku prawnego. Formułuje zatem postulat niemożliwości wystąpienia, przy uwzględnieniu pewnych standardów, jakie powinno spełniać prawo dla społeczeństwa.

¹⁴ Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 80 i nast.

¹⁵ L. Petrażycki, *Wstęp do nauki prawa i moralności*, Warszawa 1959, s. 14 i nast.; J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 64 i nast.

własna, bądź uznania normy innej niż prawna¹⁶. W tym ostatnim przypadku usankcjonowanie normy powoduje uznanie za obowiązującą w świetle prawa *ergo* nadanie mocy prawnej tejże normie. Dotyczy więc istnienia systemowych rozwiązań umożliwiających przyznanie określonym czynnościom konwencjonalnym charakteru praktyki prawotwórczej. Zjawisko to powoduje zmianę jakościową sankcjonowanej normy i utworzenie prawa niepisanego (łac. *ius non scriptum*¹⁷), na mocy czego pozaprawna norma społeczna zostaje implementowana do systemu prawnego. W rozwiniętych systemach kontynentalnych prawo powstaje niemal wyłącznie w drodze stanowienia norm. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest wszechstronny wpływ pozytywistycznej myśli prawnej na kształt tychże systemów prawnych, w których to *ius civile* odgrywa fundamentalną rolę w tworzeniu prawa.

- 2) Normy prawnej pozostającej w nierozdzielalnym stosunku z danym państwem, a więc polityczno-społeczną formą organizacji, która stanowi uosobienie władzy i właśnie z tego tytułu uzyskuje legitymację do ustanawiania norm prawnych. W gestii organizacji struktury państwa leżą granice, inicjatywa oraz decyzyjność w sprawie tworzenia norm prawnych regulujących odpowiednie sfery życia człowieka¹⁸.
- 3) Prawa, które nie może być postrzegane jako bezładny zbiór, gdyż jest względnie uporządkowanym systemem oddziałujących i powiązanych ze sobą, hierarchicznie podporządkowanych norm prawnych. Występujące na płaszczyźnie prawa korelacje istnieją zarówno w wymiarze horyzontalnym (związanie pod względem treści), jak i wertykalnym (oddziaływania na gruncie kompetencyjnym).

Normy prawne wyrażają treść obowiązującego prawa i stanowią najmniejszy, będący merytoryczną całością element prawa. Przepisy w odróżnieniu od norm są formą wyrażenia tej treści. Normy prawne muszą więc zostać zrekonstruowane z danej jednostki redakcyjnej, gdyż przepisy są jedynie formą językową ich uzewewnętrznienia¹⁹. System prawa stanowi szczególny rodzaj systemu normatywnego, którego emanacją jest kontrola społeczna²⁰. Normatywność prawa wyraża się w jego roli jako przewodnika (ang. *may be used as guidance*), który wskazuje „co

¹⁶ Z. Ziemiński, *Problemy logiczne definiowania prawa*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1961, t. 23, z. 2, s. 73.

¹⁷ Rozumianego jako prawo niebędące prawem stanowionym.

¹⁸ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 13, Toruń 2011, s. 84 i nast.

¹⁹ J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp...*, s. 64 i nast.

²⁰ A. Kalisz, *Rozwiązywanie kolizji norm i zasad w kontekście praw człowieka. Uwagi teoretycznoprawne*, w: *Wolność wypowiedzi versus wolność religijna. Studium z zakresu prawa konstytucyjnego, karnego i cywilnego*, red. A. Biłgorajski Warszawa 2015, s. 3 i nast.

powinniśmy czynić” (sic!)²¹. W swoich rozważaniach A.V. Dicey położył nacisk na sferę funkcjonowania organów sądownictwa, uznając za prawo stanowe każdą zasadę (normę), która może być egzekwowalna przed sądami. Prowadzi to do konkluzji, że wszystkie pozostałe zasady (normy), które nie mogą stanowić podstawy orzekania w zwykłym postępowaniu sądowym (i to bez względu na rodzaj obowiązku, jaki kreowałyby ich natura), muszą zostać uznane za „nie-prawo”. Pogląd ten stanowi konsekwencję procesu rozpoznawania norm prawnych przez sądy, które odgrywają znaczną rolę w kształtowaniu prawa w systemach anglosaskich²². A.L. Goodhart zaproponował szeroką definicję prawa, rozumianą jako jakąkolwiek ludzką zasadę postępowania, która jest uznawana za obowiązującą. Zwraca przy tym uwagę, że tak proponowane ujęcie powoduje, iż zasada wyznaczonego postępowania może być uważana przez niektóre podmioty za obowiązującą, a inne z kolei mogą jej odmówić atrybutu mocy prawnej. Stanowisko to nawiązuje do bardziej złożonego problemu próby zdefiniowania prawa jako fenomenu z perspektywy socjologii, a zarazem dostatecznego odróżnienia norm prawnych od innych norm społecznych²³. Podkreślenia wymaga konieczność istnienia odpowiedniej regulacji ustrojowej, która pozwoli w sposób przejrzysty na unormowanie kwestii tego, jakie fakty i po spełnieniu jakich warunków posiadają charakter prawotwórczy.

Zarówno normy prawne, jak i niektóre inne rodzaje norm „posiadają, bądź co najmniej «chcą» posiadać wpływ na nasze zachowanie”²⁴. Dzięki cechom generalności i abstrakcyjności, a także odpowiedniej konstrukcji językowej, normy prawne posiadają pewien stopień elastyczności. Prawo jako osobny byt normatywny jest w stanie absorbować „zmiany zachodzące w normach, zasadach i wartościach społecznych”²⁵. Normy, obejmując swym zakresem działania określony aspekt życia człowieka, odwzorowują dany standard wartości²⁶. Natomiast wartości i normy „są czynnikami orientującymi zachowanie człowieka, ich internalizacja jest wyrazem poziomu rozwoju moralnego, warunkując przestrzeganie zasad współżycia społecznego”²⁷. Stanowią punkt odniesienia jednostki, gdyż w ich kreowaniu

²¹ B. Brożek, *Normatywność prawa. Szkic teorii*, Logos i Ethos 2010, t. 28, nr 1, s. 29 i nast.

²² *Law of the Constitution*, red. A.V. Dicey, E.C.S. Wade, wyd. 9, Londyn 1939, s. 39 i nast.

²³ A.L. Goodhart, *An Apology for Jurisprudence*, w: *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, red. P. Sayre, Nowy Jork 1947, s. 283 i nast.

²⁴ Tamże; zob. także Z. Ziemiński, *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1972, s. 35.

²⁵ A. Kalisz, *Rozwiązanie...*, s. 3 i nast.

²⁶ R. Urbański, *Technika a wartości wychowawcze. Perspektywy antropologii pedagogicznej w świetle filozofii techniki*, Poznań 1989, s. 28.

²⁷ J. Florczykiewicz, *Interpretacja wartości i norm społecznych przez młodzież – analiza porównawcza*, Lubelski Rocznik Pedagogiczny 2016, t. 35, z. 2, s. 249.

podstawowe znaczenie odgrywa otoczenie społeczne, które wyznacza tym samym obszar wymagań stawianych konkretnemu podmiotowi, w zakresie możliwości jego zachowania. Istniejąc w danym społeczeństwie, kreują „preferencje danej społeczności w zakresie rzeczywistości i kształtujących ją działań, co przyczynia się do porządkowania zjawisk społecznych”²⁸.

