

# **ZWYCZAJ W PRAWIE KANONICZNEM**

**DRUKARNIA PAŃSTWOWA W LUBLINIE**

# Biblioteka Uniwersytetu Lubelskiego

Wydział prawa kanonicznego

Nr. 1.

Ks Dr JAN WISLICKI

**ZWYCZAJ W PRAWIE KANONICZNEM**



LUBLIN  
NAKŁADEM UNIwersytetu LUBELSKIEGO  
1924

Ks Dr. JAN WIŚLICKI

# ZWYCZAJ W PRAWIE KANONICZNEM

**Scire leges, non hoc est, verba  
earum tenere, sed vim ac pote-  
statem.**

**L. 17. D. de legibus etc. I. 3.**



LUBLIN  
NAKŁADEM UNIWERSYTETU LUBELSKIEGO  
1924

N<sup>o</sup> 1164.

Nihil obstat, imprimatur.

Episcopus Lublinensis

† Marianus Leo.

*Lublina, 16 mai 1924.*



42210 <sup>11</sup>

42210

## W S T Ę P.

### Ogólny rzut oka na znaczenie zwyczaju w prawodawstwach ludów.

Przed omówieniem roli zwyczaju w prawodawstwach państwowych, zwróćmy uwagę na pytanie, co jest dawniejsze, czy prawo zwyczajowe, czy pisane<sup>1)</sup>. Kwestji tej nie zamierzamy tu zasadniczo rozstrzygać. Jakkolwiek bowiem, przy zawiązywaniu się organizmów społecznych, nie od razu widzimy prawo pisane, to jednak nie wynika z tego, by prawo, jakim ludzie wówczas się rządzili, było tylko zwyczajowem. Pismo nie należy do istoty prawa, a patriarcha czy zwierzchnik szczepu równie dobrze mógł ogłaszać prawa ustnie, jak i na piśmie. Chrystus nie zapomocą pisma ogłaszał swe prawo, a mimoto prawo Jego nie miało, nie ma i nie będzie miało sobie równego.

Jest rzeczą jasną, że takiego prawa, ustnie wydanego, nie można nazwać prawem zwyczajowem. Pochodzi ono bowiem nie od społeczności, lecz od jej zwierzchnika. Cokolwiek jednak możnaby przytoczyć na korzyść star-

---

<sup>1)</sup> Według Gracjana (Dictum Gratiani po c. 3. D. VI.) najdawniejszem jest prawo natury, które powstało z chwilą stworzenia pierwszej rozumnej istoty; gdy Kain wybudował miasto, gdy ludzie „zaczęli mieszkać wspólnie“ t. zn. zawiązywać związki społeczne, wytworzyło się prawo zwyczajowe, które podczas potopu doznało przerwy, lecz za Nemroda znowu przyszło do głosu; prawo pisane datuje się dopiero od Mojżesza. Aczkolwiek ktoś z uśmiechem pa-

szeństwa prawa zwyczajowego od prawa pisanego, jedno dzisiaj jest pewnem, że prawo pisane jest główną normą, kierującą społecznościami ludzkimi i, że zwyczaj, występujący obok niego jako źródło prawa za milczącą przynajmniej zgodą prawodawcy, co do mocy obowiązującej od prawa pisanego w znacznej mierze zależy.

Zwyczaj jako źródło prawa, znany był u wszystkich ludów. Znały go ludy pierwotne. Zwyczaj, odziedziczony po przodkach, był dla nich normą nienaruszalną, świętą; on określał ich stosunek do bóstw, do władzy, do bliźnich <sup>1)</sup>. Sparta rządziła się prawem zwyczajowym <sup>2)</sup>. W Rzymie, tak przed prawem XII tablic, jak i po niem przyjmowano

---

trzyłby na tę chronologję i naiwność średniowiecznego mnicha, to jednak z Phillipsem (Kirchenrecht, Regensburg, 1850, T. III. str. 696 sq.) można się tu dopatrzeć i głębszej myśli. Religja — historia świadkiem — była zawsze, zwłaszcza u ludów pierwotnych, bardzo ważnym węzłem społecznym. Z rozbiciem się więc potomstwa Adama na dwa odłamy, na synów bożych i ludzkich (Gen. VI, 2), z rozbiciem się rodzaju ludzkiego na różne szczepy, narody i państwa, musiało nastąpić ich oddalenie się od pierwotnego, czystego objawienia i prawa bożego, które nieskażone przechowało się tylko w szczepie, z którego pochodził Abraham, a za tem oddaleniem następowało stopniowe o niem zapomnienie i wytwarzanie się w jego miejsce nowych, fałszywych poglądów religijnych i prawnych. Oto teoria Gracjana co do powstania prawa zwyczajowego. Nikt mu zaś nie może wziąć za złe, że w XII. w. nie wiedział o odkryciach assyrjologów i nie znał kodexu Hammurabiego, że Mojżesza uważał za pierwszego twórcę prawa pisanego.

<sup>1)</sup> „Prastary zwyczaj jest najdoskonalszem prawem, zatwierdzonem w piśmie świętem i w rozporządzeniach boskich prawodawców“. Manu I, 108.

<sup>2)</sup> „Et non ineleganter in duas species ius civile distributum esse videtur, nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet, et Lacedaemonorum fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem, magis ea, quae pro legibus observabant, memoriae mandarent; Athenienses vero ea, quae in legibus scripta comprehendissent, custodirent“. § 12. Inst. I. 2.

zwyczaj<sup>1)</sup>); jaką prawo zwyczajowe miało powagę świadczą wypowiedzenia się o niem sławnych prawników rzymskich. Julianus mówi: „Quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?“<sup>2)</sup>. Tak samo Paulus: „Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere<sup>3)</sup>“. W państwie frankońskim Benedykt Lewita, pod maską Karola W., dzieli szczepy germańskie na takie, które są ze sobą związane prawem stanowionem i na połączone prawem zwyczajowem<sup>4)</sup>. W cesarstwie niemieckiem największem zjawiskiem prawa zwyczajowego jest przyjęcie właśnie drogą zwyczaju prawa rzymskiego<sup>5)</sup>. W Polsce ma prawo zwyczajowe stanowczą przewagę nad prawem pisanem. Wyrazem tego są słowa Frycza Modrzewskiego<sup>6)</sup>: „Są obyczaje jakoby źródła, z których prawa ciec i płynąć mają“. A kiedy dokonano kodyfikacji, zwanej Statutem Łaskiego (r. 1505.), równocześnie zarządzono, by każdy egzemplarz miał 12 kart próżnych, na którychby każda ziemia mogła spisać swe zwyczaje lokalne<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> LL. 32–39. Dig. (1–3); Cod VIII—53; St. Wróblewski, Zarys wykładu prawa rzymskiego, Kraków 1916. str. 39 sqq.

<sup>2)</sup> L. 32. Dig. (1–3).

<sup>3)</sup> L. 36. Dig. (1–3).

<sup>4)</sup> „Omnes, quocumque videantur legis vinculo constricti, vel consuetudinario more connexi“, c. 37. C. XI. qu. 1.

<sup>5)</sup> „Die grossartigste gewohnheitsrechtliche Bildung in Deutschland ist, aber die auf dem Wege der Gewohnheit erfolgte *Rezeption des römischen Rechts*, welches hierdurch in modifizierter Gestalt der justinianischen Gesetzgebung in Deutschland gelangte und sich in manchen Ländern (Preussen, Kgr. Sachsen) noch bis zum 1. Jan. 1900 als subsidiäres Recht in Geltung erhalten hatte“. Dr. Karl Gareis, Enzyklopedie und Methodologie der Rechtswissenschaft. Giessen 1913. str. 50.

<sup>6)</sup> Commentariorum de republica emendanda libri quinque 1554. c. 2.

<sup>7)</sup> Dr. Eug. Jarra, Ogólna teoria prawa, Warszawa 1920, str. 222 sqq.

Dopiero niektóre nowsze prawodawstwa państwowe, jak francuskie, austriackie ścieśniły znacznie wpływ zwyczajów na prawo<sup>1)</sup>.

Kościół katolicki, od początku swego istnienia, przyznawał — jak później zobaczymy — zwyczajowi w swem prawodawstwie dużą rolę. Kodeks Piusa X., nie tyle umniejszył jego znaczenie, jak raczej, jasno określając warunki, pod jakimi może on być źródłem prawa, znaczenie to podniósł jeszcze i uwypuklił.

Zapoznanie się z wymogami, jakie nowy Kodeks prawa Kanonicznego stawia faktowi zwyczajowemu, by tenże mógł się stać prawem — jest treścią niniejszej rozprawy.

---

<sup>1)</sup> J. B. Haring, *Grundzüge des Katholischen Kirchenrechts* Graz, 1916, str. 29 oraz Dr. R. Longchamps de Berier, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, Lublin, 1922, str. 43 sq.



## PODZIAŁ PRZEDMIOTU.

Kodeks Piusa X. zajmuje się *ex professo* kwestją zwyczaju w prawie kanonicznem w ks. I. w tyt II. od 25 do 30 kanonu. Inne kanony, rozsiane po całym Kodeksie, które wspominają o zwyczaju, są tylko zastosowaniem praktycznem wyłożonej w tych sześciu kanonach teorii. Ponieważ te sześć kanonów są przedmiotem naszego badania, dlatego podajemy je w tłumaczeniu ściśłem i wiernem.

### T Y T U Ł II.

#### O z w y c z a j u.

Kan. 25. Zwyczaj w Kościele otrzymuje moc prawa jedynie na podstawie zgody właściwego Przełożonego kościelnego.

Kan. 26. Społeczność, zdolna przynajmniej do przyjęcia prawa kościelnego, może wprowadzić zwyczaj zdolny do otrzymania mocy prawa.

Kan. 27. § 1. Żaden zwyczaj nie może w najmniejszej części uchylić prawa bożego, czyto naturalnego, czyto pozytywnego; lecz i o prawie kościelnem nie przesądza, chyba żeby był rozumny i prawnie zadawniony przez lat 40, nieprzerwanych i całkowitych; przeciwko prawu zaś kościelnemu, któreby zawierało klauzulę, zabraniającą zwyczajów na przyszłość, może jedynie przedawnić rozumny zwyczaj stuletni lub niepamiętny.

§. 2. Zwyczaj, który prawo wyraźnie odrzuca nie jest rozumny.

Kan. 28. Zwyczaj obok prawa, który społeczność świadomie zachowywała z zamiarem przyjęcia na siebie zobowiązania, wprowadza prawo, jeżeli również jest rozumny i prawnie przez tą 40 nieprzerwanych i całkowitych zadawniony.

Kan. 29. Zwyczaj jest najlepszym praw tłumaczem.

Kan. 30. Z zachowaniem w mocy przepisu kan. 5. zwyczaj przeciw prawu lub obok prawa uchyla się przez przeciwny zwyczaj lub prawo; lecz prawo jeżeli nie uczyni o nich wyraźnej wzmianki, nie uchyla zwyczajów stu-letnich albo niepamiętnych, ani prawo ogólne zwyczajów partykularnych.

Jak już na pierwszy rzut oka widać, prawodawca kościelny w kilkunastu zaledwie zdaniach, zamknął cały traktat o jednym ze źródeł prawa kościelnego, wyraził dokładnie wszystkie warunki, jakich ustawy kanoniczne domagają się od zwyczaju, by mógł mieć moc prawną, określił jego granice i odwołanie, pozostawiając dla kanonistów szerokie pole do badania i szukania tych warunków, jakie z natury samego zwyczaju wynikają. Słusznie też ktos nazwał ten tytuł „O zwyczaju“ „małym traktatem prawa, a nie filozofji“.

Traktat ten w myśl Kodeksu, można podzielić na następujące rozdziały: I. O przyczynie formalnej prawa zwyczajowego (c. 25). II. O przyczynie materialnej prawa zwyczajowego (c. 26). III. O zwyczaju przeciw prawu (c. 27). IV. O zwyczaju obok prawa (c. 28). V. O zwyczaju podług prawa (c. 29). IV. O uchyleniu zwyczaju (c. 36).

Taki jednak podział, jakkolwiek ze względów praktycznych, ze względów kodyfikacyjnych jest wystarczający, nie wystarcza ze względów naukowych. Aby głębiej wniknąć w naturę prawa zwyczajowego przyjmujemy z pewnemi zmianami podział naogół w nauce przyjęty. Podział ten jest następujący:

- Rozdział I. Pojęcie zwyczaju i różne jego rodzaje.
- „ II. Zwyczaj w historii prawodawstwa kościelnego.
  - „ III. O naturze prawnej zwyczaju.
  - „ IV. O warunkach, wymaganych przez św. kanony, aby zwyczaj faktyczny stał się prawomocnym.
  - „ V. O skutkach prawnych zwyczaju.
  - „ VI. Stwierdzenie zwyczaju.
  - „ VII. Wygaśnięcie i uchYLENIE zwyczaju.
-



## ROZDZIAŁ I.

### Pojęcie zwyczaju i różne jego rodzaje.

Z góry zaznaczamy, że zwyczaj możemy pojmować w podwójny sposób: albo przyczynowo, jako fakt, albo formalnie, jako prawo.

Przez zwyczaj, jako fakt, rozumiemy pewną, ściśle określoną czynność, często powtarzaną.

W najogólniejszem tedy znaczeniu, może być mowa także i o zwyczajach zwierząt i ptaków<sup>1)</sup>. W prawie jednak możemy mówić tylko o czynnościach ludzkich, płynących ze świadomości i wolnej woli. Czynność może być pozytywna lub negatywna. Pozytywna polega na działaniu, spełnianiu czegoś, negatywna na zaniechaniu, nie czynieniu czegoś, do czego jesteśmy obowiązani. Bierne zachowanie się w obec jakiegoś faktu, tolerowanie go, nie wystarcza, przynajmniej nie zawsze, do wytworzenia zwyczaju, o jaki w prawie nam chodzi. Także czynności spełnianych przymusowo, z konieczności lub nieświadomie, nikt nie nazwie zwyczajem. Czynność ta musi być ściśle określona i częstotliwa. Jak z reguły nie wystarcza, by powstał zwyczaj przez spełnianie tej samej czynności raz lub dwa razy, tak samo nie wystarcza czynność, bardzo często nawet powtarzana, nie skierowana do jednego i tego samego, ściśle oznaczonego celu. W końcu czynność ta ma być stale powtarzana

---

<sup>1)</sup> Bouix, Tractatus de principiis iuris canonici, Monasterii, 1853 str. 271.

nie przez jednostkę, lecz przez społeczność. Jakkolwiek kanony przypuszczają, że jednostka przez akty często powtarzane, pod pewnymi warunkami, może uzyskać prawo subiektywne, to jednak prawo przedmiotowe, normatywne może powstać tylko z częstotliwych czynności, spełnianych przez społeczność, jeżeli się ziszcza warunki, ustawowo wymagane przez Kościół. Jeśli niema tych warunków — zwyczaj jest tylko faktem, jest zwyczajem faktycznym, jeśli są, zwyczaj staje się prawem, normą działania, obowiązującą wszystkich, jest zwyczajem prawnym.

Czemże tedy jest zwyczaj prawny?

Jest to prawo przedmiotowe, powstałe z częstotliwych czynności, spełnianych pod pewnymi, ustawowo wymaganymi warunkami, przez daną społeczność.

A czym zwyczaj w Kościele?

W Kościele jest to prawo przedmiotowe, niepisane, powstałe wskutek częstotliwego spełniania pewnej czynności przez społeczność kościelną, zdolną do otrzymania prawa, przy zachowaniu warunków, wymaganych przez prawodawcę kościelnego<sup>1)</sup>.

W wątpliwości, czy chodzi o fakt zwyczajowy czy o zwyczaj prawny, rozumieć zawsze należy ten ostatni, gdyż tak Dekret jak i Dekretały i Kodeks o nim tylko mówią.

Z tego ogólnego pojęcia prawa zwyczajowego możemy łatwo rozpoznać różnicę, jaka zachodzi między niem a 1) faktem zwyczajowym, 2) prawem przekazaniem, 3) pra-

---

<sup>1)</sup> Gracjan podaje za Izydorem w c. 5. D. I. następującą definicję: „Jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur cum deficit lex“. Słusznie definicję tę odrzuca De Angelis (Praellectiones juris canonici, Romae, 1877 — 1891. t. I. str. 77 sq.) jako niezupełną, gdyż właściwie odnosi się ona tylko do zwyczaju obok prawa. Gdyby zaś miała obejmować i zwyczaj przeciwko prawu i podług prawa, wtenczas trzebaby w niej znów określać słowa: „cum deficit lex“, a więc w każdym razie jest niejasną.

wem pisanem, 4) przedawnieniem, 5) stylem kurji i 6) obserwancją<sup>1)</sup>.

Różni się prawo zwyczajowe od zwyczaju jako faktu, gdyż ostatni jest przyczyną, a pierwsze skutkiem. Zwyczaj prawny musi mieć pewne warunki, wymagane przez prawo, do zwyczaju faktycznego tych warunków nie potrzeba. Zwyczaj prawny może być wprowadzony tylko przez społeczność kościelną, zdolną do otrzymania prawa i za zgodą prawodawcy, zwyczaj faktyczny może ustalić sama społeczność, a nawet i jednostka.

Różni się prawo zwyczajowe od prawa przekazanego. Prawo przekazane, zwane także tradycją, obejmuje ustawy prawne, nadane bezpośrednio przez prawodawców kościelnych, lecz nie na piśmie, tylko ustnie, a przechowywane przez wiarygodnych świadków, jak Pisarzów, Ojców, Doktorów Kościoła i przez praktykę wiernych<sup>2)</sup>. Niektóre z tych zarządzeń pochodzą od Chrystusa np. dotyczące materji i formy sakramentów; inne sięgają czasów apostoelskich, jak święcenie niedzieli, potrójne zanurzanie przy chrzcie, post 40-dniowy, termin obchodzenia Paschy itp.; inne wreszcie pochodzą z pierwszych wieków Kościoła, jak zwyczaj żegnania się znakiem krzyża, błogosławienie wody chrzcielnej, trzykrotne namaszczenie olejem św. przy chrzcie itp. „tradycje ojców“ i „reguły starych“ (veterum regulae)<sup>3)</sup>. Stąd rozróżniamy potrójną tradycję: boską,

<sup>1)</sup> Dr. S. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, I. Theil, Breslau 1899 str. 131 — 138.

<sup>2)</sup> „Harum et aliarum eiusmodi disciplinarum, si legem expostules Scripturarum, nullam invenies; traditio tibi praetendetur auctrix, consuetudo confirmatrix et fides observatrix“. Tertuljan; De corona c. 4, MPL. II. col. 99.

<sup>3)</sup> Sw. Bazyli w r. 371. pisze c. 5. D. XI.: „Exempli causa, eos, qui in Domini nostri Iesu Christi nomine spem posuerunt, figura crucis signari, ecquis scripto docuit? Verba invocationis, cum panis Eucharistiae et calix benedictionis offertur, quis ex sanctis Patribus

apostolską i kościelną. Nie da się zaprzeczyć, że w praktyce trudno nieraz odróżnić najdawniejsze prawo przekazane od zwyczaj<sup>1)</sup>, teoretycznie jednak rzecz biorąc, różnicę spostrzegamy. I treść prawa przekazanego i jego ogłoszenie ustne zależy od woli prawodawcy kościelnego, treść prawa zwyczajowego ustalają wierni i promulgują je przez praktykę za milczącą przynajmniej lub legalną zgodą kościoła.

Różnica jest między prawem zwyczajowym a pisanem, czyli ustawą kościelną<sup>1)</sup>). Różnica ta polega na tem, że prawo pisane, i co do swego istnienia i co do zakresu, zależy zupełnie od prawodawcy kościelnego, prawo zwyczajowe określają wierni społeczności kościelnej. Ustawę kościelną formułuje prawodawca i ogłasza na piśmie, stąd z reguły jest ona jasna, dokładna, zrozumiała i pewna, prawo zwyczajowe wchodzi w życie za zgodą tylko prawodawcy drogą faktu, praktyki, stałego postępowania wiernych i, jako zależne od różnych okoliczności, z natury swej jest chwiejne, niekiedy nieokreślone dokładnie. W dzisiejszych społeczeństwach cywilizowanych, a tem bardziej w Kościele, ustawa pisana jest główną normą, regulującą czynności podwładnych, prawo zwyczajowe jest normą uboczną.

Mówiąc o różnicy między prawem pisanem a zwyczajowym, poruszają kanoniści kwestję, czy prawo zwyczajowe przez spisanie traci swą moc i staje się prawem stanowionem, czy też mimo spisania zachowuje swą pierwotną siłę prawa zwyczajowego? Z góry zaznaczyć należy,

---

*scripta nobis reliquit?.. Benedicimus aquam baptismatis et oleum unctionis, atque illum ipsum praeterea, qui baptisatur ex qua scriptura? nonne occulta et mystica traditione? Quid? ipsam olei unctionem quis sermo scriptus docuit? Quod homo ter mergendus sit, unde accepimus“.*

<sup>1)</sup> Bouix: De princ, l. c. str. 276.



i na to każdy się godzi, że pismo nie należy do istoty prawa, jak to widzimy na prawie przekazaniem i zwyczajowem. Jest to tylko forma zewnętrzna, dodatkowa, a nie istotna, bardzo pożyteczna, ale nie konieczna. Mimo to nie brak kanonistów, którzy twierdzą, że wskutek spisania prawo zwyczajowe staje się prawem stanowionem<sup>1)</sup>. Powołują się oni na dictum „cum itaque“ po c. 5. D. I., gdzie Gracjan twierdzi, iż gdy prawo zwyczajowe zostanie częściowo spisane, a częściowo niespisane, część spisana zowie się konstytucją, a część niespisana zwyczajem. Słuszność jednak należy tu przyznać Suarezowi, który podtrzymuje moc obowiązującą prawa zwyczajowego, nie tylko na wypadek, gdy zostanie spisane przez tego, kto nie ma władzy prawodawcy w Kościele, ale i wówczas także, gdy spisane zostanie przez samego prawodawcę, chyba, że prawodawca ogłasza je jako swoją ustawę. Powadze Gracjana, na którego powołują się przeciwnicy, możemy przeciwstawić powagę Papieża Bonifacego VIII. Przytacza on w swoim zbiorze dekretów Klemensa III. (IV), w którym powiedziano, iż beneficja, wakujące w Kurji, może tylko Papież nadawać, i dodane są słowa: „Nos itaque laudabilem reputantes huiusmodi consuetudinem et eam auctoritate Apostolica approbantes, ac nihilominus volentes ipsam inviolabiliter observari“<sup>2)</sup>. Z tych słów wynika, że przez potwierdzenie dekretami prawa zwyczajowego, prawodawca kościelny nie tylko nie odbiera mu jego siły, lecz jeszcze nowej mocy mu dodaje. Potwierdza to i rozum. Jak bowiem, co do tej samej rzeczy, mogą być dwa prawa pisane, i obydwa obowiązują, zwłaszcza gdy jedno jest powszechne, a drugie partykularne, tak samo mogą być i dwa prawa, z których jedno jest pisane,

<sup>1)</sup> Suarez, Tractatus de legibus ac Deo legislatore, Neapoli 1872. I. VII. c. II.

<sup>2)</sup> c. 2. (III. — 4.) in VI-to.

a drugie zwyczajowe. Również Klemens III. postanawiając, iż krewni mogą świadczyć przy zwalczaniu małżeństwa z tytułu pokrewieństwa, nadmienia, że za tem przemawia i zwyczaj i ustawy<sup>1)</sup>). Kwestja ta nie jest błahą rzeczą, nie polega tylko na grze słów, jak trafnie zauważa Suarez. Jeżeliby się bowiem zdarzyło, że prawo zwyczajowe jest specjalne, a późniejsze prawo pisane ogólne i, że to ostatnie przez przywilej zostało uchylone, pozostałoby jeszcze w mocy prawo zwyczajowe, gdyby o niem w reskrypcie nie było osobnej wzmianki. Zrozumiałą jest rzeczą, że ogłoszenie prawa zwyczajowego przez prawodawcę wtedy tylko nie zmienia jego mocy prawnej, gdy ono przed spisaniem było już prawomocnem; gdy bowiem zwyczaj jest dopiero zapoczątkowany, gdy nie ma wszystkich prawnych wymogów, wtenczas przez spisanie otrzymuje tylko moc prawa stanowionego<sup>2)</sup>).

Nie można identyfikować prawa zwyczajowego z przedawnieniem<sup>3)</sup>). Prawda, że między jednym a drugim jest duża analogja, podobieństwo, gdyż i przedawnienie i prawo zwyczajowe na fakcie się opiera, z którego pod pewnymi warunkami rodzi się pewne prawo, innemi słowy: preskrypcja wymaga pewnego rodzaju zwyczaju, a zwyczaj pewnego rodzaju preskrypcji, by były prawem, ale jest także wielka różnica. Przedawnienie nadaje tylko prawo podmiotowe, władzę moralną, nienaruszalną posiadania lub czynienia czegoś, nadaje prawo własności rzeczy materialnej np. roli lub niematerialnej np. jurysdykcji, wprowadza obowiązek sprawiedliwości lub zwalnia od niego—zwyczaj wprowadza obowiązek legalny lub wyjmuje

1) „tam antiqua consuetudine, quam legibus approbatur“  
c. 3 (IV—18).

2) Suarez, I. c. I. VII c. II.

3) Bouix, I. c. str. 277.; Petr. Kreutzwald, De canonica iuris consuetudinarii praescriptione. Fryburg. 1873. str. 67 sqq.

z pod niego, rodzi prawo przedmiotowe, normę, ustawę, na której opierają się prawa subiektywne. Stąd też preskrybować może tylko osoba fizyczna, a nawet i osoba moralna, społeczność, gdy dochodzi do posiadania jakiejś rzeczy na mocy zadawnienia, to dochodzi nie w charakterze społeczności, nie dlatego, że jest społecznością, lecz jako osoba prywatna staje się właścicielem prywatnym—zwyczaj nie może być zaprowadzony przez jednostki, przez prywatnych, on może być tylko wprowadzonym przez społeczność lub przez większą jej część, zdolną do przyjęcia prawa. I znów dalsze różnice, same przez się występują. Przy preskrypcji jeden ponosi szkodę, drugi zyskuje, przy zwyczaju cała społeczność ponosi szkodę lub odnosi korzyść. Przy zwyczaju potrzeba zgody tego, przeciw którego prawom wprowadza się zwyczaj przeciwny tj. prawodawcy — przy przedawnieniu, zgody tego, którego rzecz ma się nabyć, nie potrzeba. Dla tego też przy przedawnieniu potrzebny jest tytuł i dobra wiara, t. j. posiadanie rzeczy jako swojej, przy zwyczaju nie potrzeba ani tytułu ani dobrej wiary. Zwyczaj jako prawo przedmiotowe, wprowadzone przez społeczność jest *res favorabilis*, przedawnienie, jako prawo podmiotowe, jednostki jest *res odiosa*. Stąd zwyczaj, byle tylko nie był przeciwny prawu ogólnemu lub na szkodę trzeciego, może być rozciągnięty z wypadku na wypadek, z miejsca na miejsce, preskrypcję zawsze należy ściśle tłumaczyć.

Różni się zwyczaj od stylu kurji. Słowem stylus oznaczano pierwotnie u Rzymian rylec spiżowy, używany przy pisaniu, następnie samo pismo, później sposób wyrażania swych myśli na piśmie, a w końcu pewien stały sposób postępowania przy załatwianiu spraw w dykasteryjach kościelnych. Ten sposób, ta forma sztuczna postępowania, czyto w procedurze sądowej, czy w układaniu reskryptów, przez dłuższy czas zachowywana, nabiera mocy

obowiązującej, prawnej<sup>1)</sup>. Czemże tedy jest styl kurji w porównaniu ze zwyczajem? Jest zwyczajem, ale ściśnionym do pewnej materji, podczas gdy zwyczaj, jako taki, ściśle określonej materji nie ma. Moc stylu obowiązująca nie sięga poza kurję i osoby, załatwiające w niej sprawy; zwyczaj zaś, wprowadzony przez społeczność, całą społeczność obowiązuje. Że styl kurji, zwłaszcza rzymskiej, stanowi w pewnych wypadkach prawo, dowodem tego kan. 20. Kodeksu, który opiewa: „Jeżeli w pewnej sprawie brak wyraźnego przepisu prawa, tak ogólnego, jak partykularnego, należy brać normę... ze stylu i praktyki Kurji rzymskiej“.

Jest wreszcie różnica między zwyczajem a obserwacją. Obserwacja dotyczy nietylko praw, w czem podobna jest do zwyczaju, lecz także i przywilejów, reskryptów, kontraktów, legatów. Obserwacja tedy przypuszcza istnienie jakiegoś stosunku prawnego i polega na jego zachowaniu, podczas gdy zwyczaj jest jego przyczyną. Stąd też obserwacja może być tylko podług prawa, zwyczaj zaś i obok prawa i przeciwko prawu.

Gdy przez odróżnienie zwyczaju od pokrewnych mu zjawisk prawnych dokładniej zarysowało się nam jego ogólne pojęcie, przypatrzmy się podziałowi prawa zwyczajowego.

Ze względu na czworaką przyczynę każdej rzeczy, poczwórny podział zwyczaju przyjmują kanoniści.

Ze względu na cel czyli skutki zamierzone, rozróżnia Kodeks prawa Kan. zwyczaj podług prawa, obok prawa i przeciwko prawu.

Zwyczaj podług prawa przypuszcza istnienie prawa, które przez praktykę zatwierdza, wprowadza w życie, albo gdyby było niejasnem i wiele dopuszczało tłumaczeń, ustala jego zachowywanie według jednego tłumaczenia<sup>2)</sup>. W tem

<sup>1)</sup> Wernz, *Ius Decretalium*, t. I. Romae 1905, str. 276.

<sup>2)</sup> „*Leges firmanatur cum moribus utentium approbantur*“. c. 3.

znaczeniu kan. 29. mówi: „Zwyczaj jest najlepszym praw tłumaczem“. Zwyczaj ten nie dodaje prawu żadnej wewnętrznej mocy ani trwałości, lecz zewnątrz tylko wzmacnia je, chroniąc przed przeciwnym zwyczajem i utrudniając jego zniesienie. Właściwie jest to zwyczaj faktyczny, a nie prawny, gdyż praktykujący go nie mają zamiaru przyjęcia na siebie żadnego nowego zobowiązania, nie mają zamiaru wprowadzenia prawa. Tak np. słuchanie Mszy św. w niedzielę i święta nakazane, spowiedź wielkanocna, stale zachowywane, nie wprowadzają żadnego nowego zobowiązania dla wiernych. Dlatego też ze zniesieniem prawa, znosi się i zwyczaj podług prawa, chociażby żadnej o nim nie było wzmianki.

Zwyczaj obok prawa, zwany także ustanawiający prawo, jest taki, który w braku prawa pisanego, coś nakazującego lub zakazującego, pewien stały sposób działania podnosi do godności prawa. Do tego zwyczaju odnosi się głównie definicja św Izydora w Dekrecie Gracjana<sup>1)</sup>: „Jest niejakię prawo z obyczajów postanowione, które miewa władzę prawa pisanego, gdzieby takowego pisanego prawa nie dostawało“<sup>2)</sup>. Ten rodzaj prawa zwyczajowego na równi z prawem stanowionem obowiązuje i w sumieniu i w trybunałach sądowych, i dlatego powinno być zachowywane. Jeżeli się zważy na powszechność Kościoła katolickiego, łatwo zrozumiemy, że Kościół nie mógł określać w najdrobniejszych szczegółach i przewidzieć różnych okoliczności, w jakich się wierni znajdują, stąd dla zwyczaju obok prawa jest w Kościele dosyć obszerne pole i wiele praw, tą drogą powstałych, później dopiero Kościół ogłosił pismem jak: powstanie i rozwój beneficjów kościelnych,

---

1) c. 5. D. I.

2) Linde, Słownik j. p. słowo: Zwyczaj.

prawa proboszczowskie, patronackie, prawa kapituł katedralnych, małżeńska przeszkoda różności wiary itd.<sup>1)</sup>

Zwyczaj przeciwko prawu jest ten, który prawo już istniejące znosi w całości (abrogat), lub w części (derogat), lub przeszkadza przyjęciu jakiegoś prawa zaraz po jego ogłoszeniu. Nawet zwyczaj partykularny może uchylić prawo ogólne w całości lub części, chociaż nie może tego uczynić prawo stanowione partykularnego prawodawcy. Powodem tego jest, że w pierwszym wypadku, byle zwyczaj miał inne warunki, wymagane przez prawo, jest zgoda najwyższego prawodawcy kościelnego, a w drugim jej niema. Zwyczajami przeciw prawu pisanemu w Kościele są: przypuszczenie świeckich do pełnienia funkcji święceń niższych, zadosyćuczynienie obowiązкови słuchania Mszy św. w niedziele i święta nakazane poza kościołem parafjalnym, możność odbycia spowiedzi wielkanocnej przed każdym kapłanem, aprobowanym do słuchania spowiedzi itd.<sup>2)</sup> Gdy mowa o prawie zwyczajowem przeciwnem prawu pisanemu, zwrócić należy uwagę, że przeciwieństwo to może być tylko kolejne (successive), a nie równoczesne (simultanee). Z tą bowiem chwilą, kiedy zwyczaj faktyczny, przeciwny ustawie, staje się prawem, usuwa on ustawę w części lub w całości tak, że o równoczesnem istnieniu prawa stanowionego i zwyczajowego, a więc dwóch praw sobie przeciwnych, nie może być mowy. Co najwyżej, może być ustawie przeciwnym i równocześnie z nią istnieć tylko zwyczaj faktyczny czyli niedoskonały, zapoczątkowany dopiero, a nie prawny.

Ze względu na materję, na przedmiot dzieli się zwyczaj na cywilny i kanoniczny. Przedmiotem pierwszego są sprawy doczesne, pod kątem patrzenia doczesnym, doty-

<sup>1)</sup> Aichner, Compendium iuris ecclesiastici, Brixen 1900, str. 32, uw. 9.

<sup>2)</sup> Aichner, l. c. uw. 6.

czące państwa; przedmiotem drugiego, są sprawy duchowne, a doczesne o tyle, o ile odnoszą się do celu nadprzyrodzonego, duchownego. O zwyczaju tedy mieszanym nie może być mowy. Jasną jest rzeczą, że Kodeks tylko zwyczajem kanonicznym się zajmuje.

Ze względu na przyczynę formalną rozróżnia się zwyczaj sądowy i pozasądowy. Zwyczaj sądowy zwie się także *usus forensis*. Należy go odróżnić od stylu kurji. Styl — jak widzieliśmy — odnosi się do sposobu postępowania w różnych sprawach, nietylko sądowych, lecz i pozasądowych, *usus forensis* odnosi się tylko do materji sądowej<sup>1)</sup> Wprawdzie słusznie zaznacza Kodeks w kan. 17, § 3. Tłumaczenie prawa, „dane w formie wyroku sądowego, albo reskryptu, w sprawie szczegółowej, nie ma mocy prawa i wiąże tylko osoby i dotyczy rzeczy dla których jest dane“, gdyż jak powtarza glossa<sup>2)</sup> za Kodeksem rzymskim<sup>3)</sup> „non exemplis sed legibus iudicandum est“, jednak ogólne jest zdanie kanonistów, że orzeczenia sądowe trybunałów kościelnych zwłaszcza, jeżeli są liczne i zgodne i w takich samych, lub podobnych warunkach wydane, mają duże znaczenie i powagę i stanowią dla sądownictwa duchownego pewną wskazówkę. Powołują się oni w tym wypadku na prawo rzymskie, które w wątpliwościach prawnych odsyłało sędziego do „*consuetudi-*

<sup>1)</sup> Przez *forum* w zwykłym znaczeniu rozumiano w starożytnym Rzymie miejsce, na którym odbywały się targi. A ponieważ sądy również odbywano na placach publicznych, stąd nazwę *forum* przeniesiono na miejsce odbywania sądów, następnie na terytorjum, wyznaczone sędziemu, a w końcu na czynności sądowe. *Forum* jednak nie oznacza porządku, ani sposobu postępowania w sądzie, lecz obejmuje zbiór praw, przypadających ze względu na jurysdykcję, obejmuje sposób wykonywania jurysdykcji, a więc także liczne zgodne decyzje trybunałów kościelnych.

<sup>2)</sup> Glossa do słowa „*legitime sit praescripta*“, c. 11. (1—4).

<sup>3)</sup> L. 13. Cod. (VII—45).

nem, aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem“<sup>1)</sup>. Zwyczaj pozasądowy wprowadza się i utrwała przez społeczność. Nie ulega zaś wątpliwości, że w społeczności kościelnej ludzie nauki, a zwłaszcza kanoniści dużą odgrywają rolę, że w znacznej mierze przyczyniają się do tłumaczenia i ustalenia praw i zwyczajów. Powaga ich nie pochodzi stąd, jakoby byli obdarzeni jakąś jurysdykcją, tej nie mają, ale z siły argumentów, jakie przytaczają na uzasadnienie i objaśnienie prawa. Im liczniejsze i poważniejsze są za jakimś tłumaczeniem zdania, tem większa jego powaga. Tak kanoniści mogą przyczynić się do wprowadzenia jakiegoś prawa zwyczajowego.

Uwzględniając przyczynę sprawczą zwyczaju t. j. społeczność, która go powołuje do bytu i źródła prawa kanonicznego, kanoniści różne podają podziały. Najodpowiedniejszym jest n. zd. podział na zwyczaj powszechny, praktykowany przez cały Kościół, ogólny, wprowadzony w jakiejś prowincji kościelnej lub w większem państwie, partykularny, zachowywany w jednej diecezji lub innej społeczności kościelnej, zdolnej do otrzymania prawa<sup>2)</sup>.

Inne podziały<sup>3)</sup> na zwyczaje: dobre i złe, rozumne i nierozumne, zwykłe i stuletnie lub od czasów niepamiętnych, zachowane przez Kodeks i odrzucone, uprzywilejowane i nieuprzywilejowane, w toku rozprawy niniejszej się wyjaśnia.

---

<sup>1)</sup> L. 38. Dig. I. 3.; Wernz. *Ius Decretalium*, Romae 1905. t. I. str. 276.

<sup>2)</sup> Dr. S. Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, I. Theil, Breslau 1899, str. 64 sq. 101 sq. 138 sq.

<sup>3)</sup> Bouix, l. c. str. 274 sqq.



## ROZDZIAŁ II.

### Zwyczaj w historii prawodawstwa kościelnego.

Nie można przytoczyć powodów, któreby z nieubłaganą konsekwencją wykazywały konieczność wprowadzenia przez Kościół zwyczaju, jako źródła prawa kanonicznego. Takich powodów niema. Można jednak wskazać racje, które doradzały Kościołowi uznanie mocy prawnej zwyczaju i uzasadniają jego stanowisko w prawodawstwie kościelnem.

Oto niektóre z tych racyj:

Nietylko na człowieka pierwotnego, ale i na człowieka cywilizowanego, pewien stały sposób postępowania, fakta pewne, ciągle powtarzane przez ojców, dziadów i pradziadów, wywierają jakiś magnetyczny wpływ, zawsze i wszędzie są uważane za coś nietykalnego i świętego, mimowoli narzucają się jako norma działania i ułatwiają decyzję w sprawach trudnych, zawitych<sup>1)</sup>. Kościół katolicki, który jest przedłużeniem misji Chrystusowej, którego zadaniem jest przechowywanie nienaruszalnego tego, co Chrystus, Apostołowie mu przekazali, co pierwsi chrześcijanie praktykowali, nie może nie liczyć się z tradycją, ze zwyczajem, gdyż ten zwyczaj, ta tradycja jest dla niego źródłem wielu norm prawnych działania. Poszanowania zwyczaju domaga się tedy powołanie Kościoła z jednej strony, a z drugiej i wspomniana właściwość i skłonność natury

---

<sup>1)</sup> Jarra, l. c. str. 222.

ludzkiej. Jak łaska nadprzyrodzona nie znosi natury człowieka, tylko ją uzacnia, podnosi, udoskonala, tak i Kościół nie mógł nie uznać tej skłonności do poszanowania przez człowieka zwyczajów ojców, zwłaszcza, gdy w dobrych się przejawiała kierunkach i sprawach i najśluszniej postąpił, gdy nadał im moc prawną, obowiązującą.

Potrzeba uznania zwyczaju pod pewnymi warunkami, jako źródła prawa kanonicznego, leży także w naturze Kościoła, jako społeczności powszechnej. Kościół katolicki obejmuje przecież w swem łonie wszystkie niemal narody ziemi, narody, mieszkające w najrozmaitszych warunkach geograficznych, klimatycznych i gospodarczych, narody o różnej przeszłości historycznej, kulturze i cywilizacji, o różnych zwyczajach i obyczajach. Sprawy religijne chrześcijanina — katolika nie stanowią sfery jakiejś odrębnej, zamkniętej w sobie i ściśle odgraniczonej od innych dziedzin jego życia prywatnego, rodzinnego, społecznego i kulturalnego, lecz na wszystkie te dziedziny oddziałują, przenikają je i wyciskają na nich swe piętno. Kościół powszechny tedy nie może w swem prawodawstwie ogólnem wchodzić w najdrobniejsze szczegóły, nie może drobiazgowo określać pojedynczych czynności swych wiernych każdego narodu czy szczepu. Kościół w swem pospolitem prawie może dać tylko ogólne wytyczne normy postępowania. I tak też czyni. Zastrzegając sobie rolę głównego regulatora i kontrolora, pozostawia on szerokie pole dla prawodawstwa partykularnego, dla miejscowych zwyczajów, o ile z duchem Chrystusowym są one w zgodzie. Ta rozmaitość w sprawach drugorzędnych, drobnych, nie tylko nie burzy i nie szpeci jedności, miłości i zgody w Kościele, przeciwnie, upiększa je jeszcze. Kościół, Oblubienica Chrystusa, podobna jest przez to do owej królowej dziewiczej w Psalmach <sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> Ps. XLIV, 10; Phillips, Kirchenrecht, t. III. str. 723.

która stanęła po prawicy swego boskiego Oblubieńca, ubrana w szatę złocistą, w perły i drogie kamienie.

Wreszcie, ileżto w ciągu wieków spotykało Kościół zarzutów, że jest on zanadto chciwym władzy, że uprawia prawdziwą tyranję duchową? Otóż przez liczenie się ze zwyczajami, przez uwzględnianie skłonności ludzkich, przywiązujących się do pewnych nawyknień, okazuje się on nie tyranem, lecz ojcem wyrozumiałym i dobrotliwym dla swych dzieci i dobrym psychologiem. Pozostawia on wier-  
nym duże pole do prywatnej inicjatywy, daje im sposobność do dobrowolnej i ochotnej współpracy dla dobra Kościoła i dla najświętszych ideałów ludzkości. A nie da się zaprzeczyć, że praktyki, które sama społeczność uzna za potrzebne i pożyteczne, są spełniane z większą sumiennością i gorliwością, niż narzucone jej przez władzę. Nie można zaś tym wywodom zarzucić, że, ponieważ wierni nie mają w Kościele władzy prawodawczej, więc nie mogą także zwyczajowi faktycznemu nadawać mocy obowiązującej, prawnej. Brak ten bowiem może uzupełnić prawodawca kościelny, zwłaszcza gdy widzi, że zwyczaj jakiś jest rozumny i że jest naturalnym wyrazem potrzeb danej społeczności kościelnej <sup>1)</sup>).

Zwrócić jednak należy uwagę, że oprócz względów, sprzyjających rozwojowi zwyczaju w Kościele, były także i przeciwne mu prądy. Do nich przedewszystkiem trzeba zaliczyć cechę jedności Kościoła, jakoteż wysokie stanowisko i godność jego władzy prawodawczej, opartej na bezpośrednim ustanowieniu przez Chrystusa. Jak prawo Boże pozytywne czy naturalne, bezpośrednio lub pośrednio z woli Bożej płynące, w pojęciach katolickich większą musiało mieć wagę i znaczenie niż prawo ludzkie, tak z drugiej strony prawo, pochodzące od władzy kościelnej,

<sup>1)</sup> C. Lombardi, *Institutiones iuris canonici*, Romae 1901, t. I. str. 54.

ustanowionej bezpośrednio przez Chrystusa, większą miała powagę niż prawo, wprowadzone tylko przez samych wiernych<sup>1)</sup>).

W świetle tych uwag przyjrzyjmy się gospodarowaniu zwyczaju na niwie kościelnej.

Prawa, jakimi się rządził pierwotny Kościół, to przede wszystkim prawo Boże naturalne i objawione, to różne rozporządzenia Apostołów i uczniów Apostolskich. Dążeniem pierwszych chrześcijan było dostosować swe życie do postulatów Ewangelji i nauki przekazanej, przejąć się nimi tak, by one stały się niejako drugą ich naturą. Stąd też nie było łatwym już Ojcom Kościoła odróżnić prawo, tradycję od zwyczaju<sup>2)</sup> Zwyczaj był tłumaczem prawa, ustalał jego zakres, wzmacniał jego pozycję, stał na jego straży, chroniąc je przed zapomnieniem i zmianą. Ale też i pokrywał on się w zupełności z prawem, z tradycją i z chwilą, gdy prawo przestawało istnieć, znikał i zwyczaj.

Wcześniej jednak, oprócz zwyczaju podług prawa, przychodzi do głosu i zwyczaj obok prawa Kościół rozszerza się szybko, z ewangelicznego ziarnka gorczycznego wyrasta w potężne, rozłożyste drzewo, ocieniając swą koroną znany wówczas świat. Wszak Justyn Męczennik w r. 150. pisze: „Niemasz narodu ani między barbarzyńcami ani Hellenami, u któregooby nie składano Stwórcy wszechświata dziękczynień w imię ukrzyżowanego Chrystusa“<sup>3)</sup>. A w 50 lat później Tertuljan tak określa geograficzne granice Kościoła: „Także Getulów rozmaite szczepy

---

<sup>1)</sup> „Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus“. Dictum Gratiani ad c. 1. D. I. „Naturale ius inter omnia primatum obtinet tempore et dignitate. Coepit enim ab exordio rationalis creaturae, nec variatur tempore, sed immutabile permanet“. Dict. Grat. ad c. 1. D. V.

<sup>2)</sup> Phillips, Kirchenrecht, t. III. str. 719.

<sup>3)</sup> Justinus, Dialogus, c. 117.

i Maurów dzierzawy, Hiszpanji cała kraina i Gallów różnej nacji i Brytannów, niedostępne dla Rzymu miejsca, Chrystusowi zaś poddane, i Sarmatów i Daków i Germanów i Scytów... oto miejscowości, w których Chrystusa imie włada“<sup>1)</sup>. Wobec świeżo nawróconych ludów rozpoczyna Kościół spełniać rolę kwasu ewangelicznego. Pouczywszy je o zasadniczych prawdach Bożych, dąży przede wszystkim do wytępienia zwyczajów pogańskich, niezgodnych z duchem chrześcijaństwa i jego nauki, zwyczajów, które Papież Mikołaj I. zowie „*mala consuetudo*“ i „*perniciosa corruptela*“<sup>2)</sup>, a św. Cyprian „*vetustas erroris*“<sup>3)</sup>. Tak Aleksander III. zakazuje pod grozą kar brania udziału w turniejach<sup>4)</sup>. Sobór lateraneński w roku 1179. bierze w obronę podróżujących na morzu i rozbitków przed piratami<sup>5)</sup>. W różnych czasach zakazują Papieże pojedynków, walki byków, wyrzucania dzieci, sprzedaży niewolników, małżeństw w bliskim pokrewieństwie i powinowactwie itp.<sup>6)</sup>. Zauważyć trzeba, że w tępieniu zwyczajów lokalnych Kościół postępował z ojcowską wyrozumiałością. Św. Augustyn taką daje radę biskupowi Aureljustowi, gdy ten zapytuje go, czy może wyklinać wiernych, którzy w dnie świąteczne oddają się obżarstwu i pijaństwu. „*Non ergo aspere, quantum existimo, non duriter, non modo imperioso ista tolluntur; magis docendo quam iubendo; magis monendo quam minando. Sic enim agendum est cum multitudi- ne peccantium. Severitas autem exercenda est in peccata paucorum. Et si quid minamur cum dolore fiat, de scripturis comminando vindictam futuram; ne nos ipsi in nostra*

1) Tertulianus, *Adversus Iudaeos*, c. 7.

2) c. 3. D. VIII.

3) c. 8. D. VIII.

4) c. 1 i 2. (V—13).

5) c. 3. (V—17).

6) Phillips, *Kirchenrecht*, t. III. str. 708 sq.

potestate, sed Deus in nostro sermone timeatur<sup>1)</sup>. Tę łagodność stosował Kościół do zwyczajów, które z natury swej nie były złymi. Tak np. Innocenty III. pozwala arcybiskupowi lyońskiemu na zachowanie zwyczaju, by przy donacjach jakiegoś majątku na rzecz kościoła lub klasztoru, brano w rękę trochę ziemi i kładziono ją w oczach obecnych na ołtarzu, co nazywało się „scotatio“ i w ten sposób to tłumaczy: „cum huiusmodi signum, quod scotatio dicitur, non tam factae donationis, quam traditae possessionis sit evidens argumentum“<sup>2)</sup>. Synody aureljański I. w r. 511. i toledański IX. w roku 655. przyjmują zwyczaj azylu<sup>3)</sup>. Wogóle, jako regułę, trzeba przyjąć słowa św. Augustyna: „In his rebus de quibus nihil statuit divina scriptura, mos populi Dei et instituta maiorum pro lege tenenda sunt. Et sicut praevaricatores divinarum legum, ita contemptores ecclesiasticarum consuetudinum coercendi sunt“<sup>4)</sup>.

---

<sup>1)</sup> c. 1. D. XLIV. — Statuty Nankera, biskupa krakowskiego, z r. 1320. potępiają zwyczaj, wprowadzony przez niektórych sędziów kościelnych lub ich zastępców a zwłaszcza dziekanów, którzy przesłuchiwali strony i wydawali wyroki w karczmach, „ut sic fecundati calice thabernali periciores a circumstantibus videantur“ i co gorsze, rozstrzygali sprawy nie podług kanonów, lecz według praw świeckich. Statuty nakazują im odbywać te sądy według prawa kanonicznego, w domach własnych lub obok kościoła „rano i naczczo“. Starodawne prawa polskiego pomniki, Krakow 1875, t. IV. str. 24 i n. Zob. Ks. Jan Fijałek, Średniowieczne ustawodawstwo synodalne biskupów polskich, Krakow 1893. str. 23. uw. 3. Zbigniew Oleśnicki znosi w kapitule krakowskiej zwyczaj, na mocy którego nowomianowany kanonik przy instalacji był obowiązany „ad dandum pro decore ecclesie Cracoviensis cappam valoris trium marcarum, et pro quolibet prelato presente quatuor, pro canonico vero duas vini hungarici ollas“. Wydatki te zamienił na 12 marek, które miały być płacone na rzecz kościoła katedralnego. Starodawne prawa p. p. str. 132. Prymas Mikołaj Trąba w r. 1420. potępia zwyczaje, nakładające ciężary na kościoły. Starodawne itd. str. 182.

<sup>2)</sup> c. 2. (I—4).

<sup>3)</sup> c. 36. C. XVII. q. IV; c. 35. C. XVII. q. IV.

<sup>4)</sup> c. 7. D. XI.

Łatwo przewidzieć, że pod wpływem zwyczajów lokalnych, powstawała wielka różnorodność praktyk w Kościele. Św. Augustyn radzi, że najlepiej postąpi chrześcijanin, jeżeli zachowa zwyczaje tego kościoła, do którego przypadkiem przyszedł. Dla poparcia swego twierdzenia powołuje się na św. Ambrożego. Oto jego słowa: „Mater mea, Mediolanum me consecuta, invenit ecclesiam sabbato non ieiunantem: coeperat fluctuare, quid ageret. Tunc ego consului de hac re beatissimae memoriae virum Ambrosium. At ille ait, cum Romam venio, ieiuno sabbato; cum Mediolani sum non ieiuno. Sic etiam tu, ad quam forte ecclesiam veneris, eius morem serva, si cuiquam non vis esse scandalo nec quemquam tibi. Hoc cum matri renuntiassem, libenter amplexa est“<sup>1)</sup>. Aleksander III. poleca biskupom na wypadek, gdyby nie było prawa pisanego, ani zwyczajowego lokalnego, a oni nie wiedzieli jak mają postąpić, zastosować się do zwyczaju Kościoła metropolitalnego lub sąsiedniego<sup>2)</sup> Ze stanowiska Rzymu, jako Metropolii i Głowy całego Kościoła, wynikało, że zwyczaje Kościoła rzymskiego szczególniejsze miały znaczenie<sup>3)</sup>. Z przytoczonych szczegółów wynika, że i zwyczaj obok prawa cieszył się zawsze życzliwością Kościoła, jeżeli tylko pewnym, zasadniczym odpowiadał warunkom tzn jeżeli był zgodnym z duchem chrześcijańskiej nauki i moralności.

Nie można tego powiedzieć o zwyczaju przeciwnym prawu stanowionemu. Do ostatniego dziesiątka XII. w.

<sup>1)</sup> c. 11. D. XII.

<sup>2)</sup> c. 3. (IV—11). Zob. Benedykt XIV, De synodo divecesana L. IX. c. 2, n. 5.—Statuta Nankeri, Episcopi Cracoviensis, ex a. 1320: „Statuimus, quod omnes nostre dioecesis ecclesie... in divinis officiis et horis canonicis peragendis, unum et eundem modum psallendi, cantandi et legendi habeant, ordinem et consuetudinem nostre cathedralis ecclesie in omnibus observantes“. Starodawne prawa polskiego pomniki, Kraków 1875 t. IV. str. 13.

<sup>3)</sup> c. 3 i 11. D. XI; c. 1 i 10. D. XII.

zwyczaj przeciw prawu, zwłaszcza partykalarny, nie miał żadnego znaczenia prawnego<sup>1)</sup>. Gracjan w swym Dekrecie wprost go wyklucza. Już w definicji zwyczaju, zaczerpniętej z kolekcji Izydora — jak wyżej w uwadze zaznaczyliśmy — ma on głównie na myśli zwyczaj obok prawa. W kanonie zaś 4. D. XI. przyjmuje bez zastrzeżeń rozporządzenie Konstantina W. z r. 319: „*Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*“<sup>2)</sup>. W kanonie 1. D. XI. przytacza równoznaczne słowa, wzięte od Izydora: „*Usus auctoritati cedit; pravum usum lex et ratio vincat*“. W dictum także do c. 5. D. XI. wyraźnie zaznacza: „*Cum vero nec sacris canonibus, nec humanis legibus consuetudo obviare monstratur, inconcussa servanda est*“. Raz tylko jeden zdaje się on przypuszczać zwyczaj przeciw prawu. W dictum przed c. 4. D. IV. mówi: „*Leges instituuntur, cum promulgantur, firmantur, cum moribus utentium approbantur. Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur*“. Z przytoczonego jednak tekstu wynika, że chodzi tu nie o zniesienie przez zwyczaj prawa już istniejącego, jak raczej o nieprzyjęcie prawa wydanego, które i bez winy wiernych może mieć miejsce<sup>3)</sup>.

W tym swoim poglądzie Gracjan nie był odosobniony. Opierał on się nietylko na prawie rzymskim<sup>4)</sup>, lecz i na

<sup>1)</sup> Kreutzwald, l. c. str. 52 sq. Wernz, l. c. t. I. str. 277 sq.

<sup>2)</sup> L. 2. Cod. VIII. 53.

<sup>3)</sup> Dr. S. Brie, l. c. str. 80. Za takim zrozumieniem tego dictum przemawiają dalsze jego słowa: „*Unde illud Telesphori Papae, (qui decrevit, ut generaliter clerici a quinquagesima et a carnibus, et delicis ieiunent) quia moribus utentium approbatum non est, aliter agentes, transgressionis reos non arguit*“. Jest tu mowa nie o uchyleniu istniejącego prawa postu przez zwyczaj, lecz poprostu o nieprzyjęciu rozporządzenia papieskiego, o niewprowadzeniu go w życie przez kler, wskutek czego jest on wolny od grzechu.

<sup>4)</sup> L. 2. Cod. VIII. 53.



najpoważniejszych Ojcach Kościoła i Papieżach, którzy również zwalczali zwyczaj przeciw prawu Kościoła<sup>1)</sup>.

Powodem tego był bezsprzecznie wpływ prawa rzymskiego, jak świadczy, choćby przytoczona przez Gracjana, ustawa Konstantyna W. Ale były i powody czysto kościelne Kościół do XII. w. ciągle się rozszerzał, zyskując coraz to nowe narody. Narody te przynosiły z pogaństwa różne wady, namiętności i najgorsze nawyki. Poznanie prawd wiary i moralności Chrystusowej było u nich bardzo słabe i powierzchowne. Kościół musiał tedy występować z pewną stanowczością, musiał urgować te prawa, jakie nadawał, jeżeli nie chciał dopuścić do zachwiania swego autorytetu i do odzicia dawnych zwyczajów pogańskich, które raz potępił. Do tego przyczyniała się i wyżej wspomniana świadomość o boskiem pochodzeniu władzy prawodawczej Kościoła. Prawo, z niej płynące, miało i w opinii samej władzy i w opinii ogólnej większą trwałość niż prawo, wprowadzone przez wiernych t. j. prawo zwyczajowe. A gdy dodamy, że prawo pisane Kościoła, dobro ogółu wiernych mające na celu, opierało się na zasadach Ewangelji, było wynikiem, wpływem ducha chrześcijańskiego, łatwo zrozumiemy, że zwyczaj jemu przeciwny, według ówczesnego ogólnego sądu, musiał być przeciwnym i duchowi i zasadom chrześcijańskim, musiał być odrzuconym. W tem znaczeniu należy pojmować słowa św. Augustyna: „In istis temporalibus legibus, quamquam de his homines iudicent, cum eas instituunt, tamen cum fuerint institutae et firmatae, non licebit iudici de ipsis iudicare, sed secundum ipsas“<sup>2)</sup>. Tak samo wyraża się jeszcze o zwyczaju przeciwnym prawu i Lucjusz III.<sup>3)</sup>, chociaż w innym de-

1) c. 1, 2, 4. D. XI.

2) c. 3. D. IV.

3) c. 3. (III.—22.) „consuetudine, quae legi contraria est, non obstante“.

kretale<sup>1)</sup>, ten sam Papież, wykluczając zwyczaj przeciwny prawom Kościoła o sądzeniu duchownych, przez dodanie słów „in hac parte“, zdaje się przychylić do opinii, że w innych sprawach zwyczaj może uchylić prawo.

Pierwszym z Papieży, który twierdzi, że zwyczaj partykularny, starodawny i stwierdzony, częściowo uchyla prawo, jest Innocenty III<sup>2)</sup>. Grzegorz IX. w dekretale z r. 1128 także przyznaje, że, chociaż z prawa powszechnego, biskupa wybierają tylko kanonicy, na podstawie prawa zwyczajowego może przy wyborze mieć głos decydujący także i duchowieństwo niższe<sup>3)</sup>. Dopiero jednak z okazji kodyfikacji wielki ten prawodawca w Kościele, wydaje ogólną ustawę w tej kwestji. Przytaczając cytowaną przez Gracjana konstytucję Konstantyna W., określa on pod jakim warunkami zwyczaj może uchylić prawo ogólne—mianowicie, jeżeli jest rozumny i prawnie przedawniony. Trafne czyni tu spostrzeżenie Phillips<sup>4)</sup>, że Grzegorz IX., wydając ten dekretal, nie zaczerpnął jego treści z żadnego rozporządzenia swych poprzedników, ani z żadnej istniejącej kolekcji lecz, że zrobił krok samodzielny, by uczynić zadość potrzebie czasu i rozwojowi nauki prawa rzymskiego i kanonicznego. Dekretal ten opiewa: „Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri positivo debeat praeiudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime praescripta<sup>5)</sup>“. Słowa ustawy Konstantyna, tylko zmienione. Odtąd w tem brzmieniu będą one Kościół obowiązywały.

Narzuca się pytanie, co było powodem tej konstytucji, dlaczego Grzegorz IX. ją ogłosił? Odpowiedź na to

<sup>1)</sup> c. 8. (II—1.)

<sup>2)</sup> c. 8. (I—4.) (w r. 1209).

<sup>3)</sup> c. 50. (I—6.)

<sup>4)</sup> Phillips, Kirchenrecht, t. III. str. 728.

<sup>5)</sup> c. 11. (I—4.)

pytanie ogólna, już dana. Można jednak uzasadnić ją szczegółowiej. Już dłuższy czas przed Grzegorzem IX. i legiści i kanoniści<sup>1)</sup> przychylali się do zdania, że zwyczaj może uchylić prawo pisane. Papież nie miał powodów temu się opierać. Za Aleksandra III. i Innocentego III. Kościół stanął u szczytu potęgi. Idee chrystyanizmu przeniknęły do najszerzych warstw społecznych, czego dowodem wyprawy krzyżowe, mistycyzm, scholastyka, cechy i t. d. Z drugiej strony na gruzach jednego cesarstwa rzymskiego powstały nowe narody, nowe państwa. Ich właściwości szczepowe, ich rozwój historyczny, kulturalny, ich pęd młodzieńczy, życiowy, szukał nieraz nowych form; nowe warunki, potrzeby innego domagały się dostosowania i zaspokojenia. Prawodawcy kościelnemu trudno je było przewidzieć, trudno ich przejawy odrazu uchwycić, sformułować, gdyż życie szybsze od ustawy, dla czegoż więc nie miał pozwolić. by pod pewnymi warunkami sami wierni, ludy danego państwa, czy mniejszego okręgu, przygotowali materiał dla przyszłych norm prawnych, by sami te normy stwarzali?

Przez rozstrzygnięcie tej kwestji nie wszystkie jednak trudności i wątpliwości co do prawa zwyczajowego zostały usunięte. Kościół bowiem, ani w *Corpus iuris canonici*<sup>2)</sup>, ani w późniejszych konstytucjach, nigdy nie podał całkowitej teorii prawa zwyczajowego. Nie można mu z tego robić zarzutu. Zadaniem prawodawcy jest podawanie nie teorii, lecz norm prawnych. Nauka dopiero przy pomocy pojęć prawnych może z tych norm wznosić konstrukcje, teorie prawne. I tu uczeni mogą być jednomyślni, lecz mogą się ze sobą spierać, mogą takie lub inne teorie kon-

1) Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht* str. 120 i 189.

2) Dekretal Bonifacego VIII. c. 1. (I—2.) in VI-to, objaśnia przytoczoną konstytucję Grzegorza IX., formalnie jednak do niej nic nowego nie dodaje. Wernz, l. c. str. 278.

struować stosownie do tego, jakie pojęcia prawne pod słowa normy będą podkładać.