2. Normy pozaprawne i ich znaczenie dla systemu prawnego

Pochodzące od państwa normy prawne nie posiadają wyłączności w regulacji stosunków społecznych. Pożądany przez prawodawcę jest zbiąg norm prawnych z innymi, „pozaprawnymi” normami społecznymi, gdyż zjawisko to skutkuje zwiększeniem stopnia przestrzegania i szacunku dla prawa²⁹, co z kolei ma ogromny wpływ na funkcjonowanie społeczeństwa oraz zachowanie balansu pomiędzy często sprzecznymi interesami jednostek. Społeczeństwo oddziałuje wielopłaszczyznowo na swoich członków, w sposób nieprzerwany i cechujący się znaczną intensywnością. Powoduje to masową „uległość” jednostek względem istniejących w danej zbiorowości norm (przejawiającą się różnym stopniem natężenia), a wielokrotnie także narzucenie określonych wzorców postępowania. Między tak szeroko oddziałującymi normami niejednokrotnie dochodzi do kolizji, czego akademickim przykładem jest spór o relacje prawa i moralności³⁰. Normy społeczne mogą być pojmowane jako dyrektywy regulujące określony sposób zachowania oczekiwanego przez zbiorowość, które służą realizacji istotnych dla niej wartości. Normy takie mogą więc pełnić m.in. funkcję ochronną, kontrolną i wychowawczą. Wyposażone zostały w różnie kształtujący się i zmienny ładunek społecznej powinności, który związany jest z poziomem oczekiwań społeczeństwa w odniesieniu do pożądanego zachowania³¹.

W literaturze przedmiotu podkreśla się wiele czynników mających wpływ na przestrzeganie norm prawnych, przy czym sam przymus państwowy jest jednym

²⁸ Tamże; por. A. Tysza, *Kultura jest kultem wartości*, Lublin 1999, s. 166.

²⁹ A. Łopatka, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1968, s. 267 i nast., a także Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, wyd. 1, Warszawa–Poznań 1972, s. 260 i nast.

³⁰ J. Wróblewski, *Stosunki między systemami norm* (1979), w: Jerzy Wróblewski. *Pisma wybrane*, wybór i wstęp M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2015, s. 195 i nast.; zob. E. Dupréel, *Traktat o moralności*, przeł. Z. Glinka, Warszawa 1969, s. 56.

³¹ W. Dadak, *Sankcje pozytywne w prawie karnym. Rzeczywistość czy wyobrażenie*, Przegląd Prawa Publicznego 2017, nr 1, s. 78 i nast. Normy społeczne wyrażają „określone imperatywy kulturowe”, a więc reguły, które mogą przyjąć m.in. formę zakazów, nakazów, przyzwoleń, zaleceń czy preferencji.

z mniej efektywnych sposobów kontroli społecznej³². Dlatego oprócz kontroli formalnej, za którą odpowiadają organy państwowe i wytworzone w ramach funkcjonowania państwa normy prawne, niezwykle istotną rolę odgrywa kontrola nieformalna³³, a więc pozostałe normy społeczne, które wyrażają się najczęściej aprobatą albo dezaprobatą społeczeństwa wobec określonych zachowań jednostki³⁴. Słusznie H. Kelsen przekonywał, że fakt godzenia i podporządkowania się przez ludzi danej normie postępowania może wytworzyć złudne przeświadczenie, że dana praktyka odzwierciedla powszechną wolę ogółu. Nie można więc stawiać znaku równości pomiędzy faktem dotyczącym jakiegoś zachowania, a faktem zinstytucjonalizowanym, rozpoznawanym jako norma prawna przez kompetentny organ. Tego typu rozumowanie byłoby niczym wyciąganie wniosku o tym, co ludzie powinni czynić, na podstawie tego, co faktycznie robią³⁵.

Normy pozaprawne, co do zasady, powinny, a niekiedy muszą być respektowane przez prawo. Wynikające z nich reguły podlegają kontroli społecznej, a ich przestrzeganie zabezpieczają właściwe im sankcje, które regulują zachowania człowieka. Można wskazać np. normy moralne, obyczajowe, religijne, zwyczajowe, estetyczne, sportowe i towarzyskie, które częściowo pokrywają się i oddziałują na siebie. Ze swej istoty mają one często charakter labilny, bliżej niedookreślony. J. Szczepański dopatruje się w nich wzorca zachowania, który musi spełniać kryterium godności członka danej grupy³⁶. Przy czym przymus społeczny jest jednym z kilku istniejących mechanizmów społecznej kontroli danej zbiorowości³⁷. Człowiek ze swej na-

³² S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 121 i nast.; por. G. Jellinek, *Ogólna nauka...*, s. 122 i nast.

³³ Zob. J. Szczepański, *Elementarne pojęcia socjologii*, Warszawa 1970, s. 82 i nast. Sankcje nieformalne (środki zwiększające posłuch w ramach kontroli nieformalnej) pochodzą m.in. od „opinii publicznej, kręgów koleżeńskich, sąsiedzkich, grup rówieśników”. Mogą one okazać się bardziej skuteczne i dalej idące niż klasyczne sankcje formalne. Dla prawodawcy jest zjawiskiem szczególnie pożądanym bezkonfliktowy zbieg norm prawnych z innymi normami społecznymi, co może spowodować korzystny efekt zwiększenia posłuchu społecznego względem obowiązujących norm (wysokiego stopnia konformizmu członków danej zbiorowości).

³⁴ T.R. Tyler, *Why People Obey the Law*, 1990, s. 57 i nast.

³⁵ H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, Warszawa 2014, *passim*.

³⁶ J. Szczepański, *Elementarne...*, s. 81. Np. troska o honor narodowy, poczucie godności studenta, obowiązek harcerski czy odpowiedzialność rodzicielska. Stanowią one wyrazy przymusu wewnętrznego, a więc zinternalizowanego mechanizmu kontroli społecznej.

³⁷ B. Szacka, *Wprowadzenie do socjologii*, Warszawa 2003, s. 161 i nast. Kontrola społeczna jako nieformalny sposób kontroli jest wyposażona w sankcje pozytywne oraz negatywne. W przypadku tych pierwszych, postępowanie zgodnie z wymaganą normą społeczną zostanie uznane jako dobre. Utrzymywanie praktyki wynikającej z normy społecznej będzie nagradzane przez towarzyszy m.in. aprobatą, honorami, sympatią, zwiększonym prestiżem i szacunkiem. Sankcje negatywne również mogą przybierać różne formy i są nimi m.in. wyśmianie, utrata prestiżu, wykluczenie z danej grupy,

tury dąży do uzyskania uznania i poczucia bezpieczeństwa. W konsekwencji od strony podmiotowej niejako podświadomie, w sposób naturalny eliminuje zachowania, które mogłyby spowodować zagrożenie, czy też napięcie w tych obszarach. Wynika z tego zazwyczaj postępowanie jednostki zgodne z konformizmem, które nie wywołuje sprzeciwu ze strony większości i wynagradza jednostkę w ramach danej grupy społecznej³⁸.

Prawodawca stosując odesłania pozasystemowe, posiłkuje się normami społecznymi, które nie posiadają statusu norm prawnych. Powoduje to powstanie obowiązku po stronie adresatów normy prawnej do zastosowania reguł pozaprawnych, których moc prawna została nadana w sposób pośredni. Tego typu norma odsyłająca pełni rolę swoistego łącznika pomiędzy systemem prawnym a pozostałymi normami społecznymi. Normy pozasystemowe pełnią więc rolę służebną, pochodną względem norm prawnych, które legitymują ich zastosowanie, czyniąc prawnie relewantnymi, jak ma to miejsce chociażby w przypadku norm zwyczajowych. *Ipso facto* także odesłanie nie powoduje zmiany jakościowej normy, stąd też nie nadaje statusu normy prawnej³⁹. Podczas implementacji do danego stosunku prawnego w procesie stosowania prawa norma pozaprawna powinna zostać poddana odpowiedniej kontroli⁴⁰, aby odzwierciedlać właściwie wysoki standard wartości z punktu widzenia systemowego. Zasadniczym celem posiłkowania się normami pozasystemowymi jest ustalenie pewnych mierników służących za podstawę oceny przy wartościowaniu i wyborze najwłaściwszego rozwiązania.