Teorji tej naprózno byśmy szukali u glossatorów. Trzymając się ściśle metody egzegetycznej, gubili się oni w szczegółach i drobiazgach, nie byli w stanie ich ogarnąć i złączyć w jednolitą całość. Im mamy do zawdzięczenia nazwę: „*ius consuetudinarium*“, obcą prawu rzymskiemu. Znacznie naprzód posunęli sprawę poglossatorzy. Ustaliли oni znaczenie wyrazu *consuetudo* i odgraniczyli zwyczaj od podobnych mu zjawisk prawnych, od statutu względnie prawa, od przedawnienia i od stylu. U nich możnaby już mówić o pewnego rodzaju teorji prawa zwyczajowego<sup>1)</sup>. Teorję tę stworzyli dopiero kanoniści. Do ostatnich jednak czasów, aż do wydania nowego Kodeksu prawa kanonicznego, były między nimi spory, co do różnych kwestyj, jak co do długości czasu zadawnienia zwyczajaju, co do potrzeby i jakości zgody prawodawcy i t. d. Także bulle Piusa IV., „*Benedictus Deus*“ i „*In principis*“<sup>2)</sup>, któremi unicestwiał wszystkie zwyczaje, przeciwne dekretem dyscyplinarnym soboru trydenckiego, niejednako przez kanonistów były oceniane. Kodeks Piusa X również całkowitej teorji zwyczajaju nie dał, wiele jednak kwestji spornych autentycznie rozstrzygnął, w czem jego wielka zasługa.

---

1) Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, str. 96 sq. 129 sq.

2) Obydwie te bulle przytoczone są w „*Canones et Decreta Concilii Tridentini*“, Aem. Richter, Lipsiae 1853 str. 480 i 485.

## ROZDZIAŁ III.

### O naturze prawnej zwyczaju.

Niektórzy kanoniści, <sup>1)</sup> traktując o zwyczaju, poprzestają na wyliczaniu warunków, jakie powinien mieć zwyczaj faktyczny, by stał się prawem, nie odróżniając od nich właściwej i rzeczywistej jego przyczyny sprawczej, formalnej. Takie postępowanie jest błędne. Zanim rozpocznie się mówić o warunkach, pierwszej powinno się poznać to, co stanowi istotę zwyczaju od czego zawisła jego moc prawna, wiążąca członków danej społeczności. Nie wszystkie bowiem warunki wypływają z natury zwyczaju, niektóre z nich są czysto pozytywne, np. czas przedawnienia. Nie znając tedy natury prawa zwyczajowego, nie wiedząc od kogo jego moc obowiązująca zależy, nie możemy podać dokładnie i samych warunków, możemy tylko, a nawet i musimy na ślepo je określać.

Należy tedy najpierw ustalić, skąd prawo zwyczajowe czerpie swą siłę wiążącą, co jest jego bezpośrednią, prawdziwą przyczyną sprawczą, przez co zwyczaj faktyczny staje się rzeczywistem prawem.

Corpus iuris canonici tej kwestji jasno nie postawił i nie rozstrzygnął. Glossatorzy i poglossatorzy w jednym są zgodni, że moc prawna zwyczaju zależy od zgody (consensus); od kogo jednak ta zgoda ma pochodzić, czy od

---

<sup>1)</sup> De Angelis, Praelectiones iuris canonici, Romae 1877. T. I. P. I. str. 79 sq.; Bouix, l. c. str. 277.

prawodawcy, czy od członków społeczności, tu się ich zdania rozchodzą. Kiedy glossa *ordinaria*<sup>1)</sup> domaga się zgody prawodawcy, nie brak glossatorów<sup>2)</sup>, którzy twierdzą, że wystarczy zgoda ludu lub większej jego części. Duży w tym względzie miało wpływ prawo rzymskie, a zwłaszcza L. 32. Dig. I. 3.<sup>3)</sup> Spór ten istniał także między średniowiecznymi kanonistami,<sup>4)</sup> a nawet i w wieku XVI; w XVII jednak i XVIII stuleciu ogólne było zdanie w nauce kanonistycznej, że jedyną i bezpośrednią przyczyną sprawczą prawa zwyczajowego jest zgoda prawodawcy<sup>5)</sup>. W XIX w., pod wpływem tak zwanej szkoły historycznej w dziedzinie prawa, spór ten odżył na nowo.

Gustaw Hugo (1768 — 1844.) głosił, że prawo jest produktem historycznego rozwoju narodu i dlatego, u różnych narodów, różne napotykaemy prawa. Myśli te uzupełnili i doskonalszą nadali im formę twórcy szkoły historycz-

1) Glossa do słowa „*consuetudinem*“ c. 7. D. VIII. „...quod sit de scientia principis inducta, non tantum de tolerantia“; gl. do sł. „*legitime*“ c. 11. (I—IV)... „*sciente illo, qui potest ius condere*“.

2) Dr. S. Brie I. c. str. 111, 146 sq.

3) Julianus L. 32. § 1. Dig. I, 3. „*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 legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*“.

Słuszną jednak uwagę do tych słów za Veringem dodaje Wernz (l. c. str. 278. uw. 48), że tak długo to trwało, jak długo władza prawodawcza była u ludu rzymskiego, kiedy jednak przeszła ona na imperatorów, przynajmniej od Konstantyna W., wówczas zwyczaj, by był prawem, musiał mieć zgodę choćby ogólnej władcy.

4) Dr. S. Brie, I. c. str. 168.

5) Wernz, I. c. str. 281.

nej F. C. v. Savigny<sup>1)</sup> i G. F. Puchta<sup>2)</sup>). Według nich prawo powstaje nieświadomie w głębiach ducha narodowego, w jego „tajemniczych warsztatach“. Tam jego źródło, istnienie, byt w postaci gotowych norm, nie tylko abstrakcyjnych, ale samoistnych, żywych, które o tyle wiążą członków danej społeczności, o ile wskutek świadomości, przeświadczenia ogółu przejawiają się w życiu, albo bezpośrednio, jako prawo zwyczajowe, albo za pośrednictwem organów państwowych, jako ustawa. Zwyczaj więc nie wytwarza prawa, nie jest jego przyczyną; stałe powtarzanie pewnych czynności, to tylko uzewnętrzenie, świadectwo, stwierdzenie prawa już istniejącego, które podobnie, jak sztuka, nieświadomie w narodzie powstaje i z nim się rozwija. Źródłem prawa jest świadomość narodu, mająca znowu swe źródło w duchu narodowym.

Teoria ta pełna niejasności i sprzeczności, nie może się ostać nawet w prawie świeckim<sup>3)</sup>. Bo skąd się wzięły te gotowe normy w duszy narodu? Skąd czerpią swą moc obowiązującą? Prawo przecież, to norma, obowiązująca podwładnych do spełniania tego, co dla osiągnięcia ostatecznego celu społeczności bezpośrednio lub pośrednio jest koniecznie potrzebne. Do wprowadzenia prawa trzeba dwóch rzeczy: rozpoznania, że coś jest niezbędne do osiągnięcia celu społeczności i zobowiązania do wykonania tego. A to są dwie sprawy różne. Bo co innego jest rozpoznanie, że coś jest koniecznie potrzebne, a co innego, że ja to muszę spełnić. I tu właśnie tkwi trudność teorii szkoły historycznej. Świadomość ogółu o potrzebie jakiegoś prawa nie jest i nie może być zobowiązaniem do zachowania

---

<sup>1)</sup> Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft<sup>3</sup>. 1840.

<sup>2)</sup> Puchta, Kursus der Institutionen. (1841).

<sup>3)</sup> Victor Cathrein S. J., Moralphilosophie<sup>4</sup>. Herder, II str. 476 sq  
Dr. Jarra, Ogólna teoria prawa, Warszawa 1920, str. 152, 225.

tegoż prawa. Prawo bowiem niema mocy obowiązującej samo w sobie, ono musi ją dopiero otrzymać, od tego, kto ma władzę zwierzchniczą w społeczności. Naród bowiem możemy pojmować, albo jako sumę jednostek, poczuwających się do wspólności szczepowej, albo jako osobę moralną i prawną. Jeżeli pojmujemy go, jako zbiór jednostek, musimy przyznać, że o jakichkolwiek prawach nie może być wtedy mowy z tej prostej przyczyny, iż jednostka, jako taka, prawnie może tylko siebie związać, ale nie innych, jeżeli zaś pojmujemy naród, jako osobę moralną, związaną ze sobą prawami i obowiązkami, wówczas przyznać to trzeba, jako osoba moralna, może on zmusić i jednostki i cały naród do zachowania zwyczaju, prawa, ale w rozumowaniu tem popełniamy ten absurd, że przyjmujemy prawo i jego korelatyw obowiązek, nie zbadawszy pierwszej jego źródła, presuponujemy drzewo, by się przekonać o istnieniu jego korzeni, strumień, by stwierdzić jego źródło<sup>1)</sup>. Nawet tedy naród, który najwyższej władzy nie przelał na jednego czy na kilku, lecz ją zachował przy sobie, nawet naród przy ustroju republikańskim, musi mieć nie tylko przeświadczenie o konieczności czegoś, co jest niezbędnem do osiągnięcia jego celu, jako społeczności, ale także musi mieć wolę zobowiązania się do tego, wolę, którą musi okazać, jeżeli nie słowem, to czynem<sup>2)</sup>. Wtedy dopiero powstanie prawo, ale to prawo nie będzie wówczas czemś nieświadomem, przejawiającem się w życiu, lecz będzie czemś obmyślanem, zamierzonym, celowem i realizowanym przez tego, kto ma moc zobowiązania innych do jego wykonania, gdyż taką moc na podstawie władzy zwierzchniczej bezsprzecznie posiada społeczność doskonała.

---

<sup>1)</sup> Cathrein, l. c. str. 482.

<sup>2)</sup> Zob. cytowane wyżej słowa Julianus'a: L. 32 § 1. Dig. I. 3. „rebus ipsis et factis“.



Jeżeliby zaś społeczność nie zachowała przy sobie władzy zwierzchniczej, lecz przelała ją na jednostkę lub na kilku, wówczas narodowi pozostaje tylko jedno, pozostaje mu tylko możność rozpoznania i wskazania tego, co do osiągnięcia celu społeczności jest konieczne, zobowiązanie jednak do spełnienia tego może nałożyć jedynie piastun najwyższej władzy.

Zasadniczy błąd szkoły historycznej polega na fałszywym pojęciu świadomości prawnej ogółu. Istnieje bowiem w naturze ludzkiej ogólne przeświadczenie prawne, ale ono nie jest źródłem prawa, tylko samem prawem. Są to wrodzone człowiekowi najogólniejsze zasady prawne, jest to naturalne prawo moralne, według którego rozsądza człowiek, czy coś jest dobrem czy złem. Kradzież, morderstwo, zdrada ojczyzny są czynkami złymi, niezależnie od tego, czy ogół tak jest uświadomiony i za takie je uważa. Chociażby ogół uważał je za dobre, i prawo pozytywne ludzkie na te występki pozwalało, lub ich nie karało, nie przestaną one być w sobie złymi. Trafnie zauważa tu Cathrein: „Opinio necessitatis orzeka tedy nietylko, że morderstwo i kradzież powinny być zakazane, ale raczej orzeka, że mord i kradzież są z natury swojej niesprawiedliwością i zakazane, i że dlatego wszędzie władza publiczna powinna je obkładać karami i według możliwości do nich nie dopuszczać. Właśnie jasne poznanie, że takie czynności, same w sobie, są niesprawiedliwymi i, że uniemożliwiają uporządkowane, społeczne życie, jest głównym powodem, dla czego wszędzie w społeczności powstaje władza sędziowska“<sup>1)</sup>.

Teorię tę, z pewnemi zmianami, na grunt prawa kanonicznego przeschepił Dr. J. Fr. Schulte<sup>2)</sup>.

1) Cathrein, l. c. str. 484.

2) Schulte, Die Lehre von den Quellen des Kirchenrechts, 1860. str. 209.

Według niego wola Kościoła objawia się w podwójny sposób: przez wypowiedzenie się Stolicy Apostolskiej, która na mocy swego stanowiska w Kościele, wydaje rozporządzenia, jakie uznaje za stosowne i potrzebne i przez wyraźne obwieszczenie ogólnego przeświadczenia, którego najprostszym wyrazem są ekumeniczne sobory. Podstawą tego ogólnego przeświadczenia jest ścisła łączność pojedynczych kościołów z kościołem rzymskim, jako członków z głową, która to łączność, wskutek nieomyślności, pozwala wszystkim kościołom zachować wiarę, nawet bez ujęcia jej w pewne zdania. Temu przeświadczeniu Kościoła, tej opinio necessitatis, zawdzięcza swoje powstanie prawo zwyczajowe, które Schulte tak określa: „jest to suma wszystkich tych norm, które swego zewnętrznego ustalenia i sankcji nie zawdzięczają żadnemu prawodawczemu aktowi, lecz ujawniają się w stałym praktykowaniu, w consuetudo, a swą przyczynę mają w racji, skłaniającą ogólnie przeświadczenie do praktykowania zwyczaju“. I mówi dalej: jeżeli z istnienia pewnych koniecznych oznak można wnioskować o opinio necessitatis, to ta opinio necessitatis obowiązuje każdą jednostkę dlatego, iż każdy musi wziąć za punkt wyjścia i cel swego dążenia dobro Kościoła, jako podstawę i warunek. Ma tedy prawo zwyczajowe swe źródło w świadomości, że wewnętrzna przyczyna domaga się praktykowania jakiejś normy, nawet w drobnych rzeczach, dla zachowania porządku prawnego, dla osiągnięcia kościelnego celu. Ta wewnętrzna przyczyna ma swą moc, sama w sobie, w konieczności panowania prawa. Ostateczny rezultat streszcza w tych słowach<sup>1)</sup>: „Samo praktykowanie, zwyczaj, nie jest zatem źródłem, lecz najbliższą formą ujawnienia prawa, podobnie jak pismo, nie jest przyczyną, źródłem ustawy, lecz tylko jej wyrażeniem.

---

<sup>1)</sup> Schulte I. c. str. 214.

Jak źródłem ustawy jest wiążąca wola prawodawcy, tak źródłem prawa zwyczajowego jest obowiązująca siła, wypowiadającego się w niej przeświadczenia prawnego<sup>4</sup>.

Z tego, cośmy powiedzieli, wynika, że Schulte nie stworzył nowej teorii, lecz tylko teorię szkoły historycznej zastosował do zwyczaju w prawie kanonicznem. Podobnie jak Puchta i on za źródło zwyczaju uważa przeświadczenie ogółu (opinio necessitatis), jeżeli zaś wspomina i o woli Kościoła, to odgrywa ona według niego tę samą rolę, co duch narodowy w szkole historycznej; jest ta wola Kościoła tak, jak i duch narodowy źródłem przeświadczenia ogółu, które jest znowu źródłem prawa zwyczajowego. Tę tylko między teorią Puchty a Schultego możnaby widzieć różnicę, że gdy u pierwszego zwyczaj faktyczny jest tylko środkiem do poznania prawa, u drugiego jest warunkiem jego powstania<sup>1)</sup>.

Co należy sądzić o zdaniu Schultego?

Te same powody, które nas skłoniły do odrzucenia teorii Savigny'ego i Puchty w prawie świeckiem, skłaniają nas do odrzucenia jej i w prawie kanonicznem. A przyłączają się do nich racje jeszcze poważniejsze.

Kościół jest instytucją czysto pozytywną. Chrystus Pan, zakładając go, wytknął mu cel pozytywny, uświęcenie ludzkości i nakreślił ogólne granice i warunki, wśród których ma on ten cel urzeczywistnić. Przekroczenie, względnie niezachowanie ich, pociąga za sobą z woli Bożej nieważność rozporządzeń Kościoła. Jasną test tedy rzeczą, że Kościół nie ma się rządzić jakimiś naturalnemi potrzebami i przeświadczeniami ogółu wiernych, lecz wyraźnemi wskazówkami Chrystusa; jasnym jest również, że, ujawniające się w różnych zwyczajach faktycznych, przeświadczenie

---

<sup>1)</sup> I. Schwering, Zur Lehre vom kanonischen Gewohnheitsrecht, Warendorf 1888. str. 18.

prawne wiernych, ze względu na pozytywny charakter prawa kościelnego, które ma realizować pewne z góry określone zadania, musi być pozbawione mocy prawnej i, że co najwyżej, przez ciało prawodawcze Kościoła o tyle może być uwzględnione, o ile nie sprzeciwia się prawu Chrystusowemu <sup>1)</sup>).

Nadto zwyczaj jest prawem. Do nadawania praw potrzeba koniecznie władzy prawodawczej. Kościół z woli swego Założyciela jest społecznością nierówną (*inaequalis*). Nie wszyscy mają w nim władzę nadawania praw, lecz tylko ci, którym Chrystus Pan ją nadał tj. św. Piotr i Apostołowie, względnie ich prawowici następcy. Reszta zaś kleru i wszyscy wierni nie mają żadnej władzy prawodawczej. Jak więc wierni przez głosowanie powszechne nie mogą ustanowić żadnego prawa pisanego, tak przez przeświadczenie prawne, które jest, jakgdyby cichem głosowaniem, cichą zgodą, nie mogą ustanowić prawa zwyczajowego. Przez przyznanie im tego prawa, obalilibyśmy hierarchiczny i monarchiczny ustrój Kościoła <sup>2)</sup>).

Znana jest także zasada prawna: „*lex superioris per inferiorem tolli non potest*“. Jeżeli tedy niższy prawodawca nie może usunąć, znieść prawa wyższego, tembardziej nie może tego uczynić ani niższy kler, ani lud, nieposiadający żadnej władzy prawodawczej. Nie mogąc zaś usunąć prawa istniejącego, nie może w jego miejsce wprowadzić nowego prawa zwyczajowego, gdyż istniejące prawo stanowione obowiązuje i czynności wbrew niemu spełnione, są niedozwolone lub nieważne, zależnie od tego, czy prawo pisane zakazuje je lub unieważnia. Niższy kler albo lud może wprowadzić zwyczaj tylko za pozwoleniem, za zgodą prawodawcy i pod warunkami, przez niego określonymi.

---

<sup>1)</sup> Schwering, l. c. str. 20.

<sup>2)</sup> Wernz, l. c. str. 280.

Taka też zawsze była praktyka Kościoła. Papież Mikołaj I. pisze do Focjusza, które to słowa później i Leon IX. przytacza w liście do Michała Cerularjusza: „De consuetudinibus, quas nobis opponere visi estis, scribentes per diversas ecclesias diversas esse consuetudines, si illis canonica non obsistat auctoritas, pro qua obviare debeamus, nihil iudicamus, vel eis resistimus“<sup>1)</sup>. Innocenty III. przyznaje, iż zwyczajem może być wprowadzone prawo, by jakiś klasztor wybierał sobie opata z drugiego klasztoru<sup>2)</sup>. Tenże Innocenty III. zgadza się, by biskupi sufragani wraz z kapitułą metropolitalnego kościoła, wybierali, względnie postulowali arcybiskupa, „si essent admittendi de antiqua et approbata consuetudine“<sup>3)</sup>. Honorjusz III. postanawia, że kapituła bez biskupa nie może wprowadzić statutów, czyli zwyczajów nowych, ani starych zmienić<sup>4)</sup>.

Na podstawie powyższych wywodów do takiego wniosku dochodzimy. Z samej natury zwyczaju nie można dowieść, że absolutnie potrzebna jest do jego prawomocności zgoda prawodawcy; biorąc jednak pod uwagę organizację, ustrój Kościoła katolickiego, jaki mu nadał jego Założyciel, możemy wykazać przynajmniej względną jej potrzebę. Dlatego też kan. 25., uzupełniając niedomówienia Dekretalów postanawia: „Zwyczaj w Kościele otrzymuje moc prawa jedynie przez zgodę właściwego Przełożonego kościelnego“. Po tych jasnych słowach Kodeksu Piusa X. kwestja, czy do prawomocności zwyczaju w prawie kanonicznem potrzebny jest konsens wiernych czy prawodawcy, nie może być podnoszona.

Bez zgody prawodawcy kościelnego żaden zwyczaj, ani obok prawa, ani przeciw prawu, nie może otrzymać

---

1) c. 3. D. XII.

2) c. 8. (I—4.)

3) c. 4. (I—5.)

4) c. 9. (I—4.)

mocy prawnej, nie może obowiązywać wiernych. Zgodę swą prawodawca kościelny może wyrazić w wieloraki sposób.

Prawodawca, albo zna zwyczaj, albo nie zna. Gdy zna zwyczaj i wie, że jest praktykowany, wówczas może wyrazić nań swoją zgodę: jawnie albo milcząco. Jawnie zgadza się, gdy wyraźnie, słowami go zatwierdza, lub pozwala na jego wprowadzenie milcząco, gdy, wiedząc o praktykowaniu jakiegoś zwyczaju, nie sprzeciwia się mu, nie potępia go. W ostatnim jednak wypadku zwrócić należy uwagę, że prawodawca może się nie sprzeciwić wprowadzeniu zwyczaju z dwóch względów: albo dlatego, że nie chce się sprzeciwić, chociaż mógłby to uczynić, gdy widzi, że zwyczaj nie narusza w niczem karności i ustroju Kościoła, a nawet może przynieść Kościołowi pewien pożytek, albo dlatego, że chociażby chciał mu się sprzeciwić, nie może tego uczynić, bez narażenia Kościoła na wielkie szkody i niebezpieczeństwa; w pierwszym wypadku jest milczenie przychylne, zgadzające się, w drugim ekonomiczne. Tak jawna jak i milcząca zgoda zowie się zgodą osobistą albo specjalną. Kiedy zaś prawodawca nie zna zwyczaju, wtenczas zgodę swą nań może wyrazić przez wydanie ogólnej ustawy, którą raz na zawsze pozwala na wprowadzenie, pod pewnymi wnunkami, zwyczajów, lub też przez wydanie rozporządzeń, normujących warunki, pod jakimi zwyczaj może być źródłem prawa. Zgoda taka zowie się ogólną lub legalną.

Poznawszy różne rodzaje zgody prawodawcy, możemy przystąpić do kwestji, jakiej zgody potrzeba do prawomocności zwyczaju.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że wystarcza tu zgoda jawna, wyraźna. W Dekretach jednak ani w Kodeksie zgoda taka nie jest wymagana. Nadmienić tylko wypada, że gdyby taka zgoda prawodawcy miała miejsce, zwyczaj mimoto nie przestałby być prawem zwyczajowem, nie stałby się prawem pisanem, jak już wyżej zaznaczyłem.

Niema takiej jednomyślności między kanonistami co do zgody milczącej, przychylniej. Nie kwestjonują oni wprawdzie, że ona wystarcza, gdyż reguła XLIII. in VI-to wyraźnie powiada: „Qui tacet, consentire videtur“, lecz różbieżne są ich zdania, gdy chodzi o stwierdzenie, czy ona jest koniecznie potrzebną do wprowadzenia prawa zwyczajowego czy nie?

Jedni, przeważnie starsi kanoniści, jak Innocenty IV,<sup>1)</sup> Hostiensis,<sup>2)</sup> Archidiaconus,<sup>3)</sup> powołując się na glossę,<sup>4)</sup> utrzymują, że do prawomocności każdego zwyczaju *zosobna* koniecznie jest potrzebna, przynajmniej cicha zgoda prawodawcy. Argumenta jednak, które przytaczają na obronę swego zdania, nie są tego rodzaju, by nie można ich obalić. Mówią, że prawodawca nie zatwierdza wszystkich zwyczajów, lecz jedne aprobuje, a inne odrzuca. Aby tedy wiedzieć, które zatwierdza, a które potępia, musi to wyrazić, przynajmniej milcząco. Odpowiadamy, że prawodawca i bez znajomości zwyczaju może go odrzucić lub przyjąć. Z góry bowiem możemy wiedzieć, że odrzuci zwyczaje nierozumne i prawnie nieprzedawnione, a przyjmie zwyczaje rozumne i należycie przedawnione<sup>5)</sup>. Nie silniejszym jest także drugi dowód, powołujący się na c. 1. (1—2.) in VI-to, że zwyczaj specjalny jest specjalnem prawem, a więc specjalnej domaga się zgody prawodawcy, która to zgoda bez specjalnej znajomości i aprobaty zwyczaju, nie może być daną. Chodzi tu bowiem o uchylenie, a nie o wprowadzenie zwyczaju.

1) Innocentius IV, Apparatus super V. lib. Decretalium. Lugduni 1563., rubr. c. 11. (1—4.).

2) Hostiensis, Summa super I. et II. Decretalium, c. 11. (1—4.) col. VI. § „sequitur in descriptione“.

3) Archidiaconus, Commentaria in Decretorum volumen, Venetiis 1606, c. 31. C. XVIII q. II.; Kreutzwald, I. c. str. 5.

4) Glossa do sł. „consuetudinem“ c. 7. D. VIII; gl. do sł. „legitime“ c. ult. (1—4.).

5) c. 11. (1—4.).

Przypuśćmy nawet, że potrzebnaby była zgoda jawna czy milcząca, to jednak nie musi ona być tego rodzaju, by tylko jeden zwyczaj obejmowała, gdyż jeden i ten sam akt zgody może obejmować bardzo wiele zwyczajów. Słusznie tedy ogół kanonistów twierdzi, że zgoda milcząca, przychylna nie jest potrzebną do powstania prawa zwyczajowego<sup>1)</sup>.

Inaczej ma się rzecz z milczeniem ekonomicznem<sup>2)</sup>. Historia Kościoła dowodem, że Papież znajduje się nieraz w takim położeniu, iż nie może się sprzeciwić wprowadzeniu jakiegoś zwyczaju. Nie może się zaś sprzeciwić dlatego, że albo społeczność tak przyłgnęła do zwyczaju, iż raczej popadłaby w schizmę, niż zachowała przeciwne mu prawo, albo zwierzchność społeczności, wrogo usposobiona do Kościoła, staje w obronie zwyczaju i grozi Kościołowi represaljami, większym złem, niż sam zwyczaj. Otóż ogólne jest zdanie, że Papież może wtedy milczeć, chociażby nawet zwyczaj te były nierozumne, z natury swej złe, zgubne. I nie można mu brać za złe, że ich wyraźnie nie potępia, że milczy. Zwyczaje te bowiem jako z natury swej moralnie złe, są już napiętnowane i odrzucone przez ogólną naukę Kościoła. Nadto zasadą jest Kościoła, by przy karzeniu wybierać odpowiednią chwilę i wtedy usuwać zło, gdy jest nadzieja, że będzie ono usunięte, a nie wówczas, gdy skutek różnych okoliczności, sprawę może się tylko pogorszyć i większe jeszcze spowodować nieszczęście.

Czy jednak z tego ekonomicznego milczenia prawodawcy można wnioskować o jego zgodzie na zwyczaj? Bynajmniej! Raczej należałoby wnioskować o niezgodzie, gdyż, ponieważ zwyczaj jest przyjemnym dla społeczności, a principes decet esse gratiosos, więc gdyby mógł, z pewnością wyraziłby nań swoją zgodę. Jeżeli on zaś tego

<sup>1)</sup> Suarez, l. c. l. VII. c. 13. n. 6.

<sup>2)</sup> Bouix, l. c. str. 292.



nie czyni, jeżeli wogóle unika wszystkiego, cokolwiek mogłoby zrodzić przypuszczenie, iż on się na dany zwyczaj godzi, to chyba tylko dlatego, że on nie chce tego zwyczaju, że go nie aprobuje. W każdym zaś razie jasną jest rzeczą, że zgoda jego, jest wątpliwa, że nie można tu na pewno mówić ani o jego zgodzie ani o braku zgody. Lecz w takim wypadku, gdy niepewną, wątpliwą jest zgoda prawodawcy, nie może powstać prawo zwyczajowe. Zwyczaj nie może uchylić prawa stanowionego i sam na jego miejscu stać się prawem, gdy prawodawca, nie chce tego zwyczaju, chociaż dla dobra społeczności, na czele której stoi, dla odwrócenia od niej większego zła, nie może tego wyrazić. Do istoty bowiem prawa należy pewnego rodzaju stałość, wieczystość. Z prawa Bożego i naturalnego obowiązuje ono tak długo, dopóki nie jest na pewno wiadomem, że prawodawca je odwołał. I nie wystarcza sama możliwość odwołania przez prawodawcę do zwolnienia z obowiązku zachowania prawa. Absolutnie bowiem mówiąc, możliwość taka istnieje każdej chwili; po wydaniu prawa absolutnie jest możliwą rzeczą, by prawodawca je odwołał. Gdyby więc sama możliwość odwołania prawa wystarczała do zwolnienia od jego zachowania, żadne prawo nie obowiązywałoby i całe prawodawstwo nie miałoby celu. To właśnie ma zastosowanie w naszym wypadku. Prawo stanowione jest pewne, odwołanie go przez prawodawcę jest możliwe, lecz niepewne, gdyż i zgoda prawodawcy na zwyczaj mu przeciwny jest niepewna. Należy przeto zachować ustawę. Z natury bowiem rzeczy wynika, że prawo niepewne, wątpliwe, (w naszym wypadku zwyczaj) nie może, usunąć prawa pewnego, tj. ustawy. I kanonista Bouix<sup>1)</sup> przytacza przykłady, że kongregacje rzymskie po przeszło 40 latach nakazały porzucić zwyczaje przeciwne konstytu-

---

1) Bouix, l. c. str. 297.

cjon Papieży Piusa V.<sup>1)</sup> i Klemensa VIII,<sup>2)</sup> co do wydawania ksiąg liturgicznych.

W takim razie — można zarzucić — Papież, nie zgadzając się, a nie odrzucając zwyczaju przeciwnego prawu, jest powodem rozlicznych grzechów; wierni bowiem, zachowując taki zwyczaj, żyją podług niego i spełniają liczne czynności, które, jako przeciwne prawu obowiązującemu, są grzeszne. A chyba nie jest zadaniem Papieża, by pobudzał do grzechu, ale raczej, by od grzechu odwodził. Najpierw zwrócić należy uwagę, że o pobudzaniu do grzechu nie może tu być mowy. Papież, z bardzo ważnych powodów, jak wyżej zaznaczyliśmy, nie przeszkadza tylko, by ktoś grzeszył, ale nie on jest sprawcą tych grzechów, tylko ten, kto je popełnia. Prawodawca, chociaż przewiduje, iż niektórzy nadużyją nadanych przez niego praw, nie ma się powstrzymać od ich nadawania. Nie on jest sprawcą, ani odpowiedzialnym za różne naruszenia porządku prawnego społeczności. Gdyby to miało być prawdą, nikt chyba nie przyjąłby na siebie roli prawodawcy. Co innego tedy jest czynne, pozytywne pobudzanie do czynności grzesznej, a co innego nie przeszkadzanie takiej czynności. Wierni bowiem działają przeważnie w dobrej wierze, w przekonaniu, że ich przełożeni otrzymali na to dyspensę, a więc formalnie nie grzeszą. I prąci także i nieliczni uświadomieni, chociaż błędnie, również, z różnych powodów, tłumaczą sobie, że ich w danym wypadku obowiązuje nie prawo kościelne, lecz zwyczaj, a tak i oni działają w dobrej wierze i od formalnych grzechów są wolni. Że zaś z dwojga złego wybiera Papież mniejsze, że dla uniknięcia grzechów formalnych zezwala, nie przeszkadza materialnym — jest zupełnie zgodne z nauką Kościoła<sup>3)</sup>.