3. Rozgraniczenie zakresów znaczeniowych pojęć zwyczaju i prawa zwyczajowego oraz kwestia walidacji norm

Podkreślenia wymaga istnienie zamętu terminologicznego i odmiennych ustaleń co do odpowiednich zakresów znaczeniowych pojęć zwyczaju i prawa zwyczajowego⁴¹. Według definicji słownikowej zwyczaj (*usus*) należy rozumieć jako „powszechnie przyjęty, tradycyjny sposób postępowania w danych okolicznościach”

pogarda, odmowa interakcji, ostracyzm, odmowa współpracy gospodarczej, pozbawienie poparcia czy prawa głosu.

³⁸ J. Szczepański, *Elementarne...*, s. 82.

³⁹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 13, Warszawa 2015, s. 32 i nast.

⁴⁰ Chodzi więc o ochronę przed niepożądaną z perspektywy norm prawnych ingerencją ze strony normy pozaprawnej, którą te pierwsze się posiłkują.

⁴¹ K. Trzciński, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe jako źródła prawa prywatnego*, Rejent 1998, t. 8, nr 3.

albo jako „właściwy komuś sposób postępowania”⁴². To drugie znaczenie powinno być odniesione raczej do indywidualnego nawyku, chyba że nie dotyczy tylko jednostkowych sytuacji. Postępowanie będzie najczęściej rozumiane jako zachowanie się podmiotu w określony sposób⁴³. J. Szczepański ujmując zwyczaj jako ustalony sposób zachowania się w danej sytuacji, który nie budzi sprzeciwu i nie spotyka negatywnych reakcji otoczenia, a przynajmniej jego większości⁴⁴. Nie można przy tym traktować zwyczaju w sposób stały i jednolity. Może on zostać implementowany przez grupę społeczną w drodze uznania (a także przez nią zmodyfikowany), co ma związek z rozpowszechnieniem się zwyczaju w społeczeństwie, albo zostać przez nią wytworzony w sposób żywiołowy, spontaniczny, pod wpływem życia w danym miejscu, czasie i zbiorowości. Za sprawą różnokierunkowych interakcji pomiędzy zwyczajami dochodzi do oddziaływań, w tym m.in. łączenia, uzupełniania, czy też rywalizacji.

Wzory zachowań zaczynają „narzucać się” podmiotom w większym stopniu, gdy stają się kryterium odróżniania jednej grupy od drugiej. Obserwując proces rozwoju normy zwyczajowej, można zauważyć, że indywidualne nawyki, powstałe na skutek szeroko rozumianej tradycji, wierzeń i wartości wyznawanych przez jednostkę, stają się najpierw tolerowane, a potem szanowane przez inne podmioty. Nie bez znaczenia jest także intensywność więzi, która wpływa na stopień poszanowania zwyczaju. Stanowi uzewnętrzniający mechanizm kontroli społecznej, posiadający cechę instytucjonalizowania, a jego formalizacja jest jedynie fakultatywna i zależna od stosunków danego rodzaju. Normy zwyczajowe tworzą wzorce powinności określonych postępowań, które są nieindifferentne dla danej grupy, a ich funkcjonowanie w ramach występujących ról społecznych wpływa na pojedyncze zachowania jednostek⁴⁵. Zwyczaje posiadają stosunkowo płynny, elastyczny charakter. Mimo to możliwe jest takie rekonstruowanie praktykowanych w przeszłości stosunków społecznych, którego produktem będzie wytłumaczenie określonego zachowania w czasie teraźniejszym. Zwyczaje są regułami postępowania istniejącymi na poziomie lokalnym danej zbiorowości. Nie posiadają przymiotu prawa i usytuowane są poza formalnym systemem prawnym. Przy czym możliwe jest wprowadzenie odesłań pozasystemowych, które tworzą prawne połączenia, o czym była już mowa. Obszar oddziaływania zwyczaju może być również szerszy, w tym posiadać charakter ogólny względem obszaru

⁴² Zwyczaj, w: *Słownik języka polskiego* [online], <https://sjp.pwn.pl/szukaj/zwyczaj.html> [dostęp: 1.02.2021 r.].

⁴³ Postępować, w: *Słownik języka polskiego* [online], <https://sjp.pwn.pl/szukaj/postepowac.html> [dostęp: 1.02.2021 r.].

⁴⁴ J. Szczepański, *Elementarne...*, s. 82.

⁴⁵ A. Podgórecki, *Prestiż prawa*, Warszawa 1966, s. 9 i nast.

położenia określonej zbiorowości, czy też całego społeczeństwa. Z. Radwański ujmuje zwyczaj jako powszechnie stosowaną w danym okresie, środowisku i stosunkach społecznych praktykę określonego postępowania⁴⁶. Będąc utrwalonym wzorcem zachowania, zwyczaj powinien spełniać wymóg możliwości przeprowadzenia jego obiektywnej weryfikacji treściowej w określonym otoczeniu społecznym. Jest więc faktem społecznym, który w braku notoryjności można ustalić w drodze postępowania dowodowego przed sądem. Spisanie zwyczajów przez działające w obrocie profesjonalnym podmioty ułatwia odczytanie treści ich norm i posiada szczególną doniosłość w obrocie gospodarczym.

Źródłem powstania zwyczaju nie jest państwo, ale długotrwała praktyka wynikająca ze stosunków społecznych na określonym terytorium lub przez określoną zbiorowość. Jako rezultat zachowania pewnej grupy ludzkiej zwyczaj powstaje najczęściej w sposób anonimowy. Dla F. Studnickiego to zjawisko, w ramach którego „w pewnym, odpowiednio szerokim kole ludzi przez dłuższy czas przestrzega się pewnego postępowania”. Powinno mu towarzyszyć (odznaczające się różnym stopniem natężenia) poczucie jednostki, że czyni ona zadość jakiejś zasadzie. Procesy myślowe mogą upraszczać powyższe do przeświadczenia, że „tak czynią wszyscy”. Nawiązując do teorii G. Jellinka, F. Studnicki stwierdza, że od strony podmiotowej zdanie to ma niemal wydźwięk: „tak winni czynić wszyscy”⁴⁷.

Należy uznać, że konstytutywną cechą zwyczaju jest jego nieoficjalny charakter, a więc posiadanie statusu niezatwierdzonego, jako prawnie obowiązujący. Nie oznacza to jednak braku możliwości istnienia pewnych zwyczajów, chociażby na płaszczyźnie postępowania organów państwowych, a więc wpisujących się w zjawisko tzw. zwyczajów prawnych (interpretacyjnych). Rozumiane są one szeroko, jako pewna stabilna i mieszcząca się w granicach prawa praktyka dokonywania czynności prawnych. Przy czym posiadają doniosłość tylko w procesie wykładni prawa i nie mogą być utożsamiane z prawem zwyczajowym⁴⁸. Podobne stanowisko należy zająć względem tzw. zwyczajów konstytucyjnych, a więc ugruntowanych sposobów postępowania, powstających tam, gdzie regulacja prawna nie jest wyczerpująca i pozostawia tym samym pewne wolne obszary. Jednakże one również nie tworzą norm prawnych, a więc nie posiadają przymiotu źródła prawa⁴⁹.