1) „Quod a nobis“ 9 iul. 1568; „Quo primum“ 14 iul. 1570.

2) „Cum in Ecclesia“ 10 maii 1602; „Cum sanctissimum“ 7 iul. 1604.

3) Bouix, l. c. str. 298 sq.

Pozostaje nam do omówienia jeszcze zgoda prawodawcy legalna. Podwójnego rodzaju są przeciwnicy zgody legalnej: jedni <sup>1)</sup> zaprzeczają jej istnienia, drudzy <sup>2)</sup> przypuszczają wprawdzie, że ona może być daną i, że jest daną, twierdzą jednak, że do wprowadzenia zwyczaju, jako prawa, nie wystarcza.

Przeciwnicy pierwszej teorii opierają się na stwierdzeniu, że nigdzie w Dekretalach niema wyraźnej wzmianki, wyraźnego rozporządzenia, że Papież pozwala z góry na wprowadzenie zwyczajów, że więc jego zgoda prawna nie istnieje. To samo możnaby powiedzieć i o Kodeksie Piusa X., gdyż i w nim kanonu tej treści niema.

Nie ulega wątpliwości, że prawodawca kościelny może pozwolić na wprowadzenie zwyczaju lub go zakazać. Z braku jednak wyraźnego, ogólnego pozwolenia na zwyczaj nie możemy zaraz wnioskować o jego zakazie. W Dekretalach niema również wyraźnego, ogólnego zakazu prawa zwyczajowego. Na tej samej tedy podstawie, co przeciwnicy, możemy być uprawnieni do wnioskowania, że zwyczaj może być wprowadzony. A możemy do tego wniosku tem bardziej być upoważnieni, że i Dekretały Grzegorza IX. i Księga szóstą Bonifacego VIII. o zwyczaju mówią, określają warunki, pod jakimi może on być wprowadzony. Czyżby to nie miało być równoznacznem ze zgodą na zwyczaj? Wszak jeśli prawodawca mówi, że zwyczaj, aby mógł uchylić ustawę, musi być „rozumny i prawnie przedawniony“ <sup>3)</sup>, to chyba dość wyraźnie wypowiada swą zgodę, że, byle tylko zwyczaj miał powyższe warunki, może być wprowadzony. A to wystarcza do istnienia zgody legalnej. W ten sposób dana jest także zgoda legalna prawodawcy kościelnego w nowym Kodeksie dla

1) Schulte, l. c. str. 209 sq.

2) Verani, Commentaria l. l. t. IV. § 4. n. 7.

3) c. ult. (1—4.)

zwyczaju przeciw prawu w kan. 27., dla zwyczaju obok prawa w kan. 28., a dla zwyczaju podług prawa w kan. 29.

Przejdźmy do drugiej grupy przeciwników, utrzymujących, że zgoda prawna nie wystarcza do wprowadzenia zwyczaju przeciw prawu lub obok prawa. Zwolennicy tej teorii powołują się na powagę glossy<sup>1)</sup> i dodają taki argument. Każde prawo pisane jest wydane za wiedzą prawodawcy. Ponieważ prawo zwyczajowe, co do mocy obowiązującej, niczem nie różni się od prawa pisanego, więc jak ostatnie, tak i pierwsze nie może być wprowadzone bez wiedzy prawodawcy; przy konsensie legalnym prawodawca nie zna prawa zwyczajowego, więc też taka ogólna zgoda nie wystarcza i nie nadaje mocy prawnej zwyczajowi.

Mimo te dowody, zdanie przeciwne o wystarczalności zgody legalnej jest, jak stwierdza Suarez<sup>2)</sup>, zdaniem ogólnym kanonistów i silniejsze za niem przemawiają racje. Przemawia za niem c. Cum tanto 11. (I—4), gdzie Grzegorz IX. dwa tylko warunki stawia dla prawomocności zwyczaju mianowicie, by był „rationabilis et legitime praescripta (sc. consuetudo)“. Jeżeli tedy ktoś twierdzi, że zgoda ogólna nie wystarcza, lecz potrzebna jest zgoda personalna prawodawcy, dodaje trzeci warunek bez żadnej podstawy prawnej, co więcej, nawet wbrew prawu. Zgoda bowiem osobista, wymagająca znajomości każdego zwyczaju, jest rzeczywiście osobnym warunkiem, w tych dwóch nie zawartym, natomiast wola ogólna Papieża, iż zgadza się na wprowadzenie zwyczajów pod warunkiem, że będą rozumne i prawnie przedawnione, jest dostatecznie wyrażona — a więc wystarcza. Przemawia za niem c. Licet 1. (I—2.) in VI-o. Dekretal ten opiewa: „Licet Romanus Pontifex, (qui iura omnia in scrinio pectoris sui censetur ha-

1) gl. do sł. „legitime sit praescripta“ c. 11. (I—4.) „sciente illo, qui potest ius condere“.

2) Suarez, l. c. I. VII. c. 13 n. 6.

bere), constitutionem condendo posteriore, priore, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur; quia tamen locorum specialium et personarum singularum consuetudines et statuta, (cum sint facti et in facto consistant), potest probabiliter ignorare, ipsas, dum tamen sint rationabiles, per constitutionem a se noviter editam, (nisi expresse caveatur in ipsa), non intelligitur in aliquo derogare<sup>1</sup>. W dekretale tym wyraźnie Bonifacy VIII. oświadcza, że mogą być zwyczaje prawne, zwłaszcza partykularne, nieznanne Papieżowi, i przeciwne jego prawom powszechnym, a mimoto obowiązujące. Ponieważ zwyczaje te nie mogły być wprowadzone za osobistą zgodą Papieża, gdyż ich nie znał, więc musi tu być mowa o zgodzie przynajmniej legalnej. Przemawia za zgodą legalną rozum. Dla dobra Kościoła zwyczaj — jak wyżej wykazaliśmy — przynosi bardzo wielkie korzyści. Jeżeliby zaś w Kościele tylko taki zwyczaj mógł się przyjąć, który Papież osobiście zna, to byłoby to wprost uniemożliwieniem zagospodarowania się zwyczaju na niwie kościelnej, zwłaszcza zwyczaju partykularnego. Bezsilnym także jest zarzut, czerpany z porównania z prawem pisanem. Najpierw comparatio non est probatio, a następnie, jak słusznie zauważa Suarez, wola prawodawcy jest jednakowo skuteczną i silną, czy prawodawca przemawia osobiście, czy przez prawo<sup>1</sup>). Wreszcie prawodawca może polecić jakiejś osobie fizycznej czy moralnej, (np. prawnikom, jak było w prawie rzymskim)<sup>2</sup>), by w imieniu jego wydawała prawa, tak, iż te ustawy będą uznawane przez niego, jakgdyby on sam je nadawał, chociaż osobiście ustaw tych nie zna. Może więc ogólnym dekretem postanowić, by zwyczaje, wprowadzone przez członków spo-

<sup>1</sup>) „Lex semper loquitur, et non minus efficax est voluntas principis per legem loquens, quam immediate per se volens aut praecipiens“. Suarez I. c. I. VII. c. 13. n. 6.

<sup>2</sup>) Haring, Grundzuge des kath. Kirchenrechts, Graz 1916, str. 31.

łeczności, a posiadające pewne, przez niego wymagane warunki, miały moc prawną. Wywody te odnoszą się i do przyszłych tłumaczy Kodeksu, którzyby chcieli zaprzeczyć wystarczalność konsensu legalnego prawodawcy kościelnego.

Do tego, cośmy o zgodzie prawnej powiedzieli, nie można nie dodać bystrej i trafnej uwagi Lombardiego<sup>1)</sup>. Z tego, że konsens legalny prawodawcy wystarcza do wprowadzenia prawa zwyczajowego, nie należy wyciągać dalszego wniosku, że jest on koniecznym i, że odgrywa on w nim rolę promulgacji. Jakkolwiek bowiem pewną jest rzeczą, że z prawa natury do istoty ustawy potrzebne jest jej ogłoszenie, gdyż poddani, nie poznawszy ustawy, nie mogliby jej zachować, to jednak, gdy chodzi o prawo zwyczajowe, inaczej się ono ogłasza, niż prawo pisane. Lud, praktykując zwyczaj faktyczny, doskonale zna swe uczynki i wie, czy one odpowiadają warunkom, nakreślonym przez prawodawcę, czy mają moc prawną, a to wystarcza, to zastępuje promulgację prawa pozytywnego pisanego.

Na pytanie, kto ma dać konsens Kodeks w kan. 25. odpowiada, że „właściwy przełożony kościelny“. Któż tedy jest tym „właściwym przełożonym“ w Kościele?

Jeżeli chodzi o wprowadzenie zwyczaju powszechnego lub partykularnego przeciwko prawu powszechnemu lub obok prawa powszechnego, jest nim tylko Papież. Tylko Papież bowiem na mocy prymatu, z prawa Bożego, jest ponad prawem powszechnem Kościoła, on w Kościele najwyższym prawodawcą i rządcą. Z tego tytułu może także zezwolić na zwyczaj przeciw prawu partykularnemu lub obok prawa partykularnego.

Oprócz Papieża może dać konsens na wprowadzenie partykularnego zwyczaju obok prawa powszechnego, lecz

<sup>1)</sup> C. Lombardi, l. c. t. I. str. 58.

tylko przeciw prawu diecezalnemu, biskup. Biskupi bowiem są prawdziwymi prawodawcami w swych diecezjach. Gdyby jednak było jakieś prawo diecezalne, ustanowione przez synod prowincjonalny lub generalny, albo gdyby Papięz jakieś prawo czy zwyczaj diecezalny swą zgodą (np. w konkordacie) zatwierdził, konsens biskupa nie wystarcza do wprowadzenia zwyczaju przeciw niemu. Powód jest ten; że nie może on uczynić tego milcząco, czego nie może dokonać wyraźnie<sup>1)</sup>.

Przełożeni innych społeczności, zdolnych do prawa zwyczajowego, mogą dać swą zgodę i ona wystarcza, gdy chodzi o zwyczaj przeciwko ich własnym prawom lub obok prawa powszechnego, jeżeli mają władzę prawodawczą.

---

---

<sup>1)</sup> Wernz, l. c. str. 281 sq.

## ROZDZIAŁ IV.

### **O warunkach, wymaganych przez św. kanony, aby zwyczaj faktyczny stał się prawomocnym.**

Zgoda prawodawcy kościelnego jest jedyną przyczyną sprawczą prawa zwyczajowego. Stanowi ona formę treści, materji, przez wiernych przygotowanej dokładnie, i w szczególniejszy sposób, przez stałe praktykowanie, ogłoszonej. „Dlatego — mówi Wernz<sup>1)</sup> — bez zgody prawodawcy nie mogą istnieć w Kościele normy legalne i naodwrot, bez zwyczajów faktycznych ludu niema prawa zwyczajowego, lecz tylko prawo pisane lub przekazane. Powstaje więc kościelne prawo zwyczajowe z pewnego rodzaju czynności konspiracyjnej prawodawcy kościelnego i chrześcijańskiego ludu... Cała moc prawna kościelnego zwyczaju musi pochodzić jedynie od samej władzy prawodawczej kościelnej hierarchji. Ani cząstki nawet tej władzy nie ma lud chrześcijański. On bowiem dostarcza tylko materji prawa, w należyty sposób już ogłoszonej, jako warunku sine qua non, a nie wykonuje żadnej władzy jurydykcyjnej, czyto zwykłej, czy delegowanej. Kościół zaś tę materję, wyposażoną w warunki, wymagane przez prawo, na mocy swej władzy, przedkłada w sposób obowiązujący, jako prawo“.

Gdy chodzi o warunki, jakie ma posiadać zwyczaj faktyczny, aby stał się prawem, zwrócić należy uwagę, że inne one muszą być przy zwyczaju podług prawa,

---

<sup>1)</sup> Wernz, l. c. str. 282.



• inne, gdy ma być wprowadzony zwyczaj obok prawa, lub przeciw prawu.

W pierwszym wypadku warunki te są minimalne i dają się sprowadzić do tego, by zwyczaj pokrywał się z prawem, by był tłumaczem prawa, w drugim i trzecim wypadku są one liczniejsze. Nadto nie wszystkie warunki płyną z natury samego zwyczaju, lecz wiele z nich jest czysto pozytywnych, zależnych od woli prawodawcy kościelnego. Stąd też, gdy warunki, na naturze zwyczaju oparte, są wspólne zwyczajowi i w prawie kościelnym i w prawie świeckim, warunki pozytywne przez prawodawcę kościelnego postanowione, odnoszą się tylko do zwyczaju w prawie kanonicznym.

Na pytanie, czy prawodawca kościelny wymienił i określił dokładnie wszystkie warunki do prawomocności zwyczaju potrzebne, odpowiadamy, że w Corpus iuris canonici stało się to częściowo tylko i w sposób, zupełnie nie wystarczający. Grzegorz IX. wymienia bowiem przy zwyczaju przeciwko prawu dwa warunki, aby był „rozumny i prawnie przedawniony“<sup>1)</sup>; kiedy jednak należy go uważać za „rozumny“ i jak długiego czasu potrzeba do „prawnego przedawnienia“, o tem wcale nie wspomina. Tem też tłumaczyć trzeba tak wielką rozbieżność, a nawet i sprzeczność zdań między kanonistami.

Glossatorzy, trzymając się ściśle Corpus iuris civilis, które na punkcie prawa zwyczajowego, pełne jest niejasności, niedokładności, a nawet i sprzeczności, jakoteż z powodu braku wykształcenia historycznego i z powodu egzegetycznej metody w traktowaniu przedmiotu, nie mogli wniknąć dobrze w naturę prawa zwyczajowego i stworzyć jednolitej teorii, lecz gubili się w drobnostkach. Nieraz usiłowali po-

---

<sup>1)</sup> c. 11 (1-4.)

jedyncze wymogi zebrać razem, uśłowienia ich jednak nie dają dokładnego obrazu ich opinji<sup>1)</sup>.

Ioannes Teutonicus w glossie do słowa „consuetudinem“ c. 7. D. VIII. tak zestawia wymogi zwyczaju przeciwko prawu: „Scias, quod ad hoc, quod consuetudo praeiudicet iuri, requiritur: quod sit praescripta... quod obtinuerit in contradictorio iudicio populi... ut credant (sc. inducentes) se ius habere, et in posterum illud intendant facere... ut res illa sit praescriptibilis... quod possit dici antiqua et approbata... continere debet naturalem aequitatem... quod sit de scientia Principis inducta, non tantum de tolerantia... quod non per errorem sit inducta... quod maior pars populi consueverit illa consuetudine uti“. Bernardus Parmensis zaś w glossie do słów: „legitime sit praescripta“ c. 11. (I—4.) w następujący sposób je wylicza: „Ad hoc, ut consuetudo iuri communi praeiudicet, requiritur: quod rationabilis sit et quod sit praescripta... quod ex certa scientia et non per errorem sit inducta... et sciente illo, qui potest ius condere... et quod sit tale ius, quod possit praescribi... et quod non sit contra ius naturale... vel saltem, quod sit obtenta in contradictorio iudicio... ut intendas sive credas, te ius habere et ut in posterum id facias... quod maior pars populi usa sit ea consuetudine“. Jeżeli te warunki porównamy z podanymi wyżej przez Jana, zauważymy, że Bernard jeden tylko opuścił, mianowicie nie domaga się, by zwyczaj mógł być nazwany „starodawnym“. Sam Bernard jednak pod koniec glossy dodaje: „sed secundum hanc decretalem (sc. c. 11. (I—4). satis sufficere videtur, si solummodo sit rationabilis et praescripta“.

Jeszcze Innocenty IV. te same warunki stawia<sup>2)</sup>. Aby zwyczaj uchylał prawo wymaga on: „Opportet, quod sit praescripta... quod bonam fidem habeat et animum intro-

<sup>1)</sup> Dr. S. Brie l. c. 97, 104.

<sup>2)</sup> Cytowany u Kreutzwalda l. c. str. 60 sq.

ducendi consuetudinem... quod res sit praescriptibilis... quod sit inducta de scientia eius qui super eos, ubi inducitur, habet ordinariam iurisdictionem... quod non sit inducta per errorem... ubi populi est iurisdictione, quod maior pars populi utatur illa consuetudine". Zupełnie słusznie opuszcza Innocenty IV. warunek, by do otrzymania prawomocności, zwyczaj musiał być zaprzeczony w sądzie cywilnym. Gdyby ten warunek absolutnie był wymagany, nigdy nie mogłoby powstać prawo zwyczajowe. Jeżeliby bowiem zwyczaj przed wyrokiem sędziego nie miał mocy prawnej, sędzia nie mógłby go uznać i podług niego wydać wyroku, jeżeliby zaś miał siłę wiążącą, orzeczenie sędziego byłoby zbytecznym, niepotrzebnym, gdyż żadnej mocy nie dodawałoby zwyczajowi. Tak samo możnaby poczynić zastrzeżenia co do innych warunków, przynajmniej w takiej formie, w jakiej je przytaczają rzeczony glossy. Odnosi się to przede wszystkim do „bona fides“, która przy zwyczaju nie jest wymagana; również konsens prawodawcy nie koniecznie musi pochodzić „de scientia principis“, gdyż, jak przyznaje Bonifacy VIII.<sup>1)</sup>, Papież nie może znać wszystkich partykularnych zwyczajów, a mimoto, jeżeli ich wyraźnie nie wymienia, prawem ogólnym ich nie usuwa. Wogóle przy określaniu warunków zwyczaju glossatorzy zanadto ulegali wpływowi warunków przedawnienia.

Otrząsnęli się z niego poglossatorzy. Pod wpływem potrzeb czasu, a zwłaszcza wielkiej liczby lokalnych zwyczajów po miastach włoskich, stworzyli oni pewnego rodzaju teorię prawa zwyczajowego, ściśle odgraniczając je od pokrewnych zjawisk prawnych, a przede wszystkim od preskrypcji<sup>2)</sup>. W tym duchu pracowali i kanoniści. Opinię ich

<sup>1)</sup> c. 1. (1—2) in VI-o.

<sup>2)</sup> Dr. S. Brie l. c. str. 128 sqq.

o warunkach zwyczaju przedstawia najlepiej Benedykt XIV<sup>1)</sup>: „Quod dicimus legem... contraria consuetudine deleri, intelligendum est, dummodo consuetudo caeteras habeat conditiones, quae a iure in ea exposcuntur... et primo quidem, ut sit rationabilis, hoc est neque iuri divino neque naturali contraria, nec expresse a iure reprobata aut in legislatoris contemptum invecata; deinde, ut a maiore communitatis parte libere et sponte sit inducta, pluribusque ac continuis actibus frequentata, animo legem tollendi; ac demum, ut adsit consensus legislatoris, non quidem expressus et personalis..., sed consensus legalis et iuridicus, qui nimirum iam habetur per leges et canones, omnem consuetudinem, populi moribus inductam, approbantes, eique vires tribuentes, abrogandi legem“. I dodaje: „quod communissime sentiunt Doctores“.

Na tej nauce kanonistów opiera się Kodex Piusa X, podając w ks. I. w tytule II. De consuetudine, wymogi prawne, pod jakimi zwyczaj może być źródłem prawa kanonicznego. Wymogi te, dla przejrzystości, podzielimy na warunki: ze strony społeczności, ze strony przedmiotu zwyczaju i ze strony długości czasu trwania zwyczaju.

## § 1.

### Warunki prawne zwyczaju ze względu na społeczność.

Prawo zwyczajowe powstaje — jak zaznaczyliśmy — z konspiracyjnej działalności prawodawcy i ludu. Omówiliśmy już rolę prawodawcy, zajmijmy się teraz rolą ludu. Trzy kwestje skupiają na sobie naszą uwagę: kto może wprowadzić zwyczaj i jakie przymioty zewnętrzne i wewnętrzne powinny mieć czynności, wprowadzające zwyczaj?

<sup>1)</sup> Benedictus XIV, De synodo dioeciesana. Venetiis 1792. l. XIII. c. V. n. 5.

Kto może wprowadzić zwyczaj?

Odpowiedź na to pytanie daje nam kan. 26. „Społeczność, zdolna przynajmniej do przyjęcia prawa kościelnego, może wprowadzić zwyczaj, któryby był w stanie otrzymać moc prawa“. Wszyscy kanoniści godzą się na to, że społeczność tylko może wprowadzić zwyczaj. Zwyczaj bowiem ma się stać prawem, a prawo można nakładać tylko na społeczność, nigdy na jednostkę. Jednostka może otrzymać jedynie rozkaz, który bezpośrednio dotyczy dobra jednostki i wygasa ze śmiercią rozkazującego. W naturze zaś prawa tkwi, że bezpośrednio dotyczy ono dobra ogółu i jest wieczyste. Dobro zaś ogółu społeczność ma na celu, i jako taka, jest wieczystą. Stąd Ulpianus mówi: „*lura non in singulas personas, sed generaliter constituntur*“<sup>1)</sup>).

Jaką ma być ta społeczność?

Tu zdania prawników były podzielone. Glossatorzy wymieniają jako podmioty zwyczaju: *populos, terras, provincias, regna, civitates, municipia, oppida, loca, a nawet villas*,<sup>2)</sup> nie określają jednak, jaki ma być ogólny charakter społeczności, zaprowadzającej zwyczaj. Czynią to dopiero kanoniści, różnią się jednak w zdaniach. Kiedy jedni, jak Bouix,<sup>3)</sup> twierdzą, że może nią być tylko społeczność doskonała, inni utrzymują, że wystarcza, jeżeli społeczność jest zdolna do otrzymania władzy prawodawczej, Suarez<sup>4)</sup> zaś mówi o takiej społeczności, którejby można nałożyć prawa.

Że społeczność doskonała, mająca cel zupełny i wystarczające do jego osiągnięcia środki, może zaprowadzić zwyczaj, nie ulega najmniejszej wątpliwości. Jeżeli naj-

<sup>1)</sup> L. 8. Dig. I-3.

<sup>2)</sup> Dr. S. Brie, l. c. str. 102 sq. 139 sq.

<sup>3)</sup> Bouix, l. c. str. 278.

<sup>4)</sup> Suarez, l. c. I. VII. c. IX.

wyższej władzy nie przelała ona na nikogo, jej własna zgoda, wystarczająco objawiona, nadaje zwyczajowi faktycznemu, posiadającemu inne warunki, prawomocność.

Także i społeczność, zdolna do piastowania władzy prawodawczej, może wprowadzić zwyczaj za zgodą przełożonego, któremu jest podległą. Zgoda ta uzupełnia brak władzy prawodawczej, której społeczność aktualnie nie posiada. Dlatego też zwyczaj może powstać nie tylko w Kościele, ale i w prowincji kościelnej, w diecezji, w zakonie jakimś, i to nawet przeciw prawu powszechnemu. Okoliczność, że biskup nie może uchylić prawa ogólnego, a diecezja może, należy tem właśnie tłumaczyć, że ostatnia ma nato zgodę legalną najwyższego prawodawcy w Kościele, a biskupi jej nie mają.

Ogólnie przyjęte jednak między kanonistami <sup>1)</sup> było zdanie Suareza, które i Kodeks Piusa X. (c. 26.) przyjął za swoje, że społeczność, aby mogła wprowadzić zwyczaj, nie koniecznie musi być doskonałą lub zdolną do piastowania władzy prawodawczej, lecz, że wystarczy, jeżeli można jej nadać jakieś prawo, a ona jest zdolna do jego przyjęcia. Suarez takiego dostarcza dowodu na powyższe twierdzenie. Prawo, czyto pisane czy zwyczajowe, jest jakgdyby formą społeczności. Forma może być nadana tylko podmiotowi odpowiedniemu, zdolnemu do jej przyjęcia. Tak samo i prawo. Podwójna zaś jest zdolność społeczności odnośnie do prawa: czynna, jeżeli może nadawać prawo i bierna, jeżeli może prawo przyjąć. Otóż ponieważ moc prawna zwyczaju pochodzi nie od społeczności kościelnej, lecz od zwierzchnika Kościoła, nie potrzebna jest jej zdolność czynna, lecz potrzebna i wystarczająca jest zdolność bierna, tj. zdolność przyjęcia prawa <sup>2)</sup>. Stąd mogą zwyczaj zapro-

1) Wernz, l. c. str. 283. uw. 66.

2) Suarez, l. c. c. IX. n. 8.

wadzić świeccy, którzy w Kościele, jako społeczności nierównej, nie mogą piastować władzy prawodawczej, może wprowadzić zwyczaj jakieś kolegium księży, jak kapituła, klasztor, a nawet i zakon żeński, jeżeli zdolne są do przyjęcia prawa pisanego. Nie może zaś wprowadzić zwyczaju stowarzyszenie jakieś świeckie, bractwo, parafia, dekanat, tem mniej rodzina, gdyż nie są one zdolne do otrzymania praw, lecz tylko rozkazów.

Niekoniecznie zwyczaj musi być praktykowany przez całą społeczność. U osób bowiem moralnych zgoda większości uchodzi za zgodę całości<sup>1)</sup>. Jak więc mniejsza część członków społeczności nie może wydać prawa, obowiązującego wszystkich, tak nie może zaprowadzić i zwyczaju, posiadającego moc prawną. Zwrócić należy uwagę, że zgoda ta powinna pochodzić od osób, które mogą swą zgodę wyrazić. Wykluczeni więc są dzieci i obłąkani. Nie wykluczeni są małoletni i niewiasty — chociaż Bouix<sup>2)</sup> i inni ich wykluczają — gdyż oni są zdolni do przyjęcia prawa.

Przeciw tym wywodom nie można zarzucić, że osoba fizyczna drogą zwyczaju może nabyć jurysdykcję lub zwolnić się od jakiegoś prawa. Tak np. biskup, który w różnych sprawach jest obowiązany zasięgać rady lub zgody kapituły katedralnej, przez zwyczaj przeciwny może się od tego obowiązku zwolnić<sup>3)</sup>. W tym i podobnych wypadkach chodzi bowiem nie o zwyczaj, lecz o przedawnienie, a do tej jednostki są zdolne.

Czynności, spełniane przez społeczność lub większą jej część, aby mogły wprowadzić zwyczaj, muszą mieć pewne warunki zewnętrzne.

<sup>1)</sup> Kan. 101. § 1. n. 1.

<sup>2)</sup> Bouix, l. c. str. 279; Synopsis Pirhingiana, Romae 1849. str. 40.

<sup>3)</sup> Kan. 1532. § 3.

Akty te powinny być częste i liczne. Wynika to z istoty zwyczaju i z jego definicji. Zwyczaj bowiem polega na częstym spełnianiu przez społeczność pewnych czynności. Odnosi się to, tak do czynności pozytywnych, jak i negatywnych. Opuszczenie, niespełnienie czynności prawem przepisanej, jest także aktem i musi być często powtarzane.

Jaka powinna być ta częstotliwość, ile czynności ma być spełnionych? Niema zgody pod tym względem między kanonistami. Jedni<sup>1)</sup> sądzą, że wystarcza i jeden akt, jeżeli jest ciągly i trwa przez czas, potrzebny do wprowadzenia zwyczaju. Jako przykład podają wybudowanie mostu i tolerowanie go przez lud tak długo, dopóki nie nastąpi prawne przedawnienie, albo nadanie beneficjum świeckiego zakonnikowi, gdy on zarządza niem bez przerwy, przez czas do wprowadzenia zwyczaju wymagany. Lecz tu właściwie trwa nie akt, tylko skutek aktu. A jeżeli w tych i im podobnych wypadkach nabywa się jakieś prawa, to raczej na drodze przedawnienia niż zwyczaju. Preskrypcja bowiem dotyczy osób lub rzeczy, zwyczaj zaś odnosi się do czynności ludzkich, a trudno pomyśleć sobie jakąś czynność, któraby w jednym ciągu wykonywana była przez społeczność przez lat 40.

Inni, i to było przeważające zdanie u glossatorów,<sup>2)</sup> opierając się mylnie na l. 3. Cod. I. 4, gdzie słowo „*consuetudo*“ użyte jest w znaczeniu niewłaściwym czyli przyzwyczajania się, w znaczeniu powtórnego popadnięcia w występki, (w występkach nie może być zwyczaju),<sup>3)</sup> i na Reg. iur. 40 in VI-to „*Pluralis locutio duorum numero est*

---

<sup>1)</sup> Reiffenstuel, *Ius canonicum universum*, Parisiis 1899. t. I. str. 288.

<sup>2)</sup> Dr. S. Brie, l. c. str. 108.

<sup>3)</sup> Reiffenstuel, l. c. str. 289.



contenta“, twierdzą, że wystarczą dwie czynności, zwłaszcza, jeżeli wie o nich prawodawca i im się nie sprzeciwia. Odpowiadamy, że jeżeli prawodawca czynnościom tym się nie sprzeciwia, nie wynika z tego jeszcze, by je aprobeował. Gdy je zaś aprobeuje i prawo istniejące zostanie uchylone, to przestanie ono obowiązywać nie wskutek przeciwnego prawa zwyczajowego, lecz wskutek uchylecia go przez zgodę prawodawcy. Reguła prawa 40. in VI-o nie może w danym wypadku być zastosowaną. Tu nie chodzi nam o oznaczenie wogóle bezwzględnej ilości aktów, czy jeden akt, czy więcej wystarcza, pewną bowiem jest rzeczą, że jeden akt nie wystarcza, tu chodzi nam o to, ile czynności potrzeba, by rozumnie można wnioskować o woli społeczności lub większej jej części do wprowadzenia zwyczaju? <sup>1)</sup>).

Trzecia grupa autorów <sup>2)</sup> mówi, że liczba tych czynności nie da się określić, lecz, że trzeba się tu zdać na wyrok sędziego lub człowieka roztropnego, który, zważywszy jakość aktów, ilość osób i inne okoliczności, rozstrzygnie, czy liczba aktów jest już taką, aby nie tylko można było przypuszczać o woli ludu, ale także i o zgodzie legalnej prawodawcy. Dokładniejszej, bliżej określającej daną kwestję, reguły nie można podać. W wątpliwości, czy jakiś zwyczaj jest zaprowadzony czy nie, musi się przystąpić do indywidualizowania wypadków i każdy poszczególny zwyczaj osobno stwierdzać. W wielu bowiem wypadkach społeczność mogła działać pod wpływem nieznamości, błędu, bojaźni, przymusu — a to wszystko są przeszkody — jak później zobaczymy — uniemożliwiające wprowadzenie zwyczaju, przeszkody, które tylko roztropny mąż lub sędzia w poszczególnym wypadku, po uwzględnieniu

---

<sup>1)</sup> Reiffenstuel, l. c. str. 289.

<sup>2)</sup> Suarez, l. c. c. X.; Schmalzgrueber, j. n. str. 272.

wspomnianych okoliczności, stwierdzić może<sup>1)</sup>). Za tą regułą przemawia i ogół kanonistów „melioris notae“, jak się wyraża Schmalzgrueber<sup>2)</sup>).

Z liczbą, z częstotliwością czynności, łączy się ściśle ich jednolitość i ciągłość, nieprzerwalność. Jednolitość polega na tem, by były podobne do siebie, jednego gatunku i w tym samym celu wykonywane. Postulat ten jest konieczny. Przy braku jednolitości nie można wiedzieć, czego lud chce i na co się zgadza, jaki ma być właściwie zwyczaj?

Wreszcie czynności wprowadzające zwyczaj, muszą być publiczne, jawne. Jawności ich domaga się sama natura rzeczy. I społeczność, względnie znaczniejsza jej część, musi je znać, by wiedziała, co i jak ma czynić, jak postępować w danym razie, i prawodawca w zasadzie musi je widzieć, by mógł na nie dać swą zgodę. Jawność ta może być podwójnego rodzaju: faktyczną lub prawną. Jawność faktyczna jest wówczas, gdy czynność jakaś jest spełniana nie ukradkiem, lecz w oczach wszystkich; prawnie jest jawną, gdy mimo, że była spełnioną w ukryciu, została stwierdzona przez władzę publiczną wyrokiem sądowym. Pytanie, która z tych dwóch jawności potrzebna jest do wprowadzenia prawa zwyczajowego?

Cytowani wyżej glossatorzy, Ioannes Teutonicus<sup>3)</sup> i Bernardus Parmensis<sup>4)</sup> uważają, że tylko czynności są-

<sup>1)</sup> Suarez l. c. c. X. n. 3. podaje następującą tabliczkę mnożenia: liczbę lat, potrzebnych do przedawnienia zwyczaju, pomnożyć przez liczbę, wymaganych przez zwyczaj czynności np. świąt, postów, a iloczyn da nam żadaną sumę. Można to uważać za wskazówkę, ale nie za jedyny sposób, rozwiązujący kwestję.

<sup>2)</sup> Schmalzgrueber, *Ius ecclesiasticum universum*, Romae 1845. t. I. p. I. str. 272.

<sup>3)</sup> Glossa do sł. „consuetudinem“ c. 7. D. VIII.

<sup>4)</sup> Glossa do sł. „legitime sit praescripta“ c. 11. (I—4.)

dowe tj. wyroki, opierające się na kwestjonowanym prawie, albo odrzucenie przez sędziego sprzecznych z niem skarg, mogą tworzyć zwyczaj. Opierali się oni na mylnem rozumowaniu prawa rzymskiego<sup>1)</sup>. Poglossatorzy,<sup>2)</sup> a za nimi kanoniści, są zdania, że czynności pozasądowe mogą wytworzyć prawo zwyczajowe, a więc, że jawność prawna nie jest koniecznie potrzebna, że wystarcza i jawność faktyczna.

Dowód na to twierdzenie bardzo prosty. Warunek jakiś w prawie wogóle, a więc i przy zwyczaju, musi się opierać, albo na prawie naturalnem, albo na pozytywnem. Warunku, by zwyczaj był stwierdzonym w sądzie przez wyrok nie domaga się, ani natura rzeczy, ani prawo pozytywne. Więc warunek ten jest niepotrzebny. Przesłanka wyższa jest jasna. Tak samo i niższa. Stwierdzenia zwyczaj w sądzie domagałaby się natura zwyczajów, gdyby ono było jedynym sposobem jego ujawnienia. Tymczasem zwyczaj przez publiczne praktykowanie dostatecznie ujawnia zgodę na niego społeczności lub większej jej części i może dojść do wiadomości prawodawcy, aby tenże mógł się nań zgodzić, co zresztą przy zgodzie legalnej nie jest potrzebne. Prawo zaś pozytywne wymaga, by zwyczaj był rozumny i przedawniony,<sup>3)</sup> ale nigdzie nie wspomina o potrzebie stwierdzenia go w sądzie. Wniosek tedy jest zupełnie logiczny.

Jak bezpodstawne jest domaganie się tego warunku wynika i z tego, że aby fakt istnienia zwyczajów był stwierdzony sądownie, musiałby go ktoś zaskarżyć. A jeżeli przez 40 lat nikt go nie zaskarży? Czyż, mając wszystkie warunki, wymagane przez naturę i prawodawcę, nie będzie prawomocnym? A gdyby go nawet fiskał zaskarżył, wtedy

<sup>1)</sup> Dr. S. Brie, l. c. str. 109.

<sup>2)</sup> Dr. S. Brie, l. c. str. 145.

<sup>3)</sup> c. 11. (1-4.)

przed przedawnieniem pierwszy wyrok nie mógłby wypaść nigdy na jego korzyść, a tak samo i następne, po przedawnieniu zaś i bez wyroku sądowego miałby on swą moc prawną — jak wyżej zaznaczyliśmy.

Czyż więc żadnej zadość orzeczenie sądowe nie odgrywa przy zwyczaju, czyż jest bez wszelkiego znaczenia? Odpowiadamy, że wprowadzić zwyczaj nie może. Jeżeli bowiem wyrok będzie wbrew prawu, z powołaniem się na zwyczaj, to wyrok nie wprowadza zwyczaju, lecz presuponuje go, jako już prawomocny i opiera się na nim. Jeżeli zaś zwyczaj jest tylko faktycznym, jeszcze nieprawomocnym, wyrok musi się oprzeć na prawie i jeżeli chodzi o zwyczaj przeciwny temu prawu, przerywa go, zwyczaj zaś obok prawa pozostawia nietkniętym tak, iż on tych samych warunków wymaga i tego samego czasu przedawnienia, co i bez wyroku<sup>1)</sup>. Jak zaś jeden wyrok nie może wprowadzić zwyczaju, tak nie mogą tego uczynić i dwa i trzy wyroki. Chętnie jednak godzimy się na to, co już Placentinus<sup>2)</sup> zauważył, że wyrok sądowy stwierdza istnienie zwyczaju prawnego, jeżeli się na nim opiera, wzmacnia go i przyczynia się do jego rozgłoszenia i znajomości. Przed wydaniem bowiem wyroku, sędzia, jeżeli na zwyczaju zamierza go oprzeć, musi dostatecznie zbadać jego istnienie, ale istnienie jego równie może być stwierdzonem i poza sądem, nawet przez jednego poważnego kanonistę, tembardziej przez kilku. Wracając do naszego założenia konstatujemy, że do prawomocności zwyczaju wystarcza jawność faktyczna, a nie koniecznie potrzebna jest jawność prawna. Gdy jawność faktyczna jest pewną, nieulegająca najmniej-

<sup>1)</sup> Suarez, l. c. c. XI n. 6.

<sup>2)</sup> cyt. u Dr. S. Brie, l. c. str. 109 uw. 32. „Item probatur atque praestantior erit consuetudo, si aliquando confirmata fuerit contradictorio iudicio“.

szej wątpliwości, zwyczaj nie potrzebuje nawet być stwierdzonym.

Więcej trudności niż zewnętrzne nastęrczają wewnętrzne przymioty czynności, spełnianych przez społeczność, lub większą jej część, w celu wprowadzenia zwyczaju.

Istotnym czynnikiem wewnętrznym czynności, bez którego zwyczaj nie może powstać, jest wola, zamiar (animus se obligandi c. 28.) wprowadzenia zwyczaju obok prawa, lub przeciw prawu.

Już glossa do Dekretu Gracjana<sup>1)</sup> i do sławnego rozdz. 11. (1—4.) Grzegorza IX.<sup>2)</sup>, oprócz częstotliwości aktu, domaga się woli, że to, co się czyni, będzie się czyniło i w przyszłości, czyli, że się będzie zachowywało jako zwyczaj. Z wolą tą, z zamiarem, łączą glossatorzy wspomniani i domagają się od działającego wiary, że do odnośnych czynności jest uprawniony. Bardzo trafną do tego ostatniego wymogu uwagę robi Dr. S. Brie<sup>3)</sup>: jeżeli działający do tych czynności jest uprawniony, ma prawo je spełniać, na cóż mu jeszcze potrzeba zwyczaju?

---

<sup>1)</sup> Glossa do sł. „institutum“ c. 1. D. V. „Videtur hic manifeste, quod plures vices non sufficiunt ad hoc, ut aliquid dicatur consuetudo... unde licet aliquid saepius factum sit, nisi eo animo factum sit, ut in posterum fieret; etiam, si suo iure id fieret, talis usus non dicitur usus“. Podobnie mówi glossa do słowa „consuetudinem“ c. 7. D. VIII. Aby zwyczaj uchylił prawo „requiritur... quod eo animo fiat, ut credant (sc. inducentes consuetudinem) se ius habere, et in posterum illud intendant facere; alioquin talis usus non dicitur usus“.

<sup>2)</sup> Glossa „legitime sit praescripta“ c. 11. (1—4.) „quod sis usus illa consuetudine sive vicibus illis, quibus usus es eo animo, ut intendas, sive credas, te ius habere et ut in posterum id facias“.

<sup>3)</sup> Dr. S. Brie, l. c. str. 174. uw. 13. „Diese Ansicht lässt freilich ganz im Unklaren, wozu dem Handelnden bei einem solchen Glauben noch die Einführung einer consuetudo als wünschenswert erscheinen sollte“.

Wola przyjęcia zobowiązania lub zwolnienia się z niego może być wyraźna lub interpretatywna. Jest wyraźna, jeżeli społeczność kościelna wypowiada się formalnie, jasno, że chce uchylić jakąś ustawę lub wprowadzić prawo nieistniejące; [jeżeli zaś z czynności jej, ze zwyczaju faktycznego, przez nią praktykowanego, da się wyczuć, odgadnąć, że dlatego ona go zachowuje, by przyjąć na siebie zobowiązanie lub zwolnić się z niego, wówczas jest wola interpretatywna.

Któraż z nich wystarcza do wprowadzenia zwyczaju? Wystarcza wola interpretatywna. Wykazuje ona bowiem dostatecznie, że lud chce prawa zwyczajowego. Potrzeba zaś tej woli, tego zamiaru, wynika z natury prawa w ogólności. Prawo jest wpływem nie tylko rozumu, ale i woli. Ponieważ zwyczaj jest prawem, więc i on musi płynąć z woli.

Nie można jednak utrzymywać, że przy zwyczaju, jak przy prawie stanowionem, wola ta objawia się przez zgodę prawodawcy. W takim bowiem razie prawo zwyczajowe nie różniłoby się od prawa pisanego. Trafne w tym względzie są uwagi Suareza<sup>1)</sup>. „Zwrócić należy uwagę — mówi on — że chociaż wola zwierzchnika, albo prałata, ma główne znaczenie w tej sprawie, mimoto bardziej do pewnego stopnia zależy ona od woli ludu, ponieważ do niej dostosowuje się, że się tak wyrażę, zwierzchnik, dając jej (woli ludu) niejako pozwolenie, aby wprowadziła prawo zwyczajowe takie, jakie chce, lub zgadzając się i zatwierdzając to, co lud zamierza. I dlatego w tym celu trzeba uważać, że nie dosyć jest ze strony ludu, by jakieś czynności często spełniał, z którychby mógł powstać zwyczaj faktyczny, lecz potrzeba, by sam zwyczaj był zamierzony, by częstotliwe czynności były spełniane dla wprowadzenia takiego

---

<sup>1)</sup> Suarez, l. c. c. XIV. n. 4.

zwyczaju z powodu pożytku publicznego, albo chwały religii, albo innego podobnego względu“.

Nadto wola ludu może zdążyć do wytworzenia zwyczaju faktycznego lub prawnego. Ażeby powstał zwyczaj prawomocny, obowiązujący lub zwalniający z zachowania ustawy, społeczność musi wprost do niego zdążyć, a nie do wytwarzania tylko zwyczaju faktycznego. „Actus enim agentium non operantur ultra intentionem illorum“. Nikt nie może się zobowiązać, nie mając woli zobowiązania się np. ślubem<sup>1)</sup>. I tu właśnie tkwi wyjaśnienie, dlaczego może istnieć wiele faktycznych zwyczajów, które nie obowiązują pod grzechem. Lud bowiem chciał je spełniać i spełniał, ale nie w intencji przyjęcia na siebie prawnego zobowiązania, lecz z innych pobudek np. z pobożności. Są to tak zwane „actus merae facultatis“. Do takich faktycznych zwyczajów należą np.: odmawianie trzy razy na dzień, na głos dzwonka, modliwy Anioł Pański, posypywanie głowy popiołem w środę popielcową, poświęcanie palm, wina, owsa, owoców w odpowiednich dniach, żegnanie się wodą święconą przy wejściu i wyjściu z kościoła, słuchanie Mszy św. w pewne dni powszednie, spowiadanie się kilka razy do roku itp. Zwyczajami faktycznymi są także zaduszki, petyta, kolęda i inne datki czy ofiary wiernych, chyba, żeby co do niektórych nastąpiło przedawnienie ze strony Kościoła, lub wierni z innego tytułu, np. z tytułu utrzymania kapłana, byli do nich obowiązani<sup>2)</sup>.

Wolę przyjęcia zobowiązania poznaje się z praktykowania zwyczaju faktycznego, według przytoczonego już wyżej zdania Julianusa: „Quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?“. W wątpli-

1) Suarez, l. c. c. XIV. n. 5.

2) Suarez, l. c. c. XIV. n. 5; Schmalzgrueber l. c. str. 273.; Reiffenstuel, l. c. str. 290.

wości, czy była intencja zobowiązania się, czy jej nie było, nie należy jej przypuszczać. Nie można bowiem na nikogo nakładać ciężaru niepewnego.

Na podłożu tej ogólnej nauki kanonistów stoi Kodeks prawa kanonicznego Kan 28. opiewa: „Zwyczaj obok prawa, który społeczność świadomie zachowywała z zamiarem przyjęcia na siebie zobowiązania, wprowadza prawo“, jeżeli ma inne warunki przez prawodawcę kościelnego wymagane, o których później będzie mowa.

Drugą wewnętrzną cechą, którą powinny mieć czynności, wprowadzające zwyczaj, jest ich dobrowolność. Tylko takie akty są godne społeczności, z ludzi złożonej. Uczynki ludzkie są dobrowolne, jeżeli pochodzą ze świadomości i wolnej woli. Cokolwiek tedy wyklucza świadomość lub wolną wolę przy działaniu, albo je utrudnia, jest przeszkodą dobrowolności. Świadomości sprzeciwia się niewiedomość i błąd, pomyłka, wolności woli przymus i bojaźń. Pytanie czy wszystkie te przeszkody uniemożliwiają wprowadzenie zwyczaju i w jakim stopniu? Wskutek niezgody opinii kanonistów, jednej, ogólnej odpowiedzi na nie dać nie można. Rozczłonkujmy je tedy na części!

A najpierw czy świadomość, znajomość prawa obok którego lub przeciw któremu wprowadza się zwyczaj jest potrzebna? Rozróżnić tu trzeba zwyczaj obok prawa od zwyczaju przeciw prawu.

Gdy chodzi o zwyczaj obok prawa, nie ulega najmniejszej wątpliwości, że świadomość jest tu wymagana. Domaga się jej wyraźnie kan. 28. w słowie „scienter“, świadomie, domaga się i natura rzeczy. Zwyczaj obok prawa, bez jego znajomości, kiedyżby mógł być wprowadzonym? Gdyby społeczność sądziła mylnie, że to, co ona spełnia jest nakazane lub zakazane, a to w rzeczywistości, ani nakazaniem ani zakazaniemby nie było. Wtedy jednak zwyczaj nie byłby wprowadzony. Nie mógłby być wprowadzonym,



gdyby społeczność, lub większa jej część błędnie sądziła, że coś jest nakazaniem, gdyż wtedy miałyby raczej zamiar zachować prawo istniejące, a nie wprowadzać nowego. Tedy zaś nie mogło nałożyć na nią nowych zobowiązań, gdyż takiego zamiaru nie miała, a nadto zwyczaj zachowania prawa nie jest właściwym zwyczajem i żadnego nowego prawa nie wprowadza. Nie mógłby być również wprowadzony zwyczaj, gdyby społeczność błędnie mniemała, że coś jest zakazaniem. Wtedy bowiem zamiar jej zdążyłby do uchylenia prawa, a nie do zobowiązania się, a zwyczaj, uchylający prawo, nie mógłby powstać z tej prostej przyczyny, że prawo to w rzeczywistości nie istnieje<sup>1)</sup>. Tak samo też uczyli już glossatorzy<sup>2)</sup>.

Inaczej przedstawia się sprawa ze zwyczajem przeciw prawu. Stan kwestji jest następujący: czy zwyczaj przeciw prawu ma być wprowadzony ze znajomością prawa, które zamierza uchylić, czy też, do uchylenia prawa istniejącego, niepotrzebna jest jego znajomość, lecz może być także pomyłka, błąd? Innymi słowy: czy zwyczaj przeciw prawu ma być wprowadzony czynnościami, spełnianymi w złej wierze (mala fides), czy też czynnościami spełnianymi tylko w dobrej wierze (bona fides)?

W odpowiedzi na te pytania można rozróżnić trzy opinie kanonistów. Glossatorzy<sup>3)</sup>, przestrzegając ściśle

<sup>1)</sup> Suarez, l. c. c. XII. n. 4.

<sup>2)</sup> Dr. S. Brie, l. c. str. 114, gdzie jako, przykład szkolny, podawany przez kanonistów, przytacza zwyczaj, istniejący w Bolonji. Kiedy właściciel wina dotknął wozu, na którym je ładowano, choćby tylko w celu niesienia jakiejś pomocy, niebezpieczeństwo transportu z przedsiębiorstwa przewozowego przechodziło na niego. Gdy niektórzy przyznawali temu zwyczajowi moc wiążącą tylko przy przewozie wina, a nie innych płynów np. oliwy, ogół glossatorów wogóle odmawiał mu mocy prawnej z powodu błędu, pomyłki właściciela wina.

<sup>3)</sup> cf. cyt. glossy do c. 7. D. VIII. i do c. 11. (1—4.); Brie, l. c. str. 116 sq. 152 sq.

analogji między zwyczajem a przedawnieniem, wykluczają wprawdzie błąd, lecz domagają się przy wprowadzeniu zwyczaju przeciw prawu dobrej wiary. Późniejsi jednak autorzy<sup>1)</sup> są zdania, że konieczna jest tu znajomość prawa, które przez zwyczaj ma być uchylone i, że wykluczony musi być błąd czyli, że zwyczaj przeciw prawu może być uchylony tylko przez uczynki, spełniane w złej wierze. Trzecia grupa, do której między innymi należą De Angelis<sup>2)</sup> i Wernz<sup>3)</sup>, stara się pogodzić obydwie powyższe poglądy, utrzymując, że zwyczaj przeciw prawu może być wprowadzony i w dobrej i w złej wierze. Ponieważ Kodeks Piusa X. przy zwyczajach obok prawa w kan. 28. zajął jasne i zdecydowane stanowisko, domagając się przy wprowadzeniu tego zwyczaju i znajomości prawa (*scienter*) i zamiaru, woli zobowiązania się ze strony społeczności, a w kan. 27. § 1., gdzie mowa o zwyczajach przeciwko prawu, o warunkach tych nie wspomina, kwestja tedy, czy zwyczaj przeciw prawu ma być wprowadzony ze znajomością prawa uchylanego, czy bez niej, względnie, czy czynności te, uchylające prawo stanowione, mają być spełniane w dobrej czy złej wierze, jest otwarta i ta z powyższych opinii może się utrzymać, która się oprze na silniejszych argumentach.

Naszem zdaniem jest nią opinja druga tzn., że do wprowadzenia zwyczaju przeciwko prawu potrzeba znajomości uchylanego przez nią prawa, z wykluczeniem błędu, względnie, że może być wprowadzony zwyczaj przeciwko prawu tylko w złej wierze.

Przemawia za nią dowód rozumowy. Jest on podobny do dowodu przy zwyczajach obok prawa. Kiedyż mógłby być wprowadzony zwyczaj przeciwko prawu bez

---

<sup>1)</sup> Schmalzgrueber, l. c. str. 280 sq.; Suarez, l. c. c. XII.

<sup>2)</sup> De Angelis, l. c. str. 81.

<sup>3)</sup> Wernz, l. c. str. 284. uw. 71.

znajomości prawa? Wówczas, gdyby społeczność, względnie większa jej część, nie wiedziała, że prawo, przeciw któremu wprowadza zwyczaj, istnieje, lub gdyby błędnie przypuszczała, że prawo jakieś istnieje, a onoby w rzeczywistości nie istniało. Otóż w żadnym z tych wypadków nie może powstać zwyczaj przeciw prawu. Nie może powstać w pierwszym, gdyż społeczność, nie znając istniejącego prawa i nie wiedząc, czy ono istnieje, nie zamierza go usunąć, a „actus agentium non operantur ultra intentionem illorum“; nie może powstać w drugim wypadku, gdyż zamiar uchylenia prawa z powodu braku przedmiotu nie jest skuteczny; nie można uchylić, znieść tego, co nie istnieje wcale.

Nie trudno także obalić dowody, przytaczane przez zwolenników innych grup, na poparcie ich twierdzeń.

Glossatorzy<sup>1)</sup> powołują się, że zwyczaj musi być przedawniony, a ponieważ do przedawnienia potrzeba dobrej wiary, więc i przy zwyczaju jest ona nieodzowną. Odpowiadamy, że co innego zwyczaj, a co innego przedawnienie, jak już wyżej zaznaczyliśmy, i że do przedawnienia zwyczaju wystarcza, jeżeli ma on warunki wymagane przez prawo<sup>2)</sup>. Z tego, że świadomość i znajomość prawa, przeciw któremu wprowadza się zwyczaj, jest wymagana, nie można też robić zarzutu, że w takim razie przez czynności grzeszne (mala fides) więcej można osiągnąć niż przez czynności, spełniane w dobrej wierze (bona fides), gdyż przez czynności grzeszne można uchylić prawo niewygodne, a nie można tego osiągnąć przez czynności, spełniane w dobrej wierze! I tu trzeba rozróżnić przedawnienie od zwyczaju. Przy preskrypcji absolutnie musi być wymagana dobra wiara; gdyby bowiem zła wiara była

<sup>1)</sup> Brie, l. c. 116 sq.

<sup>2)</sup> Schmalzgrueber, l. c. str. 281.

dopuszczalną, wtenczas sami grzesznicy tylko mogliby nabywać prawa. Inaczej ma się sprawa ze zwyczajem. Przez zwyczaj nabywa prawa cała społeczność, a nie grzeszący tylko. I przeważnie grzeszą tylko pierwsi, którzy występują przeciw prawu. Następni, opierając się na postępowaniu swych poprzedników, przypuszczają, że musieli oni mieć jakiś tytuł do niezachowania, względnie do przekroczenia prawa i działają już w dobrej wierze. Zwyczaj nadto jest dla dobra ogółu, a wypada, by prawodawca inaczej postępował z ogółem niż z jednostkami, — jak słusznie na to zwraca uwagę św. Augustyn<sup>1)</sup>, wypada, żeby się liczył z ułomnością ludzką i usunął prawo, chociaż ono nie jest nierozumnem. Nie daje on zaś przez to powodu do uchylania praw. Pierwsi bowiem, którzy postępują wbrew prawu grzeszą, więc są karani, prawodawca może każdej chwili przerwać zwyczaj, gdyby on miał osłabiać powagę Kościoła, a wkońcu ogół nie tak łatwo konspiruje dla uchylenia praw, jeżeli one są potrzebne dla jego dobra, dla osiągnięcia celu społeczności. Zwrócić też należy uwagę, że działający w błędnem przekonaniu, w dobrej wierze, nie za karę nie wprowadzają zwyczaju, lecz dlatego, że go nie zamierzają, a nie uchylają prawa dlatego, że ono niè istnieje.

Nie silniejsze są i argumenty zwolenników dobrej i złej wiary. Na twierdzenie De Angelis'a<sup>2)</sup>, że czynności,

---

1) c. I. D. XLIV.

2) „*Mihi illa arridet sententia, quae retinet consuetudinem procedere, vel cum scientia vel ignorantia legis sive cum mala vel bona fide. Non minus enim sunt mores populi, qui inducti sunt vel bona vel mala fide, et istis populi moribus indulget legislator, eosque approbat. Iterum hunc modum agendi sibi praescribit populus, sive bona sive mala fide agat, proinde in utroque casu est intentio se obligandi interpretativa, quae sufficit ad inducendam consuetudinem.*“  
De Angelis, l. c. t. I. str. 81.

czy w złej czy w dobrej wierze spełniane, wytwarzają przecież zwyczaj, na który się zgadza prawodawca, odpowiadamy, że nie same tylko i nie jakiekolwiek mają być te czynności, lecz, że powinny one być kwalifikowane, a przede wszystkim zamierzone przez lud, jakimi przy dobrej wierze, tj. przy nieznaności prawa, przeciw któremu są skierowane, być nie mogą. Nadto, ponieważ prawodawca przez zwyczaj nie chce bardziej obowiązywać ludu, niż on sam chce być zobowiązany, więc gdy społeczność jest w dobrej wierze, gdy nie zamierza usunąć przez swe czynności prawa im przeciwnego, nie otrzymuje na to zgody prawodawcy czyli, że zwyczaj uchylający prawo nie powstaje. Nie wiele także pomaga wybieg, że społeczność taki sposób postępowania wybiera i przezeń dostatecznie objawia wolę interpretatywną. Nie lud sam bowiem obiera sobie sposób działania, lecz wyznacza mu go i natura rzeczy i prawodawca. Przez praktykowanie stałe pewnych czynności objawia wprawdzie społeczność wolę interpretatywną ale, ponieważ jest w dobrej wierze i nie ma zamiaru uchylecia prawa, więc ta wola odnosi się najwyżej do wprowadzenia zwyczaju faktycznego, a nie prawnego.

Inny jest sposób dowodzenia Wernza<sup>1)</sup>. Rozróżnia on między błędem uprzednim, a towarzyszącym czynności. Przez błąd uprzedni (*praeivus*) należy rozumieć taki, który jest jedynym powodem zwyczaju tzn., że społeczność spełnia jakieś czynności dlatego tylko, iż błędnie sądzi, że one nie są zakazane, gdyż nie zna przeciwnego im istniejącego prawa, tak jednak jest usposobiona, że gdyby nie była w błędzie, aktów tychby zaniechała. Gdyby zaś mimoto, że jest w błędzie, tak była usposobiona, iż wyprowadzona z błędu, czynności te nadalby spełniała, wówczas byłby błąd towarzyszący (*concomitans*) aktom. Zgadzamy się

---

1) Wernz, l. c. t. I. str. 283. uw. 71.

ze sławnym kanonistą, że błąd uprzedni uniemożliwia wprowadzenie zwyczaju przeciw prawu, gdyż społeczność nie ma takiego zamiaru. Ale co do drugiego, że błąd, towarzyszący czynnościom, nie uniemożliwia takiego zwyczaju, gdyż, chociaż jest tylko bona fides, jest tu wola interpretatywna ludu, musimy uczynić zastrzeżenie. Jest to możliwe teoretycznie, ale nie praktycznie. Osoba fizyczna, jedna, druga może rzeczywiście nie znać prawa, przeciw któremu spełnia pewne czynności, ale czy jest możliwe, żeby go również niepokonalnie nie znała przez lat 40 cała społeczność, zdolna do przyjęcia prawa lub większa jej część? Praktycznie jest to niemożliwe, a ponieważ zwyczaj jest normą praktyczną, więc pod tym kątem należy go rozpatrywać i stawiać mu warunki. Dodać także należy, że tego rodzaju czynności tylko we forum zewnętrznym mogą uchodzić za spełnione w dobrej wierze, we forum wewnętrznym, w ten sposób działający, nie jest wolny od grzechu. Wreszcie w jaki sposób można przy błędzie w forum zewnętrznym stwierdzić zamiar uchylenia prawa, którego się nie zna? Także inne rozróżnianie błędu, poruszone już przez poglossatorów<sup>1)</sup>: na error in iure i error in facto, a w tym ostatnim: na błąd co do motywu działania (causa impulsiva) i błąd co do celu (causa finalis), nie ratuje dobrej wiary przy wprowadzaniu zwyczaju. Błąd bowiem istotny, co do celu działania, a o takim jest mowa, zawsze uniemożliwia uchylene prawa istniejącego.

Z okoliczności, że nowy Kodeks prawa kanonicznego przy zwyczaju obok prawa wymienia wyraźnie, jako warunek do wprowadzenia go, znajomość i zamiar (c. 28.), a opuszcza te słowa przy zwyczaju przeciw prawu (c. 27. § 1.), nie należy wnioskować, że widocznie prawodawca,

---

<sup>1)</sup> Brie, I. c. str. 153.

kiedy mógł wymienić te warunki, a nie wymienił ich, więc ich nie chciał. Na takie rozumowanie możemy odpowiedzieć innem. Prawodawca mógł wyraźnie wykluczyć ten warunek, a ponieważ tego nie uczynił, więc chciał go zachować. Przemawia za tem i to, że Kościół zawsze był trudniejszym w pozwoleniu na zwyczaj przeciw prawu, niż obok prawa. Kiedy ostatni, jak już wyżej wykazaliśmy, miał pełne prawa zaraz w początkach Kościoła, pierwszego potrzebę zaczęto odczuwać dopiero za czasów Gracjana, a właściwie pozwolił na jego wprowadzenie Grzegorz IX. w sławnym dekretele c. 11. (l.—4). I glossatorzy i kaności<sup>1)</sup> do przedawnienia zwyczaju przeciw prawu zawsze domagali się dłuższego czasu, niż przy zwyczaju obok prawa. W każdym razie i według Kodeksu prawo pisane jest głównem źródłem norm prawnych, a zwyczaj niejako ubocznem i nie ulega wątpliwości, że pod względem formalnym, ustawa znacznie przewyższa prawo zwyczajowe. Zewnętrzne ustalenie normy prawnej przez ustawę, jest jak się wyraża Ihering<sup>2)</sup>, „podniesieniem prawa do właściwej mu formy“. Kościół tedy, wymagając mniej warunków do wprowadzenia zwyczaju przeciw prawu, jak do zwyczaju obok prawa, sprzeciwiałby się całej swej przeszłości, ułatwiałby uchYLENIE praw obowiązujących, stałby w opozycji do zdania prawników, co do stosunku zwyczaju do prawa pisanego, identyfikowałby zwyczaj przeciw prawu z nieprzyjęciem prawa przez społeczność, zwalniałby lud od obowiązków, z których on nie miał zamiaru się zwalniać. Jak tedy do wprowadzenia zwyczaju przeciw prawu potrzebny jest zamiar, wola, do zwolnienia się od zobowiązania, chociaż o niej prawodawca we wspomnianym kan. 27. § 1. nie mówi, tak potrzebna jest i znajomość prawa

---

<sup>1)</sup> Wernz, l. c. str. 287.

<sup>2)</sup> Ihering, Geist des römischen Rechts. Th. II. Abth. 1. str. 24.

uchyłanego. Zwyczaj więc przeciwko ustawie może być wprowadzony tylko ze złą wiarą, ale nie z dobrą<sup>1)</sup>.

Wolności uczynków ludzkich sprzeciwia się przymus, czyli gwałt i bojaźń. Przez przymus rozumiemy siłę zewnętrzną, której nie można stawić oporu; przez bojaźń poruszenie umysłu z powodu niebezpieczeństwa, zagrażającego obecnie lub w najbliższej przyszłości. Jaka ich rola przy wprowadzeniu zwyczaju obok prawa, czy przeciw prawu?

Przymus nie przedstawia żadnej wątpliwości. Zwyczaj obok prawa, praktykowany pod wpływem siły zewnętrznej, której nie można stawić skutecznego oporu, np. władzy państwowej, wrogiej Kościołowi, nie może stać się zwyczajem prawomocnym, gdyż ani lud, z niechęcią spełniając pewne czynności, nie ma zamiaru zobowiązania się do nich w przyszłości, ani też u prawodawcy kościelnego nie można przypuścić konsensu. To samo odnosi się i do zwyczaju przeciw prawu.