⁴⁶ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 32 i nast.; por. T. Knypl, K. Trzciński, *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie handlowym i cywilnym*, Przegląd Prawa Handlowego 1997, nr 8, s. 15.

⁴⁷ F. Studnicki, *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*, Praca Komisji Prawniczej, nr 4, Kraków 1949, s. 51 i nast.

⁴⁸ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo...*, s. 34.

⁴⁹ A. Poglódek, M. Maksymiuk, *Nauka polskiego prawa konstytucyjnego. Geneza polskiego konstytucjonalizmu*, w: *Prawo konstytucyjne*, red. B. Szmulik, Warszawa 2016, s. 5.

Od zwyczaju należy zatem wyraźnie odróżnić prawo zwyczajowe, będące zupełnie odmiennym tworem społecznym, który zbudowany jest wyłącznie z norm prawnych. Prawo nie może być bowiem traktowane, nawet częściowo, jako zespół norm o innym charakterze, co nie wpływa jakkolwiek na oczywisty związek norm prawnych z innymi normami, w ramach konstrukcji i funkcjonowania całego społeczeństwa. Status prawa jest immanentnie sprzężony z normami prawnymi, które stanowią jego istotę, a zarazem wyłączny składnik. Zjawisko przekształcania normy zwyczajowej w normę prawną nabiera szerszego kontekstu w sytuacjach, w których uwarunkowania społeczno-geograficzne oraz globalizacja powodują zintensyfikowane oddziaływanie na siebie i przenikanie się odmiennych kultur. Prawo zwyczajowe stanowi historycznie najstarszy rodzaj źródła prawa. Przykładowo można wskazać na hipotetyczną społeczność plemienną, której odpowiedni stopień rozwoju pozwala na odróżnianie norm prawnych od innych norm społecznych. W takiej społeczności normy prawa zwyczajowego odgrywają doniosłą rolę w zbiorze norm prawa przedpaństwowego, a tym samym w codziennym funkcjonowaniu i regulacji zachowania jednostek, zgodnie z przyjętym wzorcem. Obok norm prawa zwyczajowego niebagatelne znaczenie mają tam także normy zwyczajowe, totemizm oraz inne normy społeczne⁵⁰. W porównaniu z prawem stanowionym prawo zwyczajowe jest niejako tworzone w sposób oddolny, naturalny dla stosunków społecznych danego rodzaju. Celem egzemplifikacji istnienia prawa zwyczajowego we współczesnych porządkach prawnych⁵¹ można wskazać prawo hongkońskie⁵², australijskie⁵³, kanadyjskie⁵⁴, norweskie⁵⁵, hiszpańskie⁵⁶, południowokoreańskie⁵⁷, japońskie⁵⁸

⁵⁰ B. Malinowski, *Wierzenia pierwotne i formy ustroju społecznego. O zasadzie ekonomii myślenia*, Kraków 1980 oraz J. Kurczewski, *Prawo prymitywne. Zjawiska prawne w społeczeństwach przedpaństwowych*, Warszawa 1973, passim.

⁵¹ H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, wyd. 5, Oxford 2014; zob. także R.D. Roy, *Traditional Customary Laws and Indigenous Peoples in Asia*, Londyn 2005.

⁵² E. Özücü, *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?*, *Journal of Comparative Law* 2008, t. 3, nr 1, s. 1–18.

⁵³ <https://www.alrc.gov.au/publication/recognition-of-aboriginal-customary-laws-alrc-report-31/24-the-proof-of-aboriginal-customary-laws/proof-of-aboriginal-customary-laws-the-australian-experience/> [dostęp: 1.02.2021 r.].

⁵⁴ https://publications.gc.ca/collections/collection_2008/lcc-cdc/JL2-66-2006E.pdf [dostęp: 1.02.2021 r.].

⁵⁵ P. Ørebech, *How Custom Becomes Law in Norway*, w: P. Ørebech i in., *The Role of Customary Law in Sustainable Development*, Cambridge 2006, s. 224 i nast., a także P. Ørebech, F. Bosselman, *The*, w: P. Ørebech i in., *The Role...*, s. 12 i nast.

⁵⁶ L.N. Brown, *The Source of Spanish Civil Law*, *The International and Comparative Law Quarterly* 1956, t. 5, nr 3, s. 364 i nast.

⁵⁷ Y. Kwon, Y.-S. Lee, *The Legal Analysis of Traditional Leasehold in Korea (Chonsegwon) from a Comparative Legal Perspective*, *Arizona Journal of International & Comparative Law* 2012, t. 29, nr 2, s. 263 i nast.

⁵⁸ Zob. D.D. Mielewczyk, *Rozwój prawa japońskiego od początków państwowości Japonii do rozpoczęcia okresu Edo w 1603 r. Zarys zagadnień*, *Gdańskie Studia Azji Wschodniej* 2021, z. 20, s. 133–134

oraz prawa niektórych państw afrykańskich⁵⁹. Proces powstawania prawa zwyczajowego w Europie przebiegał w sposób powolny, spontaniczny i nieskrępowany względem władzy państwowej, a jego znaczenie zmalało pod wpływem wykształcenia się nowożytnej, scentralizowanej aparatury państwowej oraz masowego wprowadzania aktów normatywnych, w tym okresu tzw. wielkich kodyfikacji oraz współczesnego zjawiska inflacji prawa. Wraz z postępującą ewolucją systemów krajowych kwestia norm prawa zwyczajowego doznała ożywienia oraz zaczęła cieszyć się szerszym zainteresowaniem.

W literaturze przedmiotu zaproponowano definicję prawa zwyczajowego jako długotrwałą i powtarzalną praktykę, która została uznana przez organy państwowe⁶⁰. Zdaniem J. Górskiego wyraża się ono w wytworzonych w długotrwałej praktyce społecznej zasadach, które znajdują uznanie w oczach organów administracji publicznej i sądownictwa. Z kolei przeciwstawiany mu zwyczaj, pomimo wytworzenia swoistej praktyki postępowania, nie ma charakteru normy prawnej i nie może samodzielnie normować stosunków społecznych w wymiarze prawnym⁶¹. Z perspektywy teoretycznoprawnej przedstawione wyżej dwa zbliżone względem siebie ujęcia wydają się być niewystarczające, tj. zbyt wąskie z uwagi na potencjalnie istniejącą możliwość swobodnego ukształtowania regulacji ustrojowej. Współcześnie *clou* omawianej problematyki nie jest o tyle związane z niemożnością odpowiedniego opisanie istoty praw zwyczajowych, co z samą walidacją w ramach systemu prawnego, a tym samym określeniem procesu nadania danej normie zwyczajowej przymiotu normy prawnej.

Granica *in abstracto* pomiędzy dwoma omawianymi rodzajami norm będzie płynna i trudna do uchwycenia⁶². Zarówno w sytuacji braku dokładnego unormowania katalogu źródeł prawa przez ustrojodawcę, jak i posłużenia się klauzulami generalnymi w ramach przesłanek uznania danej normy zwyczajowej za normę prawa zwyczajowego. Biorąc pod uwagę wiele potencjalnych rozwiązań prawnych

oraz 118 i nast.; P.A.J. van den Berg, *Politics of Codification in Meiji Japan (1868–1912). Comparative Perspective of Position of Customary Law in Japanese Civil Code*, Osaka University Law Review 2018, nr 65, s. 69 i nast.