Co do bojaźni rozróżnić trzeba bojaźń wielką od lekkiej. Ponieważ bojaźń wielka odbiera świadomość i pa-

<sup>1)</sup> Także zasada prawna „Leges promptiores sunt ad solvendum quam ad ligandum, et minus est tollere legem quam inducere“ w tym wypadku przeciwnikom naszym nie sprzyja. Z zasady tej wynika tylko, co i sam Wernz (l. c. str. 286, uw. 87.) przyznaje, że łatwiej jest uchylić istniejącą ustawę, niż nową wprowadzić, nie wynika zaś wcale, że to ułatwienie przy uchyleniu ustawy, w naszym wypadku przez zwyczaj, ma właśnie na jej nieznanomości polegać. Ułatwienie to bowiem pochodzi już z samej natury ludzkiej i z wrodzonej człowiekowi wolności, które domagają się najmniej ciężarów i zobowiązań i pochopniejsze są raczej do strząśnięcia z siebie już przyjętych, niż do przyjęcia nowych. Nadto, to ułatwienie przy wprowadzeniu zwyczaju przeciw prawu, może polegać na jakiejś okoliczności zewnętrznej np. na krótszym czasie przedawnienia, (czego prawodawca kościelny nie uwzględnił), lecz nie na okoliczności wewnętrznej, jak znajomość uchylanej ustawy, której domaga się sama natura rzeczy, każdy czyn ludzki, by był ludzkim.



ralizuje swobodę woli, więc pod jej wpływem nie może powstać zwyczaj prawomocny, ani obok prawa, ani przeciw prawu. Co do bojaźni nie wielkiej, możnaby podnieść wątpliwość, czy ona może przeszkodzić wprowadzeniu zwyczaju, gdyż czynności pod jej wpływem spełniane, są niedobrowolne tylko secundum quid, a nie absolutnie. Naszem zdaniem i taka bojaźń uniemożliwia wprowadzenie zwyczaju, jak bardzo trafnie zauważa Suarez<sup>1)</sup>: „Breviter dico, in praesenti materia (sc. de consuetudine) multo esse maiorem rationem, ob quam metus ex natura rei impediatur consuetudinem, quia ad consuetudinem non sufficiunt actus, sed necesse est, ut fiant animo inducendi consuetudinem; qui animus ordinarie est potius tacitus, quam expressus. At vero, quando actus fiunt ex solo timore, ita, ut sine illo non fierent, non est talis animus, nec moraliter praesumi potest, quia metus de se quodammodo illum excludit; et ideo frequentia actuum, ex solo metu factorum, nunquam est sufficiens signum publici consensus totius populi de consuetudine inducenda. Accedit, quod princeps non potest praesumi tunc dare consensum suum, quia non vult subditos iniusto metu cogi ad similes consuetudines“.

Powższe wywody mają znaczenie nie tylko teoretyczne, ale i praktyczne.

Przeszło sto lat Polska jęczała w niewoli. Największa jej część była pod knutem schizmatyckich carów, nienawiścią pałających do Kościoła katolickiego. Kontakt jej z Rzymem był przerwany lub bardzo utrudniony. Lud nie mógł poznać wielu praw, gdyż ogłoszenie i tłumaczenie ich było wzbronione przez władzę państwową. Z drugiej strony ta władza zmuszała wiernych do zaprowadzenia różnych praktyk, jeżeli nie wrogich wprost prawom kościelnym, to w każdym razie obcych im i duchowi kato-

---

<sup>1)</sup> Suarez, l. c. c. XII. n. 10.

lickiemu i polskiemu ludności przeciwnych np. co do języka w kościele. Na podstawie omówionych zasad, łatwo zwyczajnie te ocenić. Jeżeli pochodziły one z nieznamości praw kościelnych lub z błędnego przekonania, że coś było nakazane lub zakazane, gdy tem nie było, albo, jeżeli były spełniane pod wpływem bojaźni lub przymusu ze strony rządu zaborczego, o zwyczaju nie może być mowy i praktyki takie nie obowiązują, chociażby i sto lat upłynęło. Z wielu poruszę jeden przykład konkretny. W byłym Królestwie kongresowem proboszczowie są amovibiles. Otóż utarła się praktyka przenoszenia takich proboszczów, z jednej parafji na drugą, ad nutum Ordinarii, bez powodu i bez apelacji ze strony proboszcza. Co o tem sądzić? Czy proboszcz amovibilis może być bez powodu usunięty i czy mu przysługuje prawo apelacji do wyższej władzy, czy też przez zwyczaj przeciwny został tego prawa pozbawiony? Tak bowiem dawne prawo Dekretaków jak i Kodeks prawa kanonicznego<sup>1)</sup>, domagają się do przeniesienia i proboszcza usuwalnego „słusznej i poważnej przyczyny“ i przyznają mu prawo rekursu. Odpowiadamy, że jeżeli nie odwoływano się do wyższej władzy od takich rozporządzeń z powodu, iż błędnie przypuszczano, że nie istnieje prawo, domagające się przyczyn kanonicznych do przeniesienia z probostwa usuwalnego, albo, gdy nie odwoływano się do wyższej instancji duchownej z powodu bojaźni przed rządem, o zwyczaju nie może być mowy, gdyż z nieznamością ustawy lub pod przymusem, zwyczaju, jej przeciwnego, zaprowadzić nie można. Jeżeli jednak była znajomość prawa i wolność działania, wtedy zwyczaj istnieje i jeżeli od wprowadzenia go upłynęło sto lat, nawet przez nowy Kodeks nie jest usunięty, „jeżeli Ordynariusze stosownie do okoliczności miejsc i osób roztropnie mniemają, że go usunąć nie można“ (c. 5)

<sup>1)</sup> Codex iur. can. Lib. IV. tit. XXVIII. cc. 2157—2161.

## § 2.

## Warunek ze względu na przedmiot zwyczaju.

Pisarze i Ojcowie Kościoła stawiali zwyczajowi pewne granice, poza które nie mógł on przekroczyć, jeżeli miał otrzymać prawomocność. Granicą taką według Tertuljana była *ratio*<sup>1)</sup> i *veritas*<sup>2)</sup>; zwyczaj więc, który sprzeciwiał się prawdzie należało odrzucić, gdyż Chrystus nazwał siebie prawdą, a nie zwyczajem, a chrześcijanin zasadami Chrystusa powinien się kierować. Św. Augustyn na równi ze słowem *veritas* posługuje się słowami: Pismo św.<sup>3)</sup>, wiara katolicka<sup>4)</sup>, a tak on, jak i św. Cyprjan nie rozróżniają między *ratio* i *veritas* i, albo obydwie te pojęcia łączą, albo używają jednego zamiast drugiego<sup>5)</sup>. Jako najogólniejszą tedy granicę zwyczaju, w okresie przed Gracjanem, możemy uważać objawienie Boże. W tym znaczeniu, jak słusznie przypuszcza Dr. S. Brie<sup>6)</sup>, rozumiał także Gracjan słowo *ratio* w słynnej konstytucji Konstantyna W.<sup>7)</sup>. Wprawdzie w *swych dicta*<sup>8)</sup>, jako granicę prawa zwyczajowego, określił on *ius naturale*, rozumie jednak przez nie rozporządzenia Boże, zawarte tak w Piśmie św. Starego i Nowego Zakonu, jak i oparte na rozumnej naturze ludzkiej.

Dopiero Grzegorz IX. w sławnym dekrete „*Quum tento*“<sup>9)</sup>, rozróżnia od prawa naturalnego racjonalność, twierdząc, że zwyczaj nigdy nie może usunąć prawa natu-

1) Tertullianus, De corona, MPL. II. col. 99.

2) Tertullianus, De virginibus velandis, c. 1 MPL. II. col. 936.

3) c. 7. D. XI.

4) c. 6. D. XI.; c. 8 i 11. D. VIII.

5) c. 4, 6, 7. D. VIII.

6) Dr. S. Brie, l. c. str. 68, uw. 7.

7) c. 4. D. XI.

8) *Dicta ante* c. 1. c. 2 D. VIII, *Dicta ante* D. 1., D. V., D. VI.

9) c. 11. (I—4)

ralnego, może jednak uchylić prawo pozytywne ludzkie, jeżeli jest rozumny i należycie przedawniony, czyli, że do prawomocności zwyczaju domaga on się, oprócz jego zgody z prawem naturalnem, także i racjonalności. Zasada ta w Dekretach znalazła jak najszersze zastosowanie<sup>1)</sup>. Tych samych warunków, i w tych samych niemal słowach, od zwyczaju przeciw prawu domaga się i Kodeks prawa kanonicznego w kan. 27 § 1., a zasługą jego jest, że rozciąga on je i na zwyczaj obok prawa w kan. 28., co w Dekretach Grzegorza IX. nie było jasno powiedzianem.

Jakie powody mogły powodować prawodawcą kościelnym do postawienia tego wymogu? Zwyczaj ma być prawem. Każde zaś prawo jest rozporządzeniem rozumu (*ordinatio rationis*)<sup>2)</sup> dla dobra społeczności, a więc zwyczaj, jako prawo, nie może być pozbawiony pierwiastka rozumowego. Musi go mieć zwyczaj przeciw prawu, bo prawo, ustawa z natury swej jest stałą, wieczystą i tylko z ważnych, rozumnych powodów może być usunięta; musi go mieć i zwyczaj obok prawa, gdyż wtedy tylko może on nałożyć na społeczność obowiązek zachowania go, jeżeli będzie zdążył do jej dobra<sup>3)</sup>.

Co do zwyczaju jednak przeciw prawu nasuwa się wątpliwość: jeżeli prawo jest rozporządzeniem rozumu, to czyż może być rozumnym zwyczaj jemu przeciwny? Sprzeczność ta jest tylko pozorna. Na tej samej podstawie możnaby utrzymywać, że prawodawca nie może wydać ustawy, przeciwnej już istniejącej ustawie, gdyż jeżeli istniejąca ustawa jest rozumną, druga powinna być nierozumną. Jednak dwa prawa przeciwne sobie, czy obydwa pisane, czy jedno pisane, a drugie zwyczajowe, mogą być pod

---

<sup>1)</sup> Dr. S. Brie, l. c. 69 sq.

<sup>2)</sup> S. Thomas, *Summa theolog.* I-a II-dae. qu. 90. art. 1.

<sup>3)</sup> Wernz, l. c. str. 285.

różnym względem narówni rozumne tak, że trudno zawyrokować, które z nich należy przenieść nad drugie. Odnosi się to przedewszystkiem do praw, z których jedno jest powszechne, a drugie partykularne. Specjalne bowiem warunki i okoliczności danego terytorjum, czy prowincji kościelnej, czy nawet diecezji, mogą sprawić, że jakaś ustawa kościelna powszechna, pożyteczna i rozumna ze względu na cały Kościół, dla części tego Kościoła może być mniej pożyteczną, a nawet szkodliwą. Nadto, co w jednym czasie, w pewnych warunkach było rozumne, to w innym czasie może być nierozumne i naodwrot. Stwierdza to sam prawodawca w słowach: „Verum enimvero, quod ipse fel. rec. Decessor Noster Pius X, Motu proprio „Arduum sane“, d. XVI. Kal. Apr. a. MCMIV edito, sapienter advertit, temporum conditionibus hominumque necessitatibus, prout rerum natura fert, immutatis, ius canonicum iam suum finem hand expedite persequi omni ex parte visum est. Saeculorum enim decursu, leges quamplurimae prodierant, quarum nonnullae aut suprema Ecclesiae auctoritate abrogatae sunt aut ipsae obsoleverunt; nonnullae vero aut pro conditione temporum difficiles ad exsequendum, aut communi omnium bono minus in praesenti utiles minusve opportunaevaserunt“ 1).

Jest spór między kanonistami, czy racjonalność, jakiej domaga się prawodawca, jest właściwym, specyficznym warunkiem zwyczaju tylko, czy też w podobnym zakresie odnosi się i do ustaw? Ernest Meier<sup>2)</sup> i Dr. S. Brie<sup>3)</sup> są zdania, że racjonalność odnosi się i do zwyczaju i do prawa, zwłaszcza partykularnego, podczas gdy Schwering<sup>4)</sup>

1) Benedictus XV, „Providentissima Mater Ecclesia“ z 29.VI. 1917.

2) Meier, Rechtsbildung in Staat und Kirche, 1861. str. 214.

3) Dr. S. Brie, l. c. str. 75 i indziej.

4) Schwering, l. c. str. 46 sqq.

twierdzi, że jest ona właściwym wymogiem tylko zwyczaju. Naszem zdaniem ostatecznie twierdzenie jest uzasadnione. Na czymże bowiem pierwsi opierają swe zdanie?

Opierają się oni na dwóch dekretach: Innocentego III.<sup>1)</sup> i Honorjusza III.<sup>2)</sup> jakoteż na sławnym reskrypcie Bonifacego VIII<sup>3)</sup> W nich bowiem statuty czyli prawa partykularne mają być narówni postawione co do racjonalności ze zwyczajami.

Zwrócić jednak należy uwagę, że glossatorzy nie rozróżniali ściśle między *consuetudo*, a *lex*, względnie *statutum*<sup>4)</sup>. Ponieważ ten sam organ np. kapituła katedralna, który powodował powstanie statutu, powodował i powstanie zwyczaju, więc z tego samego początku obydwóch norm prawnych, wnioskowano o równości ich warunków i działania. Sławnym był przecież spór, czy powołanie się strony skarżącej na zwyczaj zamiast na statut lub na odwrót, może być powodem do odrzucenia skargi<sup>5)</sup>.

Nadto w dwóch pierwszych reskryptach Innocentego III. i Honorjusza III. chodzi o odrzucenie statutów, według których dochody kapituły katedralnej miały być obracane nie na korzyść Kościoła, lecz na użytek prywatny pojedynczych członków kapituły. Jeżeli więc Papież powiedział, że odrzuca je jako nierozumne, to było to tylko uzasadnienie tego kroku, a nie stawianie jakiejś ogólnej normy o równości statutów i zwyczajów. Statuty te bowiem naruszały sprawiedliwość, a więc i prawo naturalne, którego i ustawa naruszyć nie może.

Również i Bonifacy VIII, kiedy w swym reskrypcie mówi, że Papież, ponieważ nie może znać wszystkich par-

1) c. 6. (I—2.)

2) c. 12. (I—2.)

3) c. 1. (I—2.) in VI-o.

4) Dr. Brie, I. c. str. 97.

5) Dr. S. Brie, I. c. str. 135 uw. 23

tykularnych zwyczajów i statutów, nie usuwa ich prawem ogólnem, jeżeli o nich nie czyni wyraźnej wzmianki, byle tylko były racjonalne, nie stawia przez to statutów narówni ze zwyczajami, lecz także i od statutów domaga się racjonalności.

Wkońcu, gdyby najwyższy prawodawca w Kościele domagał się racjonalności, jako osobnego warunku narówni od zwyczaju, jak i od praw partykularnych, wówczas wszystkie prawa partykularne, jak np. biskupie, synodalne stawianeby były w jakimś przeciwieństwie do praw ogólnokościelnych, wydawanych przez Papieży i sobory ekuumeniczne. Tymczasem prawodawcy partykularni w Kościele, według ogólnej nauki kanonistów, w nadawaniu praw w wyznaczonym sobie zakresie, są zupełnie wolni i nie podlegają żadnej kontroli ze strony najwyższego prawodawcy co do racjonalności swych zarządzeń<sup>1)</sup>.

Na czym się ta „rationabilitas“ zwyczaju zasadza? Ani bowiem Corpus, ani Codex iuris canonici, bliżej jej nie określają, a Kodeks w notach Gasparri'ego, odsyłając nas do dawnego zbioru prawa, daje nam wyraźnie do zrozumienia, że nie zaprowadza w tym względzie żadnych zmian.

W rozwiązaniu tej kwestji wysuwa się na czoło glossa do słowa: „rationabilia“ c. 1. (I-2) in VI-o, która twierdzi, że w tej sprawie nie można dać reguły ogólnej, lecz należy ją pozostawić do oceny roztropnemu mężowi t. j.: sędziemu, kanoniście, spowiednikowi. Lecz tu znów powraca pytanie, według jakiej normy, ma on przy jej ocenie się kierować. Na to odpowiadają kanoniści, którzy, wnikając w pobudki prawodawcy, potępiającego różne zwyczaje, jako nierozumne, starają się z nich wysnuć pewne reguły i wskaźniki. Odpowiedzi ich jednak nie są zgodne.

---

<sup>1)</sup> Schwering, l. c. str. 47.

I tak Phillips racjonalność zwyczaju zasadza na tem, by nie sprzeciwiał się on, ani bezpośrednio, ani pośrednio prawu Bożemu. Opiera on się na słusznej zresztą ze stanowiska katolickiego zasadzie, że każde prawo, rozporządzenie Kościoła jest przynajmniej pośrednio w związku z prawem Bożem, „w niem ma ono swe korzenie, z niego czerpie właściwą siłę życiową“. Czynności tedy przeciwne tym rozporządzeniom, pośrednio są także przeciwne i prawu Bożemu<sup>1)</sup>). Opinię tę musimy jednak z ważnych powodów odrzucić. Nie koniecznie bowiem zwyczaj, aby był nierozumnym, musi się sprzeciwiać bezpośrednio lub pośrednio prawu Bożemu. Mogą bowiem być zwyczaje faktyczne, same w sobie najlepsze i najzgodniejsze z prawem Bożem, a nie mogą się stać zwyczajami prawnymi. Czyż stałe, codzienne słuchanie Mszy św. przez społeczność, zdolną do przyjęcia prawa np. zgromadzenie zakonne, nie jest rzeczą najwznioślejszą, najbardziej odpowiadającą myśli Bożej? A jednak każdy przyzna, że taka praktyka nie może się stać zwyczajem prawnym, obowiązującym! Trudno także jest z uzasadnieniem Phillipsa pogodzić powstanie zwyczaju przeciw prawu kościelnemu. Każdy bowiem taki zwyczaj byłby pośrednio przeciw prawu Bożemu, gdyż prawo naturalne nakazuje władzy rozkazującej być posłusznym. Wreszcie zasada ta prowadzi do fałszywego przypuszczenia, że co prawem Bożem, ani bezpośrednio, ani pośrednio nie jest wzbronionem, może być nakazane prawem ludzkim. Jakkolwiek bowiem prawdą jest, że władza ludzka nie może niczego nakazać, coby prawu Bożemu w jakikolwiek sposób było przeciwnem, tak z drugiej strony prawdą jest, że nie wszystko może nakazać, co mu nie jest przeciwnem. Tak np. nie może nałożyć na społeczność rad ewangelicz-

---

<sup>1)</sup> Phillips, Kirchenrecht, t. III. str. 756 — 763.



nych, ani obowiązków im przeciwnych, chociaż prawu Bożemu, ani bezpośrednio, ani pośrednio nie są przeciwne<sup>1)</sup>).

Inni, jak Reiffenstuel<sup>2)</sup>, Bouix<sup>3)</sup> każą oceniać nierozumność zwyczaju według różnych jego zgubnych skutków. Pomijając irracjonalność zwyczaju, przeciwnego prawu Bożemu naturalnemu lub pozytywnemu, gdyż żadne prawo ludzkie nie może uchylić prawa Bożego, nierozumnymi tedy będą według tej zasady zwyczaje, prowadzące do grzechu<sup>4)</sup>, uniemożliwiające poprawę obyczajów<sup>5)</sup>, targające nerw dyscypliny kościelnej, np. osłabiające powagę władzy kościelnej<sup>6)</sup>, naruszające wolność, ustrój<sup>7)</sup>, majątek kościelny i t. d. Co o tej normie sądzić? Jest ona bezprzecznie szczegółowa i dość wyraźne daje wskazówki. Ma jednak tę wadę, iż te zgubne skutki, te powody irracjonalności zwyczaju można ciągle mnożyć. Jak bowiem każda ustawa inne dobro ma na oku, tak uchycenie jej przez zwyczaj przeciwny inne zło dla Kościoła powoduje.

Nie więcej rzuca światła na naszą kwestję reguła, podana przez Suareza<sup>8)</sup> i Wernza<sup>9)</sup> ze, przypuściwszy dobroć moralną przedmiotu zwyczaju t. j., że przynajmniej nie sprzeciwia się on prawu naturalnemu ani pozytywnemu Bożemu, należy brać pod uwagę wszystkie te warunki, jakie są potrzebne do usunięcia lub nadania sprawiedliwej i rozumnej ustawy. Znów bowiem można postawić pytanie: a czego potrzeba do rozumności ustawy?

---

1) Snarez, l. c. I. VII. c. VI. n. 7 sq.

2) Reiffenstuel, l. c. t. I. str. 272 sq.

3) Bouix, l. c. str. 282 sq.

4) c. 8, 9. (V—3.)

5) c. 13. (I—31.); c. 16. (II—36.)

6) c. 5. (I—4.)

7) c. 1, 3, 4, 7. (I—4.)

8) Suarez, l. c. I. VII. c. VI. n. 13.

9) Wernz, l. c. str. 285.

Najlepiej możnaby racjonalność określić, iż składa się ona z podwójnego pierwiastka: negatywnego i pozytywnego. Racjonalność negatywna, wewnętrzna polega na tem, by zwyczaj nie był w sprzeczności z prawem Bożem naturalnem i pozytywnem; racjonalność zaś pozytywna, zewnętrzna domaga się nadto, by był on w harmonji z całym systemem prawnym Kościoła i coś dodatniego, pożytecznego przynosił, dodawał do dobra ogółu.

Aby zwyczaj był racjonalnym, nie może nic zawierać, coby się sprzeciwiało prawu naturalnemu, coby naruszało porządek naturalny i moralny, przez co wyklucza się wszelki grzech i wszystko, co jest okazją do grzechu. Nie może zawierać nic, coby było przeciwnem prawu pozytywnemu Bożemu. Przez prawo pozytywne Boże rozumiemy tu całokształt Objawienia, a więc objawione prawa dogmatyczne i moralne i liturgiczne, jakoteż dotyczące ustroju Kościoła, jako społeczności, jak konstytucję fundamentalną, nadaną przez Chrystusa Kościołowi, jego zwierzchniczość, wolność, niezależność, jego hierarchję, władzę pochodzącą ze święceń i jurysdykcyjną, władzę prawodawczą, administracyjną, sądowniczą i władzę karania i t. d. Z tego widzimy, że nierozumne są prawa majestacyjne, „iura circa sacra“, Regium placet, appellatio tamquam ab abusu, prawa, jakie sobie rościły i roszczą niektóre państwa, jakoteż i wszystkie teorie o arystokratycznym, czy demokratycznym ustroju Kościoła. Dzieła Bożego, praw Bożych człowieka nie może niszczyć, obalać. Zwyczaj przeciwny prawu Bożemu piętnuje Corpus iur. can. w różne sposoby: pravus usus <sup>1)</sup>, prava consuetudo <sup>2)</sup>, mala consuetudo <sup>3)</sup>, consuetudo abusiva, (abusio,

---

<sup>1)</sup> c. 1. D. XI.

<sup>2)</sup> c. 14. (I—6); c. 3. (V—5); c. 2. (V—14.)

<sup>3)</sup> c. 3. D. VIII.

abusus)<sup>1)</sup>, *consuetudo irrationabilis (minus rationabilis, non consona rationi)*<sup>2)</sup> i *corruptela*<sup>3)</sup>. Jest jasną rzeczą, że zwyczaje przeciwne prawu naturalnemu nigdy nie mogą być rozumnymi.

Nie mniej ważny nacisk położyć należy na element pozytywny racjonalności. Jest zastugą filozofji tomistycznej, że podniosła ona i silnie zaakcentowała znaczenie twórcze rozumu w powstawaniu zwyczaju. Prawo według św. Tomasza z Aquino jest aktem woli, zdeterminowanej przez rozum (*dictamen practicae rationis*<sup>4)</sup>), jest wytworem rozumu i woli. Ponieważ rozum i wola w życiu człowieka zewnętrznem objawiają się nietylko przez słowa ustawy, ale i przez czyny, które przez częste powtarzanie stają się zwyczajem, więc i zwyczaj równie winien mieć znaczenie z prawem, „gdy bowiem coś kilkakrotnie się powtarza, widocznie pochodzi ono z rozważnego sądu rozumu<sup>5)</sup>“. Rozum działa zawsze w jakimś celu. Jakież cel ostateczny przy formułowaniu prawa mu przyświeca? Jest nim według św. Tomasza dobro ogółu (*bonum commune*), użyteczność publiczna (*utilitas communis*); przy prawie Bożem zbawienie ludzi (*felicitas aeterna*), przy prawie ludzkim doczesny spokój społeczności (*temporalis tranquillitas civitatis*). Ten zasadniczy pogląd Doktora szkoły przyjęła przeważna część kanonistów, a niektórzy z nich o tyle go tylko zmienili, że nie koniecznie spokój społeczności, lecz jakakolwiek korzyść, jaką zwyczaj zaprowadzającym go ma przynieść, uważali za wystarczającą przyczynę do jego wprowadzenia<sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> c. 10 (I-4), c. 49. (V-39), c. 5. (I-8).

<sup>2)</sup> c. 3. (I-4); c. 2. (I-2). in. VI.

<sup>3)</sup> c. 5, 7, 11. (I-4); c. 5. (I-8).

<sup>4)</sup> S. Thomas, *Summa theolog. I.a. II. dae. qu. 91. art. 3.*

<sup>5)</sup> S. Thomas, I. c. qu. 97 art. 3.

<sup>6)</sup> Dr. S. Brie, I. c. str. 178 sq.

Zaznaczyliśmy jednak, że do pozytywnej racjonalności zwyczaju nietylko potrzeba, by on przynosił jakąś korzyść, jakieś dobro, lecz by to czynił w harmoniji, w zgodzie z całym systemem prawnym Kościoła.

Uwaga ta ma głębokie uzasadnienie. Ustawa kościelna bowiem wobec zwyczaju obok prawa, czy przeciw prawu, może zająć stanowisko przyjazne lub wrogie. Wrogie w potrójny sposób może się objawiać: albo ustawa zwyczaj znosi, albo go zakazuje, albo odrzuca. Zniesienie zwyczaju np. klauzulą „non obstante quacumque consuetudine” odnosi się tylko do zwyczaju już istniejącego, przeszłego, a nie przyszłego. Nie może bowiem być zniesionem to, co dopiero ma istnieć, lecz tylko to, co jest już dokonaniem. To samo wyraża zresztą i klauzula „non obstante”; na przeszkodzie stać może tylko rzecz istniejąca, a nie przyszła. Zakaz np. klauzulą „nolumus contra hanc legem aliquam consuetudinem valere” odnosi się i do zwyczaju przeszłego i przyszłego; do przeszłego, nie o ile jest faktem dokonanym, lecz o tyle, by na przyszłość nie trwał, do przyszłego zaś, by, jako nowy, nie został wprowadzony. Kwestja, na jak daleką przyszłość ten zakaz sięga, będzie omawiana później. Odrzucenie zwyczaju jest zaś wówczas, gdy nie tylko prawodawca go znosi lub zakazuje, lecz także piętnuje, jako nierozumny. W Dekretalach uskuteczniano to, jak widzieliśmy, w różnych słowach, Kodeks używa stale jednego wyrazu: *reprobatur*.

Przez długie czasy między kanonistami był spór, czy za nierozumny należało uważać zwyczaj zniesiony, czy zakazany, czy dopiero odrzucony. Od XVII w. ogólne było zdanie, że tylko zwyczaj, wyraźnie potępiony w prawie, należy uważać za nieracjonalny<sup>1)</sup>. Na tem stanowisku stanął nowy Kodeks prawa kanonicznego. Kan. 27. § 2. opiewa: „Zwyczaj, który prawo wyraźnie odrzuca, nie jest rozumny“.

<sup>1)</sup> Suarez, I. c. I. I. VII. c. 7. n. 1 sqq.

W tym samym zaś kanonie w § 1. mówi: „Przeciwko prawu zaś kościelnemu, któreby zawierało klauzulę, zabraniającą zwyczajów na przyszłość, może jedynie przedawnić rozumny zwyczaj stuletni lub niepamiętny“. Tak samo i w kanonie 5. Kodeks potępia wszystkie przeciwne sobie zwyczaje, czy powszechne, czy partykularne, nawet od niepamiętnych czasów i zabranie ich na przyszłość, jeżeli przez kanony są odrzucone, inne zaś tj. zakazane stuletnie i niepamiętne za zgodą Ordynariusza mogą być tolerowane. A zważyć należy, że chodzi tu przecież o wprowadzenie nowego prawa kanonicznego, o ustalenie nowej dyscypliny w Kościele!

Powody tego stanowiska Kodeksu są łatwo zrozumiałe. Jak usunięcie jakiegoś prawa nie świadczy o jego nierozumności, dla czegożby usunięcie jakiegoś zwyczaju, lub zakaz wprowadzenia go w przyszłości, miały być spowodowane tylko nieracjonalnością tegoż zwyczaju? Prawodawca prosto odwołuje jakiś zwyczaj lub zakazuje go dlatego, że tak mu się podoba lub, że z różnych względów uważa to za korzystniejsze, albo także, by zaznaczyć ważność ustawy i wpłynąć na skrupulatniejsze jej zachowanie, ale nie dlatego, by go uważał za zły i nieracjonalny, gdy on takim w rzeczywistości nie jest. Nieraz już cytowany reskrypt Bonifacego VIII. c. 1. (1—2.) in VI-to mówi, że prawo nie usuwa zwyczaju rozumnego, chyba, że wyraźnie o nim wspomni, a więc daje do zrozumienia, że prawo odwołuje niekiedy i zwyczaj rozumny, czyli, że ze samego odwołania nie można wnioskować o nieracjonalności zwyczaju. A i o tem zapominać nie trzeba, że zniesienie lub zakazanie zwyczaju, to res odiosa, że należy tedy je brać w ścisłym znaczeniu, według jego brzmienia, i nie podsuwać prawodawcy, iż więcej wyraził niż chciał, gdy mógł to uczynić, a nie uczynił. Ileż to razy bowiem nie tylko odwoływał on zwyczaj i zakazywał go, lecz

i odrzucał? <sup>1)</sup> Ogólne także było zdanie kanonistów jeszcze przed nowym Kodeksem, że kiedy raz najwyższy prawodawca Kościoła odrzuci jakiś zwyczaj, wprowadzonym on być nie może jako nierozumny. Pięknie to uzasadnia Reiffenstuel<sup>2)</sup>: „Rozsądzać między krwią a krwią, między trądem a trądem, między sprawą a sprawą i rozróżniać cnotę od występku, prawdę od błędu, zdrową paszę od szkodliwej, należy głównie do Stolicy Apostolskiej i do ustanowionego przez Chrystusa na ziemi namiestnika i prawodawcy... Jeżeli więc kanon orzeka zwyczaj jako nierozumny i zgubny, któżby z wiernych wyznawców miał odwagę uczynić go rozumnym?“

Dla potwierdzenia tego, cośmy o racjonalności zwyczaju powiedzieli, przyjrzyjmy się zwyczajom odrzuconym i zatrzymanym przez Kodeks Piusa X.

Z odrzuconych dwa odnoszą się do wizytacji pasterskiej. Kan. 343. § 2. potępia zwyczaj, któryby krępował biskupa w wyborze, według jego upodobania, dwóch członków kapituły katedralnej, czy kolegiatnej, na towarzyszków i pomocników przy wizytacji, a kan. 346. odrzuca zwyczaj odbywania wizytacji przewlekłej, zbyt kosztownej i pobierania lub żądania przez wizytatora, lub kogoś z jego otoczenia, czyto dla siebie czy dla kogokolwiek ze swej rodziny lub przyjaciół, jakichkolwiek podarków, choćby nawet dobrowolnie ofiarowanych. Zważywszy, że wizytacja biskupia diecezji jest jednym z najdzielniejszych i najskuteczniejszych środków do skontrolowania i utrwalenia, względnie poprawy karność kościelnej, nie zdziwimy się tej surowości prawodawcy. Biskup powinien wizytacji dokonywać z największą swobodą, nawet w wyborze otoczenia, i z największą bezinteresownością.