⁵⁹ M. Ndulo, *African Customary Law, Customs, and Women's Rights*, Indiana Journal of Global Legal Studies 2011, t. 18, nr 1, s. 87 i nast.

⁶⁰ K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 277 i nast.

⁶¹ J. Górski, *Rola i zasięg zwyczajów w świetle kodeksu morskiego*, Technika i Gospodarka Morska 1964, nr 1, s. 9–10.

⁶² F. Studnicki, *Działanie...*, s. 54. Wyznaczenie granicy „jest, o ile można stwierdzić, nieosiągalne” przy zastosowaniu kryteriów, „które miałyby istotne i sprawdzalne znaczenie dla dogmatyka”. Wypracowane przez naukę prawną wskaźniki są „nieliczne i zawodne”, przy czym mogą stanowić pomoc w rozwiązywaniu sytuacji *in concreto*, jednakże nie rozwiązują problemu samego zagadnienia. Jako przykład najbardziej wartościowego wskaźnika autor podaje stałą praktykę władz.

mogących walidować normę zwyczajową⁶³, nie można także wykluczyć możliwości przekształcenia w normę prawa zwyczajowego w sytuacji, w której nie zapadło jeszcze żadne orzeczenie, czy też nie miało miejsca innego rodzaju rozpoznanie przez kompetentny organ⁶⁴. Wskazane rozważania są bowiem wtórne względem faktu prawotwórczego, a sam problem omawianej delimitacji stanowi niepożądane i trudne do uniknięcia zjawisko występujące we współczesnych systemach prawnych. Stwierdzenie możliwości uzyskania statusu prawa zwyczajowego przez normę zwyczajową uzależnione będzie każdorazowo od zasięgu działania, jaki przypisany jest prawu w danym momencie historycznym, a więc od zakresu regulowanej materii⁶⁵. *Conditio sine qua non* normowania przez zwyczaj materii przeznaczonej dla prawa nie jest zarazem warunkiem wystarczającym do zmiany. Stwarza jedynie dla normy zwyczajowej szansę „awansu” (przekształcenia) w normę prawa zwyczajowego. Tylko niektóre normy zwyczajowe zostaną pod wpływem faktów prawotwórczych przeobrażone w normy prawa zwyczajowego. Kształtowaniu się zwyczaju mogą przeszkodzić różne okoliczności, takie jak m.in. samoistne „osłabienie praktyki, równoległe wytworzenie się praktyki odmiennej lub zgoła przeciwnej”⁶⁶ oraz działalność prawodawstwa państwowego. Należałoby przyjąć, że granicy pomiędzy normą zwyczajową a normą prawa zwyczajowego, a więc momentu „przejścia” (zmiany charakteru) jednej normy w drugą, należy w pełni dopatrywać się w sposobie regulacji ustrojowej faktów uznawanych za prawotwórcze. Bowiem w zależności od konkretnego charakteru regulacji, prawo może określać odmienne, relewantne kryteria momentu przekształcenia zwyczaju w prawo zwyczajowe, formując tym samym kwestię przesłanek obowiązywania prawa zwyczajowego.

Wydaje się, że K. Trzciński, omawiając złożoną problematykę rozgraniczenia tychże norm, wziął pod uwagę jedynie ujęcie klasyczne, które ustanawia dwa wymogi, jakie przyjmuje się, że musi spełniać norma zwyczajowa, aby została uznana za normę prawa zwyczajowego. W doktrynie prawniczej dopuszcza się następujące elementy (warunki uznania) prawa zwyczajowego: 1) praktykę (*longa consuetudo*) rozumianą jako stały, jednolicie wykonywany i trwały sposób postępowania

⁶³ Istnieje możliwość wprowadzenia przez prawodawcę wymogu np. w postaci upływu określonego czasu, spisania w odpowiednim dokumencie (nie będącym źródłem prawa stanowionego), czy sformalizowanego procesu deklaratywnego albo konstytutywnego uznania jako kompetencji wybranych organów władzy publicznej.

⁶⁴ A więc obowiązywania normy prawa zwyczajowego ze skutkiem *ex tunc* względem rozpoznania sprawy przez kompetentny organ państwowy.

⁶⁵ „Wskazane tu zjawisko może doprowadzić badacza [...] 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”; F. Studnicki, *Działanie...*, s. 52 i nast.

⁶⁶ Tamże.

w określonej sytuacji (element obiektywny) oraz 2) przekonanie o mocy prawnej (*opinio iuris sive necessitatis*), a więc powszechnej opinii społeczeństwa o posiadaniu przez normę mocy prawnie wiążącej (element subiektywny)⁶⁷. M. Kordela zaznacza zauważalny aspekt rzeczywisty tego procesu, który co do zasady będzie wymagał zastosowania interdyscyplinarnych metod badawczych w celu dokonania „adekwatnego opisu, niezbędnego do skutecznej argumentacji na rzecz akceptacji aktu uznania”⁶⁸. Zaprezentowane zapatrywania doktryny sięgają genezą prawa rzymskiego⁶⁹, jednak nie można zapominać, że katalog wymogów stawianych normie zwyczajowej może się różnić – przedstawione wymogi mogą zostać zmodyfikowane, a ustrojodawca może dodać także inne, tutaj niewymienione. Co wyraża się *de lege ferenda* w postulatcie powinności zainteresowania przez prawodawcę omawianą materią, która reguluje dopuszczalność istnienia norm prawnych poza tradycyjną dla kultury kontynentalnej formą prawa stanowionego. Powyższe stanowi swoiste drogowskazy w sytuacji, gdy system prawny dopuszcza istnienie norm prawnych poza prawem stanowionym, ale zarazem nie tworzy kryteriów uznania danego zjawiska za fakt prawotwórczy. Przypadek ten powoduje *de facto* istnienie potencjalnie niebezpiecznej luki w porządku prawnym, którą starać się będzie wypełnić doktryna, orzecznictwo i podmioty uczestniczące w danej sferze stosunków społeczno-prawnych.

Prowadząc podjęte w niniejszej pracy rozważania, nie sposób nie zwrócić uwagi na aspekt realny prawa jako faktu społecznego. Posiłkując się tzw. rozwiniętą normatywną koncepcją źródeł prawa Z. Ziemińskiego, należy zaaprobować pogląd, zgodnie z którym spójny system prawny powinien określać w sposób precyzyjny reguły walidacyjne. Nakazują one dokonać kwalifikacji danych faktów społecznych jako aktów ważnego wprowadzenia norm do systemu prawnego, w tym norm prawa zwyczajowego. Będą to więc „akty przydawania normom przymiotu obowiązujących prawnie”, które nabierają w przedmiotowych rozważaniach fundamentalnego znaczenia. Opisywane reguły czerpią ze sfery pozadyrektywnej, gdyż pozwalają m.in. na legitymizację całego systemu prawnego (np. poprzez wskazanie założeń aksjologicznych oraz przesądzenie kompetencji prawotwórczych). W podobnym kierunku prowadził rozważania H.L.A. Hart, dzieląc prawo na reguły pierwotne i wtórne. Te drugie normują jedynie sposób posługiwania się pierwszymi. W ramach rodzajów reguł wtórnych utworzył koncepcję tzw. reguły uznania (*rules of recognition*), która eliminuje wadę niepewności prawa i w związku z tym pełni

⁶⁷ K. Trzcinski, *Zwyczaj i prawo...*, s. 160 i nast.

⁶⁸ M. Kordela, *Teoria prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna 2015, t. 4, nr 1, s. 234.

⁶⁹ A.A. Schiller, *Custom in Classical Roman Law*, Virginia Law Review 1938, t. 24, nr 3, s. 268–282.

zasadniczą rolę w ustaleniu obowiązywania reguł. Na jej podstawie można bowiem określić, jakie zdarzenia muszą zaistnieć, aby nadać danej regule przymiot prawa (reguły pierwotnej). Zdarzeniem takim może być chociażby „ujęcie reguły w tekście prawnym wydanym przez określony organ” wyposażony w kompetencje prawodawcze, „przyjęcie na podstawie długotrwałości praktyki zwyczajowej bądź też drogą decyzji sądowej”⁷⁰.

Z. Ziemiński słusznie wskazuje, że konwencjonalne uzasadnienie obowiązywania norm prawnych, poprzez ich utworzenie w oparciu o normy kompetencyjne wyższego rzędu, jest zawodne w przypadku norm nieoktrojowanej konstytucji państwa. Metanormy posiadając pozycję nadrzędną względem norm prawnych pierwszego stopnia, mogą regulować sposób konstruowania systemu prawnego, nakazując uznawanie pewnych faktów za prawotwórcze i określając czas ich obowiązywania. Tym samym ustanowienie takich pierwotnych norm (metanorm) kompetencyjnych nabiera przede wszystkim doniosłości społecznej, a nie prawnej, gdyż na opisywanym poziomie nie istnieje formalna kompetencja prawna zezwalająca na tworzenie prawa poprzez wprowadzenie aktu suwerennego stanowienia. Zarówno akt kreacji prawa, jak i ustanowienie wtórnych norm prawnych na podstawie metanorm będą traktowane jako obowiązujące pod warunkiem, że w występującym układzie stosunków społecznych utworzony system prawa będzie skuteczny (np. poprzez odpowiedni poziom zaufania i uznania społecznego czy istnienia autorytetu opartego na sile fizycznej)⁷¹, a więc przetrwa szeroko rozumianą próbę czasu⁷². Spójny i zamknięty porządek prawny powinien posiadać cechę „samodefiniowania” systemu, która jest wyrażona m.in. w określeniu dopuszczalnych form prawotwórczych⁷³, co nie przesądza jednoznacznie o wynikających stąd trudnościach.

4. Kwestia istnienia zbliżonych do prawa zwyczajowego konstrukcji, w tym szczegółowe ujęcie tzw. *soft law*

Transformacja norm zwyczajowych w normy prawa zwyczajowego nabiera szczególnego znaczenia ze względu na możliwe do zaobserwowania, liczne zjawiska ewolucji wewnętrznych systemów prawa kontynentalnego, nasilających się wpły-

⁷⁰ M. Korycka-Zirk, *Reguły prawne jako istota pojęcia prawa w ujęciu H.L.A. Harta*, Studia Iuridica Toruniensia 2010, t. 6, s. 84 i nast.

⁷¹ M. Kordela, *Teoria...*, s. 231 i nast.

⁷² Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, wyd. 4, s. 81.

⁷³ H. Rot, *Akty prawotwórcze w PRL. Koncepcja i typy*, Wrocław 1980, s. 14 i nast.

wów globalizacji oraz idei konwergencji z innymi systemami prawnymi. To zaś wiąże się z koniecznością dokonania pewnych rewizji względem tradycyjnego, kontynentalnego sposobu postrzegania prawa, a co za tym idzie zmianą przekonań normatywnych w obszarze jego stanowienia i stosowania. Doniosłość omawianej materii ujawnia się w obliczu możliwości istnienia w porządkach prawnych odmiennych konstrukcji, które, przykładowo, mogą wykazywać podobieństwa względem norm prawa zwyczajowego. Współcześni prawodawcy wprowadzają wiele rozwiązań służących uelastycznieniu prawa, a więc zmierzających do efektywniejszego dostosowania regulacji ustrojowej do dynamicznie kształtujących się warunków społecznych. Będą to m.in. odesłania pozasystemowe (a więc klauzule generalne, w tym odniesienia do istniejących w danych stosunkach zwyczajów), aktywizm sędziowski, wprowadzane do systemu tzw. miękkie prawo, czy też ustrojowa regulacja norm prawa zwyczajowego, a także opisane już zwyczaje prawne. Z uwagi na wyróżniającą wartość dla systemów *civil law* oraz ograniczone ramy niniejszej pracy, dla celów uzupełnienia prowadzonego wywodu, w dalszej części poruszona zostanie problematyka tzw. *soft law* występująca na poziomie krajowego porządku prawnego.

Ze względu na nieostrość terminu „miękkie prawo” w literaturze pojawia się wiele odmiennych propozycji pojęciowych i reprezentowanych ujęć tegoż zagadnienia⁷⁴. W celu zapewnienia przejrzystości oraz wyeksponowania pragmatycznego aspektu wywodu niezbędne jest wprowadzenie następujących, nadrzędnych założeń. Po pierwsze, tzw. miękkie prawo musi posiadać status prawa, a więc składać się wyłącznie z norm prawnych. Dlatego też wszelkie koncepcje zrównujące *soft law* z płaszczyzną norm pozaprawnych (np. moralności) lub faktów powinny w niniejszych rozważaniach zostać odrzucone. Przyjęcie odmiennego stanowiska doprowadziłoby bowiem do terminologicznej sprzeczności i stanowiłoby próbę podważenia istoty prawa poprzez uznanie określonych norm pozaprawnych za normy prawne lub mieszania sfer faktów i norm. Tak prezentowane stanowisko nie wyklucza doniosłej roli norm społecznych innych niż prawne, które również kontrolują i kształtują postępowanie jednostki we współczesnych społeczeństwach, o czym była już mowa. Po drugie, *soft law* odbiega od tradycyjnego, kontynentalnego ujęcia prawa. Stanowi konstrukcję prawną *sui generis*, która nie została opatrzona sankcją prawną (przy czym nie można wykluczyć innego rodzaju sankcji społecznej), a więc wchodzi w skład szerszego pojęcia *lex imperfecta*. Po trzecie, stanowiąc część systemu prawnego, musi posiadać status źródła prawa powszechnie lub wewnętrznie obowiązującego, które

⁷⁴ P. Skuczyński, *Soft law w perspektywie teorii prawa*, w: *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 329 i nast.

dla swojego istnienia potrzebuje odpowiedniej regulacji ustrojowej. Wydanie aktu normatywnego miękkiego prawa konstytuuje normy prawne i może przybrać różne formy w zależności od przyjętej regulacji⁷⁵. Po czwarte, instrumenty *soft law* mogą zawierać odesłania do pozaprawnych porządków norm społecznych (w tym klauzule generalne), z zachowaniem swojej odmienności, specyfiki. Skoro bowiem takie normy prawne prawnie nie wiążą swoich adresatów, to *a limine* należy odmówić mocy prawnie wiążącej względem stosowanych w nich odesłaniach pozasystemowych. Nie oznacza to bynajmniej braku prawnej doniosłości tychże instrumentów oraz możliwości kreowania obowiązków pozaprawnych (np. na płaszczyźnie etyki) czy znaczącej roli w systemie prawnym.