---

<sup>1)</sup> Suarez, I. cl. VII. c. VII.

<sup>2)</sup> Reiffenstuel, I. c. t. I. str. 272.

Najwięcej, bo aż 5 zwyczajów odrzuca Kodeks odnośnie do kapituł katedralnych czy kolegiałnych. Kan. 396. § 2. potępia zwyczaj optowania godności kapitulnych bez względu na to, czy przysługiwałby on prałatom, czy kanonikom, zachowując, rozumie się, nienaruszone prawa fundacyjne. Przyczyniałoby się to bowiem do niezgody w kapitułach i do uganiania się za godnościami i majątkiem, a przede wszystkim naruszałoby i ograniczało prawa Stolicy Apostolskiej do obsadzania prałatur w kapitułach. Również słusznie kan. 403. uważa za nierozumny zwyczaj, uniemożliwiający biskupowi, po wysłuchaniu zdania kapituły, obsadzanie w kapitułach katedralnych i kolegiałnych beneficjów (według kan. 1409. z wykluczeniem według kan. 1412.) i kanonij, wyjąwszy prałatury i z zachowaniem praw fundacyjnych i kan. 1435. Kapituły stanowią senat, przyboczną radę biskupa. Rozumną więc jest rzeczą, by on, jako zwierzchnik diecezji, dobierał sobie pomocników, a nie kto inny mu ich narzucał; godność także kapituł domaga się, by, przy powołaniu nowego członka, zasięgano ich rady. Kan. 409. § 2. piętnuje zwyczaj używania przez kanoników szat chórowych lub specjalnych odznak, nadanych im bullą erekcyjną lub indultem apostolskim, poza diecezją chyba, żeby towarzyszyli biskupowi, albo reprezentowali jego, lub kapitułę na synodach, lub innych uroczystych zebraniach. Gorszym, bo naruszającym sprawiedliwość i niejako kontrakt, jest zwyczaj, potępiony w kan. 418. § 1, zwalnający kanoników i beneficjatorów, obowiązanych do codziennego chóru, od obowiązku rezydencji przy kościele kapitulnym, poza trzechmiesięcznym czasem wakacyj w roku, jeżeli dłuższej obecności nie wymagają sta'uta lub prawny zwyczaj. Wreszcie odrzucenie przez kan. 433. § 1. zwyczaju, na mocy którego kapituła mogłaby wybrać więcej niż jednego wikarjusza kapitulnego, bierze w obronę osieroconą przez śmierć biskupa diecezję,

zapewnia jej jednolitość zarządu i usuwa wszelkie okazje do rozdwojenia.

Trzy kanony potępiają różne zwyczaje odnośnie do proboszczów i kościoła parafjalnego. Jako nierozumny odrzucony jest kan. 455. § 1. zwyczaj, wykluczający Ordynariusza miejsca od nominacji i instytucji proboszczów, wyjąwszy probostwa zastrzeżone Stolicy Apostolskiej i różne przywileje. Proboszczowie bowiem słusznie są nazwani adiutores et cooperatores episcopi a urząd ich, aczkolwiek niepoczesne w hierarchji kościelnej zajmuje miejsce, jest jednym z najważniejszych. Czyż mogliby go spełniać z pożytkiem dla dusz i z chwałą dla Boga, gdyby zależnymi byli od woli wiernych? Czyż biskup mógłby brać odpowiedzialność przed Bogiem za diecezję, gdyby nie w jego mocy było posyłać odpowiedniego kapłana tam, gdzie on uznaje za potrzebne? Słusznie także kan. 400. § 1. piętnuje zwyczaj, wprowadzający więcej niż jednego proboszcza do tej samej parafji. Wielu proboszczów równocześnie osłabiałoby jednolitość zarządu gminy chrześcijańskiej i dawałoby parafjanom sposobność do niezgody i kłótni. Kan. 774. § 1. potępia zwyczaj, pozbawiający kościół parafjalny chrzcielnicę. Od pierwszych bowiem wieków chrześcijaństwa chrzcielnica była najważniejszą oznaką kościoła parafjalnego. Rozumną też jest rzeczą, by tam było źródło życia religijnego, nadprzyrodzonego chrześcijanina, gdzie ono później ma się koncentrować i ciągle zasilać.

Kan. 818. odrzuca jakikolwiek zwyczaj, na mocy którego kapłan mógłby zmieniać rubryki swych ksiąg liturgicznych t. j. mszału i brewjarza i własnowolnie dodawać jakieś obrzędy lub modlitwy. Jakkolwiek, ogólnie mówiąc, w rzeczach liturgicznych zwyczaje obok rubryk i przeciw rubrykom, jeżeli mają prawem wymagane warunki, są dopuszczalne, to jednak w rzeczywistości nie mogą one mieć



miejsca, gdy chodzi o rubryki mszału, brewjarza i pontyfikału. Tak bowiem w konstytucjach apostołskich liturgicznych, jak i w dekretach Kongregacji obrzędów, i w licznych jej orzeczeniach, nazwane one są „abusus“ i „*corruptelae* !)<sup>1)</sup>“. Powyższy kanon potwierdza więc tylko praktykę Kościoła. Dlaczego Kościół z taką troskliwością czuwa nad swymi obrzędami? Bo są one najlepszym wyrazem, symbolem jego jedności i niezmienności. *Lex orandi-lex credendi*.

Dwa kanony potępiają zwyczaje przeciwne prawom, określającym czas święceń. Kan. 978. § 3, odrzuca zwyczaj, znoszący interstycja między święceniami mniejszemi a subdyakonatem, lub między dwoma święceniami wyższymi, a kan. 1006. § 5. zwyczaj, zmieniający czasy, w których święcenia mogą być udzielane, wyznaczone w poprzednich §§ tegoż kanonu. Powodem odrzucenia jest, że do wyższego stopnia święceń powinien być dopuszczany ten, kto funkcje niższego spełniał i przeszedł na nim pewną próbę, co przy zniesieniu interstycyj jest niemożliwe. A nadto przeciw zwyczajowi w jednym i drugim kanonie przemawia cała tradycja Kościoła katolickiego.

Oдноśnie do sakramentu małżeństwa Kodeks potępia dwa zwyczaje. W kan. 1041. odrzuca zwyczaj, wprowadzający nową przeszkodę małżeńską, albo przeciwny istnie-

---

<sup>1)</sup> S. R. Congr. w dekrete na początkn mszału (*Missale Rom. 1906*) umieszczonym mówi: „*renovando decreta alias facta, mandat in omnibus et per omnia servari Rubricas Missalis Romani, non obstante quocumque praetextu, et contraria consuetudine, quam abusum esse declarat*“. A. 16. III. 1591. ta sama S. R. C. orzeka: „*consuetudines, quae sunt contra Missale Romanum sublatae per Bullam Pii V, in principio ipsius Missalis impressam, et dicendae sunt potius corruptelae quam consuetudines*“. Podobnie orzekła także S. R. C. co do brewjarza, pontyfikału, rytuału. cf. De Herdt, *Sacrae liturgiae praxis, Lovanii 1902. t. I. str. 10 sqq.*

jącym już przeszkodom. Odrzucenie to jest tylko prostą konsekwencją kanonu 1038., który opiewa: „§ 1. Tylko najwyższa władza kościelna może autentycznie orzekać, kiedyto prawo Boże tamuje albo rozrywa małżeństwo. § 2. Tejżesamej władzy najwyższej wyłącznie przysługuje prawo ustanawiania innych przeszkód, tamujących albo rozrywających małżeństwo między ochrzczonymi, zapomocą ustawy, czyto powszechnej, czy też partykularnej“. Dla ułatwienia otrzymania dyspenz w sprawach małżeńskich przez wiernych, a dla uchylenia choćby pozorów zarobkowania na rzeczach świętych i chciwości ze strony Kościoła, kan. 1056. piętnuje zwyczaj pobierania jakichkolwiek zysków (emolumentum), ponad zwykłe koszty kancelaryjne, przez Ordynariuszów i ich urzędników z okazji udzielonych dyspenz pro non pauperibus; jeżeliby się ich domagali, obowiązani są do restytucji

Potępienie kan. 1181. zwyczajów, by za wstęp do kościoła na nabożeństwa pobierać opłaty jest tak zrozumiałe, że nie potrzebuje żadnego uzasadnienia.

Bardzo doniosłe znaczenie dla Kościoła ma kan. 1356. § 1. „Podatkowi na seminarjum podlegają, z uchyleniem wszelkiej apelacji, z odrzuceniem jakiegokolwiek przeciwnego zwyczaju i ze zniesieniem jakiegokolwiek przeciwnego przywileju, dobra stołowe biskupa, wszystkie beneficja nawet zakonne i patronackie, parafje lub quasi-parafje, chociażby prócz datków wiernych, nie miały innych dochodów, zakład dobroczynny (ochronka, szpital) powagą Kościoła utworzony, stowarzyszenia kanonicznie erygowane i majątki (fabrica) kościołów, jeżeli mają własne dochody, każdy dom zakonny, nawet wyjęty, chyba, żeby utrzymywał się z samych jałmużn, lub aktualnie było w nim kolegjum uczniów albo profesorów, pracujących dla wspólnego dobra Kościoła“. W odrzuceniu zwyczaju przeciwnego temu kanonowi przebija się z jednej strony wielka troska Kościoła o jak naj-

lepsze wychowanie i wykształcenie przyszłych sług ołtarza i pracowników w winnicy Pańskiej, a z drugiej jego coraz trudniejsze położenie materialne, zwłaszcza w czasach dzisiejszych.

Chęć zachowania nienaruszonego skarbu wiary i ochronienia go przed zgubnymi prądami modernistycznymi i ducha czasu, kazała prawodawcy kanonem 1408. potępić wszelki zwyczaj, przeciwny przepisom Tytułu XXIV. Księgi III. Kodeksu prawa kan., oznaczających osoby, które są obowiązane do składania wyznania wiary, umieszczonego na początku Kodeksu po bulli promulgacyjnej i sposób, w jaki mają je składać.

Uwagę zwracają na siebie dwa kanony, potępiające pewne zwyczaje w zarządzie instytucyj kościelnych niekolegjalnych i dóbr kościelnych. Kan. 1492. § 1. odrzuca zwyczaj, pozbawiający Ordynariusza miejscowego prawa domagania się sprawozdania od jakiegoś pobożnego instytutu, jak szpitala, ochronki, chociażby zakład ten na mocy aktu fundacyjnego, zadawnienia lub apostolskiego przywileju wyjętym był z pod wizytacji i jurysdykcji Ordynariusza. Kanon zaś 1525. § 1. piętnuje zwyczaj, zwalniający administratorów tak duchownych jak i świeckich jakiegokolwiek kościoła, nawet katedralnego, albo pobożnej instytucji, kanonicznie erygowanej, albo stowarzyszenia, od corocznego składania rachunków Ordynariuszowi miejscowemu.

Kan. 1579. wyklucza i potępia wszelki zwyczaj, wprowadzający jakiegokolwiek zmiany lub uchylający zawarte w nim przepisy o składzie i kompetencji sądów kolegjalnych.

Kodeks, odrzuciwszy raz zwyczaje, przeciwnie prawu Bożemu naturalnemu lub pozytywnemu<sup>1)</sup>, nie wspomina o nich w poszczególnych wypadkach. Tembardziej zato akcentuje brak elementu pozytywnego racjonalności zwy-

---

<sup>1)</sup> can. 27. § 1.

czaju. Zwyczaje odrzucone — jak widzieliśmy — nie sprzeciwiają się wprawdzie prawu Bożemu, lecz są w pewnym rozdźwięku z jego celami, tradycją i duchem, robią pewien wyłom w ogólnej strukturze prawnej Kościoła, osłabiają lub dążą do osłabienia jego karność i zbyt folgują niższym materialnym pobudkom i instyktom jednostek ze szkodą chwały Bożej i dobra społeczności kościelnej.

Słusznie tedy obok elementu negatywnego zaznaczyliśmy i element pozytywny racjonalności zwyczaju.

Potwierdzi także nasze zdanie, przyjrzenie się niektórym zwyczajom, zatrzymanym przez Kodeks prawa kanonicznego<sup>1)</sup>. Każdy z nich, nietylko coś dodatniego i pożytecznego dla dobra Kościoła przynosi, ale i jest w zupełnej harmonii z duchem prawa kościelnego.

I tak: kan. 134. uważa zwyczaj wspólnego życia kleru za chwalebny, doradzany i że, ile możliwości, powinien być zachowany, gdzie jest zaprowadzony. Kan. 831. dopuszcza nawet, by gdzie brak dekretu Ordynariusza, określającego taksę diecezjalną za stypendja manualne, zachowano zwyczaj diecezjalny. Według kan. 1410. uposażenie beneficjum, w braku innych dochodów, mogą stanowić iura stolae, według taksy diecezjalnej, lub prawnego zwyczaju. Objęcie w posiadanie beneficjum może się także w myśl kan. 1444. § 1. odbyć w sposób, przyjęty prawem zwyczajowym. Zwyczaj, na podstawie kanonów 1480. i 1481., może regulować rozdział dochodów interkalarnych probostwa, a podług kan. 1504. oznaczać wysokość „cathedra-  
ticum“, czyli umiarkowanej taksy, należnej corocznie biskupowi na znak podległości, ze strony kościołów lub beneficjów, jurysdykcji jego podległych, jak również i bractw świeckich.

---

<sup>1)</sup> X. Dr. I. Grabowski, Prawo kanoniczne, Lwów 1921 str. 10.

## § 3.

## Warunek ze względu na czas trwania zwyczaju.

Grzegorz IX. i Pius X., oprócz racjonalności, domagają się do prawomocności zwyczaju, by był „prawnie zadawniony“. Przed Dekretem Gracjana termin ten nie był znany. Gracjan, aczkolwiek stawia zwyczajowi ogólny warunek, by trwał przez jakiś czas, na określenie tego czasu, nie używa ani powyższego, ani jemu podobnego terminu. Dopiero w Dekretach Grzegorza IX. i Bonifacego VIII, spotykamy się z tem określeniem, że *consuetudo*, aby miała moc prawną, musi być *praescripta*<sup>1)</sup>, *legitime praescripta*<sup>2)</sup>, albo *canonice praescripta*<sup>3)</sup>. Dwa ostatnie wyrażenia używane są synonimowo<sup>4)</sup>.

Wzięta jest ta nazwa z zadawnienia, które w prawie kanonicznem zowie się „*praescriptio*“. Zwyczaj jest tu przedmiotem zadawnienia. W błędzie jednak byłby ten, ktoby ze Schultem<sup>5)</sup> utrzymywał, że w tych rozdziałach Dekretów, w których jest mowa o zadawnieniu zwyczaju, chodzi o uzyskanie praw podmiotowych, a nie o przedmiotową normę prawną. Wykazał to Kreutzwald<sup>6)</sup>.

---

1) c. 50. (I—6.)

2) c. 3. (II—12.)

3) c. 3. (I—4.) in VI-to.

4) Dr. S. Brie, l. c. str. 83; Schwering, l. c. str. 59 sq.

5) Schulte, l. c. str. 239—240.

6) Kreutzwald, *De canonica iuris consuetudinarii praescriptione*, str. 9—47. Myli się jednak tenże autor, gdy zwalcza Schultego co do tłumaczenia c. 3. (II—12.). Chodzi tu bowiem nie o zwyczaj prawny, lecz o nabycie prawa subiektywnego drogą przedawnienia, a mianowicie kler w Sutri chce zdobyć prawo, by wraz z kanonikami mógł wybierać biskupa. cf. Schwering, l. c. str. 51.; Dr. S. Brie, l. c. str. 85. uw. 42.

W każdym razie jest rzeczą pewną, że sławny dekret Grzegorza IX.<sup>1)</sup> podaję normę obiektywną, prawną. Chciał on przez ten warunek z jednej strony wziąć w obronę ustawy kościelne, które, z natury swej wieczyste, niezbyt łatwo powinny być uchylane, a z drugiej strony, w czasach, w których powstawało wielkie mnóstwo zwyczajów, zagrażających porządkowi prawnemu, utrudnić powstawanie nowych zwyczajów, zwłaszcza przeciwko prawu. Na obiektywność tego rozporządzenia wskazuje i ta okoliczność, że za tło służy mu znana konstytucja Konstantyna W., która jest prawem obiektywnem<sup>2)</sup>.

Przedawnienie zwyczaju polega na tem, by zwyczaj faktyczny trwał przez pewien czas nieprzerwany.

Przed ogłoszeniem Kodeksu Piusa X. był spór między kanonistami. Jedni, jak Soto, Boeckhn, Pichler, Gury, Schulte<sup>3)</sup> twierdzili, że do wprowadzenia prawnego zwyczaju nie potrzeba określonego czasu, lecz, że czas ten może oznaczyć mąż roztropny. Powoływali się na to, że ani natura rzeczy, ani prawo kanoniczne, ani prawo cywilne czasu takiego nie określiło. Ogół jednak kanonistów jak Suarez<sup>4)</sup> Phillips<sup>5)</sup>, Bouix<sup>6)</sup>, Wernz<sup>7)</sup> był za określonym czasem, chociaż przyznawał, że żaden tekst, żaden kanon czasu tego wyraźnie nie określał, lecz „że należy go określić przez dedukcje kanoniczne, analogje prawne i uzasadnione opinie uczonych<sup>7)</sup>“.

1) c. 11. (I—4). „Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas. non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri positivo debeat praedictum generare, nisi fuerit rationabilis et legitime sit praescripta“.

2) Dr S. Brie, l. c. str. 85; Schwering, l. c. str. 51.

3) cf. Wernz, l. c. t. I. str. 286. uw. 84.

4) Suarez, l. c. l. VII. c. VIII. n. 5.

5) Phillips, l. c. str. 741 sq.

6) Bouix, l. c. str. 303 sq.

7) Wernz, l. c. str. 286.

Słuszność trzeba przyznać ostatnim. Prawda, że przy zwyczaju *ex conniventia*, tj. gdy prawodawca zna zwyczaj faktyczny i daje nań swą zgodę, wyraźną lub cichą, nie potrzeba określonego czasu. Z tą bowiem chwilą, gdy wiadomem jest o zgodzie prawodawcy, zwyczaj ma już moc prawną, chociażby i bardzo krótki czas był praktykowany. Na to się też wszyscy kanoniści godzą<sup>1)</sup>. Kiedy jednak chodzi o konsens legalny prawodawcy, wówczas określony czas do przedawnienia zwyczaju jest potrzebny. Wynika to z samej nazwy przedawnienia. Nazwą tą bowiem zaznacza prawodawca jakieś podobieństwo między zwyczajem a przedawnieniem. Ponieważ tego podobieństwa — jak już zaznaczyliśmy — niema przy innych warunkach, gdyż do wprowadzenia zwyczaju nie potrzeba ani tytułu, ani dobrej wiary, więc przynajmniej musi być co do czasu tzn., że i zwyczaj, podobnie jak preskrypcja, musi trwać przez pewien określony czas. Źródła nadto nazywają *consuetudo „longaeva“*. Nazwa ta zaczerpnięta jest z prawa rzymskiego<sup>2)</sup>. W prawie zaś rzymskiem czas „*longum, longaevum*“ nie był nieokreślonym, nie był zostawionym do woli roztropnego męża, lecz domagał się trwania najmniej 10 lat. Kiedy więc prawo kanoniczne mówi o długotrwałym zwyczaju, nie wyraża się nieokreślenie, lecz określa przynajmniej dziesięciolecie<sup>3)</sup>.

Aby stwierdzić, jaki dokładny czas jest wyznaczony do zadawnienia zwyczaju, rozróżnić trzeba zwyczaj obok prawa od zwyczaju przeciw prawu.

Co dotyczy zwyczaju obok prawa ogólne było zdanie, że wystarczy dziesięciolecie. Ściśle mówiąc, potrzeba preskrypcji z dekretu Grzegorza IX. dla zwyczaju obok prawa nie wynikała. Mowa jest w nim bowiem tylko

<sup>1)</sup> Reiffenstuel, I. c. str. 283.

<sup>2)</sup> L. 2. Cod. quae sit longa consuetudo. (VIII. 53).

<sup>3)</sup> Suarez, I. c. I. VII. c. VIII. n. 6, 7.

o zwyczaju przeciw prawu. Potrzeba ta wynikała z natury samego zwyczaju, a okres lat dziesięciu, jako dostateczny do wykazania woli ludu, wzięto z prawa rzymskiego.

Odnosnie zaś do zwyczaju przeciw prawu można zaznaczyć trzy opinie. Jedni kanoniści<sup>1)</sup> domagali się 40 lat przedawnienia, inni<sup>2)</sup> lat 10, niektórzy<sup>3)</sup> zaś, rozróżniając między prawami przyjętymi, a nie-przyjętymi przez wiernych, dla pierwszych domagali się lat 40 dla drugich 10. Pomiijając brak uzasadnienia ostatniej opinii, gdyż moc prawna ustawy kościelnej zależy jedynie od woli prawodawcy kościelnego, a nie od przyjęcia lub nie-przyjęcia jej przez wiernych, przychyłamy się do pierwszego zdania.

Zdaje się bowiem za niem przemawiać powaga Innocentego III. w dekretale „Abbate“<sup>4)</sup>. Treść jego następująca. Zakonnicy w Auri-le-Château wybrali ze swego gremjum opata. Wybór ten zaskarżył do Stolicy Apostolskiej prokurator klasztoru St. Bertin, dowodząc i na podstawie przywilejów apostolskich i na podstawie przeszło 40 letniego (a XL annis et infra) zwyczaju, że zakonnicy wspomniani mają wybierać opata tylko z klasztoru St. Bertin. Gdy oskarżeni odpowiedzieli: „dici non poterat, quod consuetudo aliqua quasi contradicto iudicio fuerit introducta“, prokurator z St. Bertin, cofnął dowód ze zwyczaju, opierając się jedynie na przywileju i sprawę wygrał.

Wprawdzie Innocenty III. w wydaniu wyroku nie opierał się na zwyczaju, gdyż oskarżyciel ten dowód usunął, lecz tylko na przywileju, pamiętać jednak należy, że na początku dekretalu wyraźnie skonstatował, iż zakonnicy z St. Bertin, powołując się na 40 lat trwający zwyczaj, dostatecznego

<sup>1)</sup> Phillips, l. c. str. 742, Kreutzwald, l. c. str. 80.

<sup>2)</sup> Wernz, l. c. str. 287; Benedictus XIV, De synodo... l. XIII. c. 5. n. 4.

<sup>3)</sup> cf. Bouix, l. c. str. str. 305.

<sup>4)</sup> c. 25. (V—40.)



dostarczyli dowodu. Czyżby ta okoliczność nie przemawiała z największym prawdopodobieństwem, że Papież, mówiąc o preskrypcji przy zwyczaju przeciw prawu, mieli na myśli okres czasu 40 lat<sup>1)</sup>.

Spory te kanonistów należą dzisiaj już do historii prawa kościelnego. Nowy Kodeks nie tylko domaga się do przedawnienia zwyczaju określonego czasu, ale i czas ten wyraźnie określa, tak przy zwyczaju przeciwnym prawu, jak i przy zwyczaju obok prawa. Kan. 27. § 1. wspomniawszy, że zwyczaj przeciw prawu nie może uchylić prawa Bożego ani naturalnego, ani pozytywnego, dodaje: „lecz i o prawie kościelnem nie przesądza, chyba, żeby był rozumny i prawnie zadawniony przez lat 40 nieprzerwanych i całkowitych“. A kan. 28 opiewa: „Zwyczaj obok prawa, który społeczność świadomie zachowywała z zamiarem przyjęcia na siebie zobowiązania, wprowadza prawo, jeżeli również jest rozumnym i prawnie przez lat 40 nieprzerwanych i całkowitych zadawniony“.

O ile chodzi o zwyczaj przeciw prawu, Kodeks poszedł za ogólnem zdaniem kanonistów starszych, a opuścił opinię kilku młodszych od XVII. w. począwszy, według których do jego przedawnienia wystarczyło lat 10. Opierał się on na tem, że lat 10 to za krótki czas, by ustawa stała się nieracjonalną i została usunięta, a nadto chciał on zaznaczyć stałość i trwałość swych praw i skłonić wiernych do większego ich poszanowania i zachowania. Gdy zaś chodzi o zwyczaj obok prawa Kościół, przedłużając czas jego przedawnienia do lat 40. wychodził prawdopodobnie z tego założenia, które przyświecało Apostołom na pierwszym soborze jerozolimskim: „Albowiem zdało się Duchowi Świętemu i nam, abyśmy więcej nie kładli na was ciężaru, oprócz tych

---

<sup>1)</sup> Kreutzwald, l. c. str. 26 sq.; Phillips, l. c. str. 749 sq.; Dr. S. Brie, l. c. str. 87.

potrzebnych“<sup>1)</sup>. Taktyki tej trzymał się zresztą Kościół zawsze, nie chcąc zbyt ograniczać wrodzonej wolności wiernych i nakładać na nich w krótkim czasie ciężkich obowiązków, chociażby oni sami, pod wpływem chwilowej może pobożności, chcieli je zaciągnąć. Głównym jednak powodem utrudnienia zwyczajów jest, że przez ustalenie przez kodyfikację praw kościelnych, przez usunięcie zastarzałych, a nadanie, gdy tego potrzeba zachodziła, nowych, przez zastosowanie ich, po zasięgnięciu zdania biskupów całego świata katolickiego, do ducha i potrzeb Kościoła w dzisiejszych czasach<sup>2)</sup>, mniejsza rzeczywiście zachodzi potrzeba praw zwyczajowych niż dawniej, a nadto prawodawcy jaknajbardziej zależy na tem, by nowy Kodeks w całej swej pełni wszedł w życie wiernych i odnawiał wszystko w Chrystusie.

Czas trwania zwyczaju musi być „ciągły“ (continuus), t. zn. nie może być przerwany. Uważa się czas za przerwany, jeżeli przed jego ukończeniem, t. j. przed upływem 40 lat, lud spełnia chociażby jeden jedyny akt przeciwny zwyczajowi, gdyż tem samem, okazuje, że nie chce rozpoczętego zwyczaju kontynuować. Również, gdy przed upływem określonego czasu, prawodawca za przekroczenie swego prawa karze, albo w sądzie na korzyść swego prawa, a przeciw zwyczajowi wydaje wyrok, należy uważać, że zwyczaj odwołuje, przez co i czas przedawnienia przerywa. Ażeby taki zwyczaj mógł otrzymać moc prawną, po przerwie na nowo musi być rozpoczęty.

Lata muszą być „całkowite“ (completi). Liczyć je należy tak, jak są w kalendarzu. 40. rok kończy się z nastaniem tego dnia miesiąca, w którym czynność przed 40 laty poraz pierwszy została spełniona<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Dz. Ap. XV. 28.

<sup>2)</sup> Benedictus XV, „Providentissima Mater Ecclesia“—a linea Quibus.

<sup>3)</sup> Can. 34. § 3. n. 1, 5.

Źródła prawne wspominają o zwyczaju nieprzedawnionym. Albowiem w *Corpus iuris canonici*<sup>1)</sup> i w Kodeksie<sup>2)</sup> prawodawca używa o zwyczaju słów: „chyba, żeby był prawnie zadawniony“ przez co dosyć wyraźnie wypowiedzi, że może być także zwyczaj prawnie nieprzedawniony. Ten sam wniosek możemy wysnuć i z natury zwyczaju. Do powstania jego potrzeba, by pewne czynności były spełniane przez lat 40. Jeżeli tedy czynności te były spełniane nie przez całkowite 40 lat, lecz np. przez 30, wtedy będzie zwyczaj niezadawniony. Lecz, ściśle mówiąc, odnosi się to tylko do zwyczaju faktycznego. Przed ustanowieniem bowiem organu urzędowego promulgacji praw kościelnych, *Acta Apostolicae Sedis*, t. j. przed r. 1909., gdy pewnem było, że prawodawca wyraźnie lub milcząco zgadza się na praktykowany zwyczaj, przypuszczali kanonisci zwyczaj prawny, chociaż czas, wymagany do jego preskrypcji, nie upłynął, gdyż brak wymaganego przez prawo czasu, zastępowała wyraźna lub cicha zgoda prawodawcy. Był to t. zw. zwyczaj *per conniventiam*. Po ustanowieniu organu urzędowego, w którym wszystkie prawa kościelne mają być ogłaszane, aby otrzymały moc obowiązującą, trzeba, naszym zdaniem, rozróżnić między zwyczajem obok prawa a przeciw prawu. Zwyczaj obok prawa, jeżeli jest przez prawodawcę znany i ogłoszony w *Acta Apostolicae Sedis*, obowiązuje, chociażby nie był przedawniony, lecz obowiązuje nie jako prawo zwyczajowe, tylko jako ustawa; jeżeli zaś jest nieznan, albo znany lecz nie ogłoszony — staje się prawem po 40 latach. Zwyczaj przeciw prawu, którego nie zna prawodawca, po 40 latach, a znany od chwili cichej lub wyraźnej jego zgody, staje się prawem zwyczajowym i obowiązuje. Deobligacji prawa bowiem nigdy się nie ogłasza.

<sup>1)</sup> c. 11. (I—4).

<sup>2)</sup> Can. 27. § 1., can. 28.

Czy zwyczaj przeciw prawu może równocześnie uchylić ustawę i wprowadzić nowe prawo, i jakiego na to potrzeba czasu przedawnienia? Mówimy równocześnie, t. j. czy może to uczynić w tym samym czasie i tymi samymi aktami, bo, że może to zrobić kolejno, t. j. usuwając po 40 latach ustawę, a po drugich 40 wprowadzając nowe zobowiązanie. nie ulega najmniejszej wątpliwości. Wprowadzenie jednak nowego zobowiązania, nie będzie wówczas zwyczajem przeciw prawu, gdyż ono już nie istnieje, lecz zwyczajem obok prawa.

Zdawałoby się, że zwyczaj nie może równocześnie uchylać zwyczaju i wprowadzać prawa. Prawodawca bowiem zgadzałyby się równocześnie na dwie rzeczy, przeciwne sobie, wyraźnie na ustawę, a cicho na zwyczaj, co jest niemożliwe. Znanie jednak przeciwne nie jest nieuzasadnione. Jest pewną rzeczą, że zwyczaj może uchylić ustawę i nowe zobowiązanie wprowadzić, jak również, że dwa prawa równocześnie mogą być rozumne; więc może być równocześnie usuwana ustawa i przedawniany zwyczaj. Nadto, jeżeli prawodawca jednym, wyraźnym aktem, ustawą, może uchylić istniejące prawo, a nowe, przeciwne wprowadzić, — może to samo uczynić aktem cichej lub legalnej zgody na zwyczaj przeciwny ustawie. Prawda, że nie może być nowe prawo wprowadzone, dopóki nie jest usunięte dawne, ale może się to stać w tym samym czasie, może z chwilą, gdy ustaje istniejące prawo, wchodzić zaraz w życie nowe, przeciwne zobowiązanie. Tak więc te same 40 lat wystarczają i do uchylecia istniejącego i do wprowadzenia nowego prawa<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Suarez, l. c. l. VII. c. XIX. n. 25 sq.