W związku z powyższym *soft law* stanowi zbiór instrumentów prawnych, które zostały zbudowane z norm prawnych bezwzględnie obowiązujących (tak jak wszelkie inne normy prawne w danym systemie prawnym), a zarazem bezwzględnie niewiążących w aspekcie prawnym. Powstanie stosunku prawnego względnie czy bezwzględnie wiążącego nie powinno zostać uznane za należące do miękkiego prawa, gdyż przeczy charakterowi tej konstrukcji prawnej. Tak zwane miękkie prawo „nie podlega jakimkolwiek mechanizmom odpowiedzialności prawnej”⁷⁶ i, odmienne względem tradycyjnego spojrzenia, tworzy jedynie nieegzekwowalne prawnie oczekiwania, czy też podziela pewne stanowisko, wyraża dążenia, które mogą pozytywnie wpłynąć na dynamizację i formalizację określonych procesów. Treść normy prawnej bezwzględnie niewiążącej nie tworzy więc obowiązku prawnego, a w odniesieniu do norm prawnych wiążących posiada jedynie charakter subsydiarny, kierunkowy. Wprowadzenie instrumentu *soft law* może bowiem stanowić jedynie impuls dla późniejszej regulacji danej materii normami prawnie wiążącymi. Będąc elastyczną konstrukcją prawną, może stać się fundamentem przyszłej, wiążącej regulacji, czy też wyznaczać ogólne ramy dla osiągnięcia późniejszego kompromisu. Interesującym dla tego instrumentu jest fakt, że zapewnia przestrzeganie norm prawnych bez konieczności istnienia ścisłych procedur egzekwowania i sankcjonowania ich treści. „Paradoksalnie, wątpliwość konsekwencji naruszenia norm powoduje ich efektywność”⁷⁷ oraz wynika wprost z charakteru i pełnionych funkcji w systemie prawnym. Uproszczony, a w związku z tym bardziej sprawny sposób tworzenia,

⁷⁵ Potencjalnie można wskazać na pojęcia rekomendacji, wytycznych, standardów, deklaracji, zaleceń, zapowiedzi, programów, rezolucji, opinii, kart i planów, które w następstwie krajowej regulacji ustrojowej mogą przybrać określony dla systemu kształt.

⁷⁶ Przykładowo poprzez normy prawne aspiracyjne określające kierunek postulowanego rozwoju, które nie ustanawiają przy tym prawnego nakazu, a jedynie niewiążącą wskazówkę lub niewiążące odesłanie do pozaprawnych norm społecznych.

⁷⁷ P. Skuczyński, *Soft law*..., s. 334.

uchYLENIA, modyfikacji i stosowania *soft law* stanowi w pewnych obszarach doniosłą zaletę względem tradycyjnych norm prawa stanowionego.

Z uwagi na swoją naturę wykazuje podobieństwo do norm prawa zwyczajowego, przy czym te ostatnie wymagają istnienia określonej praktyki, poddanej odpowiedniej walidacji systemowej. *Soft law* jest natomiast prawem zapisanym w akcie normatywnym, nie jest tworzone w sposób spontaniczny czy oddolny, a „intencjonalny i celowościowy”⁷⁸. Posiada również charakter oficjalny, gdyż pochodzi wprost od kompetentnego autorytetu normodawczego. Zarówno dla norm prawa zwyczajowego, jak i miękkiego prawa, ich racjonalizacja przejawia się w „autonomicznej samoregulacji” stosunków społecznych, a więc „tożsamości zakresów podmiotowych twórców i adresatów norm”⁷⁹. Niemniej z uwagi na szeroki zakres podmiotowy potencjalnych instrumentów miękkiego prawa można dopuścić także możliwość regulacji ustrojowej w postaci koregulacji, a więc współpracy władzy publicznej i adresatów w tworzeniu norm prawnych *soft law*, oraz regulacji, czyli tworzenia bez bezpośredniego udziału adresatów tychże norm⁸⁰. *In abstracto* nie można wykluczyć możliwości uregulowania procesu przekształcenia normy prawnej bezwzględnie niewiążącej w normę wiążącą. Miękkie prawo, mimo że nie może stanowić bezpośrednio podstawy stosowania prawa przed organami sądownictwa, jest jednak w stanie efektywnie i znacząco wspomagać wykładnię innych norm prawnych w procesie stosowania prawa, niejako potwierdzając ich treść i użyty kontekst, a także ułatwiać dookreślenie klauzul generalnych oraz zamiaru i woli podmiotu go wydającego.

Zakończenie

Przeprowadzone w niniejszym studium rozważania, w szczególności z zakresu teorii i filozofii prawa, umożliwiły szerszą analizę opisywanych konstrukcji prawnych, cechujących się znaczną specyfiką oraz związkiem z dynamicznymi procesami społecznymi. Doprowadziły do wniosku, zgodnie z którym *de lege ferenda* w obliczu przemian systemowych i wpływów zewnętrznych aktywna obecność i decyzyjność ustrojodawcy staje się współcześnie nie tylko pożądana, ale i niezbędna. Przed prawodawcami krajowych systemów kultury prawa kontynentalnego stoi

⁷⁸ Tamże, s. 333 i nast.

⁷⁹ Tamże.

⁸⁰ Tamże.

wyzwanie zajęcia odpowiedniego stanowiska w kwestii dostosowania koncepcji obowiązywania prawa względem zachodzących obecnie zjawisk. Prawo jako jeden z filarów każdego społeczeństwa, tworząc koherentny system, musi bowiem zapewnić nie tylko wystarczająco wysoki standard trwałości, bezpieczeństwa i pewności, lecz także gwarantować rozwój myśli prawnej względem zmieniających się warunków oraz możliwie najlepsze wykorzystanie dostępnych konstrukcji prawnych dla osiągnięcia pożądaných celów, dostosowanych do potrzeb danej społeczności. Dla porządków prawnych opartych na pandektystyce wiąże się to z koniecznością pewnego przeformułowania koncepcji tradycyjnie postrzeganego prawa, która uwzględni charakterystykę innych konstrukcji prawnych oraz wynikających z nich funkcjonalnych implikacji.

Uwidoczniony w artykule zarys literatury interdyscyplinarnej, w tym dorobku nauk socjologicznych, umożliwił bardziej uniwersalne ujęcie newralgicznych kwestii przedmiotowych zjawisk społecznych oraz zaproponowanie holistycznego ujęcia zwyczaju, a także prawa, w tym prawa zwyczajowego oraz tzw. miękkiego prawa. Norma społeczna, aby stać się składową systemu prawnego, musi oczywiście zostać utworzona zgodnie z przyjętą regulacją ustrojową, a w przypadku jej milczenia – odpowiednio uznana zgodnie z panującymi w danym społeczeństwie warunkami. Doniosłość norm zwyczajowych w znacznie mierze opiera się na ich dostrzegalności z perspektywy norm prawnych, a więc przede wszystkim odesłań, czyniąc tym samym porządek prawny bardziej elastycznym i bliższym względem występowania złożonych i szybko zmieniających się stosunków społecznych. Z kolei funkcjonowanie oraz znaczenie norm prawa zwyczajowego na płaszczyźnie prawa krajowego musi wynikać bezpośrednio z ustrojowej regulacji faktów prawotwórczych, która nie może zostać zbagatelizowana na poziomie ustrojowym. Podobne stanowisko należy zająć wobec zagadnienia istnienia i funkcjonowania *soft law*. Powyższe przenosi zatem rozważania na grunt problematyki wprowadzenia wymaganej regulacji odnośnie do walidacji prawa, w tym unormowania zamkniętego katalogu źródeł prawa, a także świadomego czerpania z dostępnych możliwości na poziomie regulacyjnym systemu. Współcześni ustrojodawcy w bardziej zdecydowany sposób powinni czerpać z istniejących, atrakcyjnych konstrukcji prawnych, które zdołają uczynić system prawny wydajniejszym i bliższym pożądanym relacjom społecznym.

Bibliografia

- Bator A., *Debaty prawnicze. Rozmowa bez konsensusu*, w: *Ponowoczesność. Z zagadnień teorii i filozofii prawa*, red. M. Błachuta, Wrocław 2007.
- van den Berg P.A.J., *Politics of Codification in Meiji Japan (1868–1912). Comparative Perspective of Position of Customary Law in Japanese Civil Code*, Osaka University Law Review 2018, nr 65.
- Bogucki O., *Nielingwistyczna koncepcja normy a zagadnienia wykładni prawa*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2007, t. 69, z. 3.
- Brown L.N., *The Source of Spanish Civil Law*, The International and Comparative Law Quarterly 1956, t. 5, nr 3.
- Brożek B., *Normatywność prawa. Szkic teorii*, Logos i Ethos 2010, t. 28, nr 1.
- Dadak W., *Sankcje pozytywne w prawie karnym. Rzeczywistość czy wyobrażenie*, Przegląd Prawa Publicznego 2017, nr 1.
- Dupréel E., *Traktat o moralności*, przeł. Z. Glinka, Warszawa 1969.
- Florczykiewicz J., *Interpretacja wartości i norm społecznych przez młodzież – analiza porównawcza*, Lubelski Rocznik Pedagogiczny 2016, t. 35, nr 2.
- Glenn H.P., *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, wyd. 5, Oxford 2014.
- Goodhart A.L., *An Apology for Jurisprudence*, w: *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, red. P. Sayre, Nowy Jork 1947.
- Górski J., *Rola i zasięg zwyczajów w świetle kodeksu morskiego*, Technika i Gospodarka Morska 1964, nr 1.
- Gromski W., *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000.
- Jellinek G., *Ogólna nauka o państwie. Księgi 2–3*, przeł. M. Balsigierowa, M. Przedborski, Warszawa 1924.
- Kalisz A., *Rozwiązywanie kolizji norm i zasad w kontekście praw człowieka. Uwagi teoretycznoprawne*, w: *Wolność wypowiedzi versus wolność religijna. Studium z zakresu prawa konstytucyjnego, karnego i cywilnego*, red. A. Biłgorajski, Warszawa 2015.
- Kelsen H., *Czysta teoria prawa*, Warszawa 2014.
- Knypl T., Trzciński K., *Znaczenie zwyczajów i dobrych obyczajów w prawie handlowym i cywilnym*, Przegląd Prawa Handlowego 1997, nr 8.
- Kordela M., *Teoria prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna 2015, t. 4, nr 1.
- Korycka-Zirk M., *Reguły prawne jako istota pojęcia prawa w ujęciu H.L.A. Harta*, Studia Iuridica Toruniensia 2010, t. 6.
- Kostrubiec J., *Georg Jellinek – klasyk niemieckiej nauki o państwie (w 95. rocznicę śmierci)*, Lublin 2006.
- Kość A., *Relacja prawa i moralności we współczesnej filozofii prawa*, Roczniki Nauk Prawnych 2001, t. 11, z. 1.
- Kotowski A., *Ujęcia interpretacji celowościowej w teorii prawa*, Prokuratura i Prawo 2017, nr 11.
- Kurczewski J., *Prawo prymitywne. Zjawiska prawne w społeczeństwach przedpaństwowych*, Warszawa 1973.

- Kwon Y., Lee Y.-S., *The Legal Analysis of Traditional Leasehold in Korea (Chonsegwon) from a Comparative Legal Perspective*, Arizona Journal of International & Comparative Law 2012, t. 29, nr 2.
- Law of the Constitution*, red. A.V. Dicey, E.C.S. Wade, wyd. 9, Londyn 1939.
- Leszczyński L., *System prawa w ujęciu teoretycznoprawnym*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G 2017, t. 64, nr 1.
- Łopatka A., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1968.
- Malinowski B., *Wierzenia pierwotne i formy ustroju społecznego. O zasadzie ekonomii myślenia*, Kraków 1980.
- Matczak M., *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.
- Mielewczyk D.D., *Rozwój prawa japońskiego od początków państwowości Japonii do rozpoczęcia okresu Edo w 1603 r. Zarys zagadnień*, Gdańskie Studia Azji Wschodniej 2021, z. 20.
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 13, Toruń 2011.
- Muras Z., *Podstawy prawa*, Warszawa 2019.
- Ndulo M., *African Customary Law, Customs, and Women's Rights*, Indiana Journal of Global Legal Studies 2011, t. 18, nr 1.
- Niesiołowski J., *Leges imperfectae w prawie*, Gdańskie Studia Prawnicze 2017, t. 37.
- Nowacki J., Tobor Z., *Wstęp do prawoznawstwa*, wyd. 3, Warszawa 2012.
- Opalek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969.
- Örücü E., *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?*, Journal of Comparative Law 2008, t. 3, nr 1.
- Ørebech P., *How Custom Becomes Law in Norway*, w: P. Ørebech i in., *The Role of Customary Law in Sustainable Development*, Cambridge 2006.
- Ørebech P., Bosselman F., *The Linkage between Sustainable Development and Customary Law*, w: P. Ørebech i in., *The Role of Customary Law in Sustainable Development*, Cambridge 2006.
- von der Pfordten D., *Czym jest Prawo? Cele i środki*, tłum. M. Klinowski, Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej 2010, nr 1.
- Podgórecki A., *Prestiż prawa*, Warszawa 1966.
- Pogłódek A., Maksymiuk M., *Nauka polskiego prawa konstytucyjnego. Geneza polskiego konstytucjonalizmu*, w: *Prawo konstytucyjne*, red. B. Szmulik, Warszawa 2016.
- Petrażycki L., *Wstęp do nauki prawa i moralności*, Warszawa 1959.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 13, Warszawa 2015.
- Rot H., *Akty prawotwórcze w PRL. Koncepcja i typy*, Wrocław 1980.
- Roy R.D., *Traditional Customary Laws and Indigenous Peoples in Asia*, Londyn 2005.
- Schiller A.A., *Custom in Classical Roman Law*, Virginia Law Review 1938, t. 24, nr 3.
- Skuczyński P., *Soft law w perspektywie teorii prawa*, w: *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008.
- Studnicki F., *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*, Prace Komisji Prawniczej, nr 4, Kraków 1949.
- Szacka B., *Wprowadzenie do socjologii*, Warszawa 2003.
- Szczepański J., *Elementarne pojęcia socjologii*, Warszawa 1970.
- Trzcziński K., *Zwyczaj i prawo zwyczajowe jako źródła prawa prywatnego*, Rejent 1998, t. 8, nr 3.
- Tyler T.R., *Why People Obey the Law*, 1990.

- Tyszka A., *Kultura jest kultem wartości*, Lublin 1999.
- Urbański R., *Technika a wartości wychowawcze. Perspektywy antropologii pedagogicznej w świetle filozofii techniki*, Poznań 1989.
- Walicki A., *Filozofia prawa rosyjskiego liberalizmu*, Warszawa 1995.
- Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005.
- Wróblewski J., *Stosunki między systemami norm (1979)*, w: Jerzy Wróblewski. *Pisma wybrane*, wybór i wstęp M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2015.
- Ziemiński Z., *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1972.
- Ziemiński Z., *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966.
- Ziemiński Z., *Problemy logiczne definiowania prawa*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1961, t. 23, z. 2.
- Ziemiński Z., *Teoria prawa*, wyd. 1, Warszawa–Poznań 1972; wyd. 4, Warszawa–Poznań 1978.
- Ziemiński Z., *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990.
- Ziemiński Z., Wronkowska S., *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997.
- Znaniecki F., Thomas W., *Chłop polski w Europie i Ameryce*, Warszawa 1977.