## ROZDZIAŁ V.

### O skutkach prawnych zwyczaju.

Glossatorzy, zbierając rozproszone po źródłach wyrażenia o skutkach prawnych zwyczaju w stosunku do ustawy, wyliczali trzy, względnie cztery *virtutes consuetudinis*<sup>1)</sup>. W ślady ich wstąpili poglossatorzy i kanoniści. Skutkami tymi są: zwyczaj, albo ustawę wzmacnia i tłumaczy, albo obok niej wprowadza nowe prawo, albo ją znosi.

Zwyczaj podług prawa wzmacnia najpierw ustawę według sławnego dictum Gracjana: „*Leges instituuntur, cum promulgantur, firmanur, cum moribus utentium approbantur. Sicut enim moribus utentium in contrarium nonnullae leges hodie abrogatae sunt, ita moribus utentium ipsae leges confirmantur*”<sup>2)</sup>. Wzmacnia zaś w ten sposób że przez wprowadzenie prawa w życie pogłębia u ogółu jego znajomość. zwiększa szacunek ku niemu, obwarowuje je przeciw zniesieniu, czyto przez prawodawcę, czy przez przeciwny zwyczaj, przedłuża jego istnienie, przyczynia się do jego żywotności i owocności.

Nadto tłumaczy prawo Słusznie kan. 29 głosi: „Zwyczaj jest najlepszym praw tłumaczem”<sup>3)</sup>. Jeżeli zwyczaj może wprowadzić nowe prawo lub znieść już istniejące,

---

1) Dr. S. Brie, l. c. str. 118 sq, str. 156.

2) Dictum Gratiani ante c. 4. D. IV.

3) X Dr. Grabowski, l. c. str. 10.

dlaczegożby nie mógł prawa wydanego tłumaczyć? Ta bowiem działalność jego jest mniejsza od poprzednich. Podwójne jest tłumaczenie prawa: naukowe i autentyczne. Jedno i drugie należy przyznać zwyczajowi. Gdy prawo jest jasne, zwyczaj jest zewnętrzną oznaką, świadkiem zamiarów prawodawcy i im dłużej trwa, tem większa jego powaga i znaczenie, tem większa pewność tłumaczenia naukowego. Gdy prawo ciemne, wątpliwe, czyto co do swej materji, czy co do mocy zobowiązania, wtenczas zwyczaj faktyczny podług prawa, czyto ścieśniając, czy rozszerzając jego zobowiązania, a w każdym razie je utrwalając, staje się prawdziwem prawem zwyczajowem, wraz z ustawą stanowi nierozdzielalną całość, daje nam jej tłumaczenie autentyczne. I nietylko prawo ludzkie może zwyczaj tłumaczyć, lecz i sam siebie i prawo Boże. Rozumie się, że to ostatnie tylko naukowo, nic do niego nie dodając, ani nie ujmując, świadcząc tylko o zamiarze Bożym. Tę ostatnią rolę może tylko spełniać zwyczaj powszechny Kościoła, a nie partykularny.

Zwyczaj obok prawa może wprowadzić nowe prawo w materji, która nie była, ani nakazaną, ani zakazaną żadnem prawem pisanem lub przekazanem, byle była rozumną. Do powstania nowego prawa trzech rzeczy potrzeba: odpowiedniej materji, władzy i woli zobowiązania. Wszystkie te rzeczy mogą być przy zwyczaju obok prawa. Może być materja, zgodna z prawem Bożem pozytywnem i naturalnem i pożyteczna dla celu Kościoła, gdyż prawodawstwo kościelne pozytywne nie wyczerpuje całej treści stosunku człowieka do Kościoła i jego celu w najdrobniejszych szczegółach; jest władza, gdyż jest — jak wykazaliśmy — konsens legalny prawodawcy; jest wola zobowiązania się, jak wnioskować można ze spełniania pewnych czynności stale przez pewną społeczność — nic więc nie stoi na przeszkodzie, by mógł powstać zwyczaj obok prawa.

W wątpliwości zaś czy jest wola zobowiązania się Schmalzgrueber<sup>1)</sup> za Suarezem i Wiestnerem podaje cztery oznaki: 1-o jeżeli zwyczaj dotyczy rzeczy ważnej, trudnej i jeżeli jest powszechnie zachowywany, gdyż lud nie zwykł jednolicie postępować w takich sprawach, chyba, żeby się uważał za zobowiązanego; 2-o jeżeli mężowie roztropni i delikatnego sumienia nie tylko sami zachowują ten zwyczaj, lecz także źle sądzą o jego przestępcach, lub lud ogólnie się gorszy; 3-o jeżeli prałaci i przełożeni potępiają i karzą jego przestępców; 4-o jeżeli przedmiot zwyczaju wielce przyczynia się do dobra społeczności kościelnej. Każda z tych oznak przemawia za zobowiązaniem się wiernych. Gdyby zaś żadnej z nich, ani podobnych im oznak nie było, należy przypuścić, że czynności były spełniane z innej jakiejś pobudki. Praw bowiem nie przypuszcza się, lecz muszą być dowiedzione, a nadto o nikim nie należy również przypuszczać, że chce nałożyć na siebie ciężar, chyba, że o tem napewno jest wiadomem.

Prawo to obowiązuje tylko tę społeczność, która je wprowadziła, a nie inną. Ta bowiem tylko społeczność chciała się tem prawem zobowiązać i ją tylko chce zobowiązać prawodawca. Zresztą zwyczaj o tyle ma moc i znaczenie, o ile jest praktykowany, a tylko dana społeczność go praktykuje. Stąd też zwyczaj, praktykowany tylko przez świeckich, w materji czysto świeckiej (np. małżeństwo), dotyczy tylko świeckich, w materji zaś odnoszącej się wyłącznie do kleru (np. brewjarz), wiąże tylko kler. Kler i świeccy są dwa odrębne stany, Kościół bowiem jest społecznością nierówną. W sprawach jednak, dotyczących kleru i świeckich, i jednych i drugich zwyczaj obowiązuje. Stąd także zwyczaj jednej diecezji lub prowincji kościelnej nie może obowiązywać innej, chociaż w braku prawa

---

1) Schmalzgrueber, l. c. str. 275. sq.

powszechnego, można powołać się na zwyczaj kościołów sąsiednich, a zwłaszcza metropolitalnego lub rzymskiego<sup>1)</sup>.

Zwyczaj obok prawa może obowiązywać albo w sumieniu tylko i to pod grzechem ciężkim lub lekkim, albo w sumieniu i pod karą, albo tylko pod karą. Powód tego jest prosty. Zwyczaj jest prawem. Ogólnie więc, co można powiedzieć o prawie, da się zastosować i do zwyczaju, według zamiaru i woli tych, którzy go praktykują. Tu także tkwi przyczyna, dla której zwyczaj może wprowadzić prawo pozwalające, nakazujące lub zakazujące, a nawet i unieważniające jakiś akt np. umowę, wybór. Obojętną bowiem jest rzeczą, w jaki sposób prawodawca objawia swą wolę, wyraźnie, przez słowa, czy milcząco! Nie może jednak zwyczaj wprowadzić przeszkody, unieważniającej małżeństwo<sup>2)</sup>.

Co do skutków zwyczaju przeciw prawu początkowo nie było zgodnej opinii u kanonistów. Wiadomo, że do końca XII. w. nie uznawano zwyczaju przeciw prawu. Gracjan nie przyznawał mu mocy uchylecia praw. A nawet i kiedy Grzegorz IX. w dekretale „Quum tanto<sup>3)</sup>“ przyznał mu tę moc, początkowo starano się ją ścieścić, ograniczyć. Przyznawano ją tylko zwyczajowi partykularnemu przeciw ogólnej ustawie kościelnej, odmawiano jej zaś zwyczajowi ogólnemu, a także partykularnemu przeciw ustawie partykularnej, nie rozciągano jej równie na uchylanie zwyczajów przeciwnych<sup>4)</sup>. Po Grzegorz IX. jednak zrównano go co do skutków z prawem.

Według ogólnej opinii, na której opiera się Kodeks, zwyczaj może uchylić istniejące prawo pozytywne. Ma on bowiem moc prawa, a więc, jak ustawa następna, tak

<sup>1)</sup> Reiffenstuel, l. c. str. 296.

<sup>2)</sup> can, 1041.

<sup>3)</sup> c. 11. (I—4).

<sup>4)</sup> Dr. Brie, l. c. str. 78 sq. 118 sq. 156 sq. 188 sq.



i on, może usunąć ustawę, poprzednio istniejącą. Może jednak uchylić tylko prawo ludzkie, a nie Boże, gdyż jest on tylko prawem ludzkim, wprowadzonym przez społeczność za zgodą prawodawcy, a moc ludzka nie może obalić rozporządzenia Bożego.

Może zwyczaj uchylić jakiegokolwiek prawo czy pisane, czy przekazane, czy zwyczajowe, tak pozwalające, jak nakazujące i zakazujące i unieważniające. Gdzie bowiem prawo nie rozróżnia i my nie powinniśmy rozróżniać, a Kodeks ogólnie mówi o „prawie kościelnem“, nie różniąc różnych jego gatunków.

Moc ta zwyczaju przeciw prawu odnosi się i do uchylenia zobowiązania prawa istniejącego w całości lub części. Może tedy uchylić karę, pozostawiając zobowiązanie w sumieniu, może karę latae sententiae zmienić na karę ferendae sententiae, gdyż zwyczaj to może, co i prawodawca, a prawodawca może odjąć od prawa lub zmienić karę, pozostawiając tylko zobowiązanie pod winą. I naodwrot, może uchylić zobowiązanie w sumieniu, a pozostawić tylko karę, gdyż mogą być prawa kościelne czysto karne. Wtedy tylko zwyczaj nie może uchylić winy, a pozostawić kary, gdy chodzi o cenzury. Cenzury bowiem, jako kary poprawcze, można nakładać tylko na upornych, a więc takich, którzy dopuścili się jakiejś winy. Także, gdy chodzi o kary bardzo ciężkie, które koniecznie domagają się ciężkiej przewiny, nie może zwyczaj znieść ostatejniej a pozostawić karę, gdyż kara zawisła tu od winy, gdy więc niema winy, nie może być i kary<sup>1)</sup>.

Zwyczaj przeciw prawu może nawet obalić ustawę, mającą klauzulę, zakazującą zwyczaj. Na pierwszy rzut oka zdawałoby się, że to niemożliwe. Zwyczaj bowiem mā swą moc od prawodawcy. Kiedy więc prawodawca

---

1) Wernz, l. c. str. 288 sq. Reiffenstuel, l. c. str. 295.

zabrania wyraźnie zwyczaju, wtedy swej zgody odmawia. Nadto klauzula ta nie jest czczą formułą, lecz powinna oznaczać to, co wyraża tj. zakaz. A jednak jest ogólne zdanie autorów, że także prawo z klauzulą, zabraniającą zwyczaju, może być przez zwyczaj usunięte. Kodeks w kan 27. § 1. postanawia: „przeciwko prawu zaś kościelnemu, któreby zawierało klauzulę, zabraniającą zwyczajów na przyszłość, może jedynie przedawnić rozumny zwyczaj stuletni lub niepamiętny“. Kanon ten usuwa więc wszelkie wątpliwości, co do naszej kwestji. Racja jego jest ta, że okoliczności, wśród których prawo zostało wydane, takiej mogą ulec zmianie, że i sam prawodawca mógłby rozumnie swe prawo zmienić, a więc może dać i swą zgodę na zwyczaj, przeciwny swemu prawu. Klauzula zakazująca zwyczaj nie jest czczą formułą, lecz ma swoją moc; bez niej już po 40 latach zwyczaj obaliłby prawo, z nią dopiero po 100 latach, lub po czasach niepamiętnych.

Czy zwyczaj może obalić i prawo z klauzulą odrzucającą zwyczaj, Kodeks nie wspomina. Mimo to, z racyj powyżej przytoczonych, przyznać musimy, że zwyczaj, przeciwny prawu, może uchylić i ustawę z klauzulą, go potępiającą. Klauzula ta niezawsze odrzuca zwyczaj z powodu jego wewnętrznej złości moralnej, z powodu tego np., że jest on z natury swej przeciwny prawu Bożemu naturalnemu lub pozytywnemu. Czasami prawodawca — jak widzieliśmy — potępia zwyczaj dlatego, że w danej chwili jest on niebezpieczny dla Kościoła. Życie jednak nie zna zastoju. Czas upływa, warunki, wśród których Kościół rozwija swą działalność, zmieniają się. I o to widzimy! W dwudziestowiekowem istnieniu Kościoła wiele praw się zmieniło, wiele rzeczy które były swego czasu dlań pożytecznymi, dzisiaj są szkodliwymi i naodwrot. Temu samemu losowi może podlegać i owa klauzula. Zwyczaj, który był swego czasu szkodliwy, z czasem mo-

że się stać obojętnym, a nawet w pewnych warunkach i pożytecznym, przyczyniającym się do dobra Kościoła. Tak więc i klauzula, odrzucająca zwyczaj, która zresztą jest tylko prawem ludzkim i jako taka, musi dzielić jego losy, nie może być niepokonalna przez zwyczaj. Inna rzecz, że czas potrzebny na powstanie takiego zwyczaju prawomocnego musi być bardzo długi. Radykalne i zasadnicze zmiany warunków nie dokonywują się w krótkim czasie. Gdyby jednak klauzula odrzucała zwyczaj dlatego, że jest on przeciwny prawu Bożemu, wówczas zwyczaj przeciwny, nigdy nie może jej uchylić.

Szczególniejszym skutkiem zwyczaju jest, że można przezeń otrzymać przywilej. Kan. 63. § 1. opiewa: „Przywileje mogą być uzyskane nie tylko przez bezpośrednie nadanie ze strony właściwej władzy i przez komunikację, lecz także przez zwyczaj prawny albo preskrypcję“. Aby jednak przez zwyczaj otrzymać przywilej potrzeba dwóch warunków. Podmiotem takiego przywileju musi być społeczność, zdolna do otrzymania prawa drogą zwyczaju np. diecezja <sup>1)</sup>, gdyż przywilej jest również prawem; osoba fizyczna albo moralna, ale niezdolna do otrzymania prawa, może dojść do jego posiadania, gdy pierwsze dwa tytuły wyliczone w kan. 63. § 1. nie mają miejsca, tylko przez przedawnienie. Powtórnie przedmiotem przywileju, otrzymanego przez zwyczaj, nie mogą być rzeczy przeciwne prawu Bożemu, lub odrzucone przez prawo pozytywne kanoniczne. Zwyczaj bowiem całą swą moc prawną czerpie z prawa kanonicznego, określającego warunki jego powstania, nie może więc mieć tej mocy, jeżeli mu się sprzeciwiają kanony. Według ogólnego zdania kanonistów, nie mogą także być jego przedmiotem rzeczy, które mogą być otrzymane tylko na podstawie samego przywileju apostolskiego, np.

<sup>1)</sup> can. 26.

prawo nominacji, wyboru na urzędy i beneficja kościelne, lecz tylko takie, które można otrzymać w inny sposób, albo gdy ich może udzielać niższy przełożony od Papieża. Rzeczy te bowiem naruszają zazwyczaj znacznie istniejący porządek prawny Kościoła i zależą włącznie od najwyższego zwierzchnika społeczności kościelnej<sup>1)</sup>).

Dawniej przywilej mógł być uzyskanym tylko przez zwyczaj niepamiętny, według Kodeksu może być otrzymanym przez zwyczaj czterdziestoletni. Kan. 63. § 1. mówi o „zwyczaju prawnym“, a za taki należy uważać zwyczaj 40 lat<sup>2)</sup>). Posiadacz jednak przywileju na podstawie zwyczaju czterdziestoletniego, w razie zakwestjonowania, musi go dowieść. Dopiero na mocy zwyczaju stuletniego lub od czasów niepamiętnych, zyskuje presumpcję prawną, zwalniającą go od obowiązku dowodzenia, który to obowiązek spada na stronę przeciwną<sup>3)</sup>).

Dodatkowo możemy tu poruszyć kwestję, czy zwyczaj może obalić uchwały i postanowienia dyscyplinarne soboru trydenckiego. Nie brak bowiem było kanonistów, którzy twierdzili, że zwyczaj nie mógł uchylić postanowień soboru trydenckiego, chociaż przyznawali mu tę moc co do orzeczeń innych soborów powszechnych. Powoływali się głównie na konstytucje Piusa IV. „Benedictus Deus“ i „In principiis“<sup>4)</sup>).

Wobec ogłoszenia nowego Kodeksu prawa kanonicznego, kwestja ta ma przedewszystkiem znaczenie teoretyczne. Niektóre bowiem kanony są wzięte dosłownie z soboru trydenckiego np. kan. 2214. § 2. i te według

1) Wernz, l. c. str. 289 sq.; Schmalzgrueber, l. c. str. 283 sq.

2) can. 27. i 28.

3) can. 1827.; Leitner, Handbuch des kath. Kirchenrechts, Pustet, 1918. I Liefer. str. 29.

4) Canones et decreta Concilii Tridentini ed. Richter-Schulte, Lipsiae 1853, str. 480 i 485.

dawnego prawa należy tłumaczyć<sup>1)</sup>). Praktycznie jednak jest ona bez znaczenia. Kodeks bowiem zmienił dyscyplinę trydencką i dostosował ją do dzisiejszych warunków i czasów. Dość wspomnieć sprawę konkursów na proboszczów, sprawę synodów diecezjalnych i prowincjonalnych, sprawę zapowiedzi, formę zaręczyn, zawierania małżeństw, i t. p.

Cóż tedy należy sądzić o tej klauzuli przy uchwałach soboru trydenckiego? Niema najmniejszego powodu do odstąpienia od ogólnej reguły prawa zwyczajowego. Jeżeli zwyczaj może obalić każde inne prawo, może to uczynić i z prawem trydenckiem. Prawo to bowiem, aczkolwiek swego czasu miało nadzwyczaj doniosłe znaczenie, było jednak tylko prawem ludzkim i, jak każde dzieło ludzkie, różnym podlegało zmianom. I rzeczywiście, i Rota rzymska i Kongregacja soboru pozwalały na zwyczaje przynajmniej niepamiętne przeciw wielu postanowieniom soboru trydenckiego<sup>2)</sup>.

---

<sup>1)</sup> can. 6. n. 2.

<sup>2)</sup> Wernz, l. c. str. 292 sq.; Bouix, l. c. str. 315 sq.; De Angelis, l. c. str. 88. sq.

## ROZDZIAŁ VI.

### Stwierdzenie zwyczaju.

Zwyczaj, aczkolwiek jest przedmiotową normą prawną, przytoczony w sądzie, musi być dowiedziony. Wynika to wprost z jego natury. Tylko bowiem ustawa jest jasna i pewna tak, że znajomość jej powszechną i u sędziego można przypuszczać. Zwyczaj zaś jest niepewny i nieokreślony. Nadto zwyczaj opiera się na fakcie, a faktów się nie przypuszcza, lecz trzeba ich dowieść<sup>1)</sup>.

Przeprowadzenie dowodu jest bardzo trudne. Trudne nietylko dlatego, że zwyczaj jest skomplikowany, że liczne warunki do jego wytworzenia i prawem naturalnem i pozytywnem są wymagane, ale i dlatego, że obyczaje wiernych bardzo są zmienne. Obowiązek dowodzenia spada na tego, kto się na zwyczaj powołuje. Sędzia bowiem może nie znać zwyczaju.

Kanonista Schmalzgrueber<sup>2)</sup> w czterech wypadkach zwalnia powołującego się na zwyczaj od ciężaru dowodzenia: 1-o gdy zwyczaj jest notoryczny, gdyż według zasady prawnej „notoria non egent probatione“; 2-o jeżeli zwyczaj dotyczy procedury, gdyż ta skądinąd powinna być znaną sędziemu, a gdyby jej nawet nie znał, nie od stron z pewnością będzie się ją starał poznać; 3-o jeżeli stanowi

---

<sup>1)</sup> Dr. S. Brie, I c. str. 126.

<sup>2)</sup> Schmalzgrueber, I. c. str. 284.

styl kurji z tego samego co wyżej powodu i 4-o jeżeli chodzi o racjonalność zwyczaju. W wątpliwości bowiem, czy zwyczaj jest racjonalnym czy nie, ponieważ jest to kwestja prawna, a nie faktu, sam sędzia powinien rozstrzygać.

W jaki sposób można stwierdzić w sądzie zwyczaj? Ani Dekretały, ani Kodeks prawa kanonicznego nie dają w tym względzie zadnych wyraźnych, specjalnych wskazówek. Należy więc zastosować tu ogólne środki dowodowe na fakty. Są nimi: dokumenta i świadkowie.

Dokumenta są publiczne albo prywatne. Publicznymi dokumentami są: autentyczne świadectwo o zwyczaju Ordynarjusza, spisanie zwyczajów i zamieszczenie ich w uchwałach synodalnych lub w kolekcjach prawa, sporządzonych z rozkazu jakiejś władzy publicznej, jak np. spis zwyczajów feudalnych, przynajmniej podwójny, zgodny wyrok sądowy. Dowód zaczerpnięty i oparty na dokumentach publicznych jest pełnym dowodem. Dokumentem prywatnym może być dzieło jakiegoś uczonego, w którym stwierdza istnienie jakiegoś zwyczaju. Zwrócić należy uwagę, że zdanie jednego uczonego nie jest dowodem pełnym, przynajmniej we forum zewnętrznym. Zwyczaj bowiem jest faktem, wymagającym wiele warunków, spełnianym przez pewną społeczność, a w ocenie i skwalifikowaniu takich faktów nawet najuczeńszy człowiek może się pomylić. Dzieła jednak kilku uczonych są wystarczającym dowodem, jeżeli stwierdzają istnienie zwyczaju<sup>1)</sup>.

Świadców musi być przynajmniej dwóch. Świadcowie ci powinni zeznać zgodnie trzy szczegóły: że pewne czynności były spełniane przez całą społeczność lub większą jej część, że czynności te były częstotliwe i, że trwały nieprzerwanie przez przepisany prawem czas, t. j. przez lat

---

1) Schmalzgrueber, l. c. str. 285; Wernz, l. c. str. 290.

40. Tych rzeczy bowiem potrzeba łącznie do wytworzenia zwyczaju prawnego. Rozbieżność więc zeznań świadków, chociażby co do jednego z wymienionych szczegółów, niczego nie dowodzi<sup>1)</sup>. Zeznanie jednego świadka nie jest nawet półpełnym dowodem, chociażby mogło być uzupełnione przysięgą (*insiurandum suppletorium*<sup>2)</sup>. Trudno bowiem wyobrazić sobie, jak może istnieć zwyczaj, spełniany często i długo przez całą społeczność, któryby tylko jednemu człowiekowi był znanym.

Inaczej ma się sprawa ze zwyczajem od czasów niepamiętnych. Wtenczas i jeden świadek zaprzysiężony, może dostarczyć połowicznego dowodu na istnienie takiego zwyczaju, gdyż z powodu zbyt długiego okresu czasu, trudno nieraz znaleźć drugiego. Według Reiffenstuela<sup>3)</sup> świadkowie ci mają zeznać: że widzieli od dzieciństwa, jak dane czynności w społeczeństwie spełniano; że słyszeli od swych przodków, iż te czynności były spełniane i za ich ojców; że nigdy nie widzieli, ani nie słyszeli, by spełniano czynności zwyczajowi przeciwne, i że jest głos publiczny, i niewiadomo, kiedy zwyczaj praktykować zaczęto.

We forum sumienia wystarcza pewność moralna o istnieniu zwyczaju i zachowywanie go przez ludzi uczciwych. W wątpliwości pozytywnej należy rozróżnić między zwyczajem obok prawa, a zwyczajem przeciw prawu. Przez wątpliwość pozytywną rozumiemy taką wątpliwość, w której mamy wszelkie prawdopodobieństwo, że z jednej strony, wszystko jest, co do prawnego zwyczaju potrzebne, a z drugiej strony, że czegoś do prawomocnego zwyczaju brak. W wątpliwości co do zwyczaju obok prawa zwyczaj nie obowiązuje, gdyż jest wątpliwość, czy otrzymał on moc

---

1) Reiffenstuel, l. c. str. 299.

2) *can.* 1829.

3) Reiffenstuel, l. c. str. 299.



prawną, a prawo wątpliwe nie obowiązuje; w wątpliwości zaś co do zwyczaju przeciw prawu, ustawa nie obowiązuje, gdyż przez to, że zwyczaj jest prawdopodobnym i prawdopodobnie zwałnia od ustawy, ustawa staje się wątpliwą, a prawo wątpliwe nie obowiązuje <sup>1)</sup>.

---

---

<sup>1)</sup> Noldin, *De principiis theologiae moralis* <sup>13</sup>. Qeniponte 1921, str. 232.

## ROZDZIAŁ VII.

### Wygaśnięcie i uchylene zwyczaju.

Zwyczaj, podobnie jak prawo, może przestać obowiązywać z przyczyn wewnętrznych lub zewnętrznych.

Z przyczyn wewnętrznych ustaje zobowiązanie zwyczaju, czyli wygasa zwyczaj, gdy zmienia się jego przedmiot lub zanika cel. Że to jest możliwe, poucza nas codzienne doświadczenie i los wszystkiego, co ludzkie. Zwyczaj jest prawem, jako prawo powinien być rozumnym i prowadzić do dobra społeczności kościelnej — często jednak, po dłuższym czasie, przy zmienionych warunkach zewnętrznych, wśród których Kościół działa, może on stać się nierozumnym i na szkodę publiczną działać. Nadal przeto nie może on pozostać normą działania. Jak ustawa z chwilą, gdy przestaje być potrzebną lub pożyteczną dla celu Kościoła, przestaje być prawem, tak samo i zwyczaj.

Przyczynami zewnętrznymi, które uchylają zwyczaj są: prawo i zwyczaj, przeciwne. Kan. 30. opiewa: „Z zachowaniem w mocy przepisu kan. 5. zwyczaj przeciw prawu lub obok prawa odwołuje się przez przeciwny zwyczaj lub prawo; lecz prawo, jeżeli nie czyni o nich wyraźnej wzmianki nie odwołuje zwyczajów stuletnich albo niepamiętnych, ani prawo powszechne zwyczajów partykularnych“. Mamy tu podaną ogólną normę co do usuwania zwyczajów. Dla lepszego wniknięcia w jej treść, trzeba rozróżnić między

zwyczajem powszechnym a partykularnym i zwykłym a uprzywilejowanym, jakoteż między ustawą powszechną a partykularną.

Co do ustawy ogólnej stawiamy następujące twierdzenia: Ustawa powszechna uchyla zwyczaj powszechny, chociaż nie czyni o nim wzmianki, jeżeli jest mu przeciwna, lub ma klauzulę: „non obstante contraria consuetudine“. Że ustawa może uchylić zwyczaj wynika z natury prawnej zwyczaju. Całą swą siłę obowiązującą czerpie bowiem zwyczaj z cichej zgody tego, który, może nadawać ustawy. Jeżeli prawodawca może ustawę wcześniejszą, wyraźnie ogłoszoną, odwołać przez późniejszą, może też wyraźną ustawą odwołać zwyczaj, na który milcząco się zgodził. Ustawa ta musi być przeciwna zwyczajowi. Gdyby się dała pogodzić ze zwyczajem, chociażby nawet przy najściślejszem jej tłumaczeniu, należy i jedno i drugie zachować. Prawa bowiem powinny być zastosowane do praktyki wiernych, a zwyczaje, które stają się niejako drugą naturą, niełatwe są do usunięcia lub poprawy. Uchylenie zwyczaju powszechnego przez ustawę powszechną nie ulega najmniejszej wątpliwości, jeżeli ustawa ma wspomnianą klauzulę. Prawodawca nie mógł bowiem lepiej swej woli wyrazić<sup>1)</sup>. Nie można zaś czynić zarzutu, że ponieważ Papież może nie znać jakiegoś zwyczaju powszechnego, więc może nie mieć woli do usunięcia go. Papież bowiem, jak mówi Bonifacy VIII. w dekretale „Licet“ zna wszystkie prawa powszechne Kościoła („iura omnia in scrinio pectoris censi habere“<sup>2)</sup>).

<sup>1)</sup> Suarez, l. c. c. XX. n. 3.

<sup>2)</sup> c. 1. (1—2) in VI-to: Słów tych, „qui iura omnia in scrinio pectoris censi habere“ nie należy rozumieć w ten sposób, że Papież ma nieograniczoną władzę prawodawczą, tak np. Schulte, K.—R. I. str. 82, uw. 2; Hinschius, K.—R. str. 740., lecz, że poprostu, jako najwyższy prawodawca w Kościele, powinien znać i zna

Ustawa powszechna nie uchyla przeciwnych sobie zwyczajów powszechnych, stuletnich lub niepamiętnych, jeżeli nie czyni o nich osobnej, wyraźnej wzmianki. Taka była ogólna opinja kanonistów, którą przyjął Kodeks. Reiffenstuel tak ją uzasadnia: „Ratio est, quia pro consuetudine immemoriali praesumitur iustus titulus: nam possessio temporis immemorialis est instar tituli, imo qua non potest allegari melior titulus de toto mundo, ut loquitur Fagnanus, (in c. Cum apostolica, n. 6. De his, quae fiunt a praelato...) Insuper consuetudo antiquissima vel hominum memoriam excedens, habet vim privilegii a Principe concessi... Unde merito concludendum, quod consuetudo immemorialis, utpote adeo privilegiata, non comprehendatur sub generali revocatione consuetudinum, sed ad eius abrogationem requiratur specialis mentio per ly, „etiam immemorialis“, „aut huiusmodi<sup>1)</sup>“. Wobec jasnej decyzji kan. 30. upadają dwa inne zdania: jedno według którego zwyczaj niepamiętny usuwała już klauzula: „non obstante consuetudine in contrarium“ i drugie, według którego mogła powyższa klauzula to czynić dopiero po dodaniu partykuły: „quacumque“.

Ustawa powszechna nie znosi przeciwnych sobie zwyczajów partykularnych np. diecezjalnych, prowincjonalnych, jeżeli nie czyni o nich osobnej, wyraźnej wzmianki. Rację tego twierdzenia podaje dekretal Bonifacego VIII. „Licet“. Przypuszczać bowiem należy, że Papież może nie znać partykularnych zwyczajów, które są faktami i na faktach się opierają, więc nie może mieć woli usunięcia ich. Jeżeli je zaś zna, powinien to wyraźnie zaznaczyć np. przez

---

wszystkie jego prawa powszechne. Wskazuje na to przeciwstawienie, zawarte w drugiej części tego dekretalu, że partykularnych zwyczajów i statutów może nie znać. cf. Dr. Brie, l. c. str. 94. uw. 82.

<sup>1)</sup> Reiffenstuel, l. c. str. 301.

dodanie klauzuli: „nulla obstante consuetudine in contrarium 1)“.

Co się tyczy usuwania zwyczajów powszechnych przez prawo partykularne, trzeba rozróżnić prawo partykularne, nadane przez najwyższego prawodawcę od prawa prawodawcy, niższego od Papieża.

Prawo partykularne, wydane dla jakiejś prowincji kościelnej przez Papieża, usuwa w części zwyczaj powszechny w Kościele, chociażby o nim nie czyniło wyraźnej wzmianki, o tyle mianowicie, o ile jest mu przeciwne i na tem tylko terytorjum, dla którego było nadane. Zwyczaj powszechny bowiem zależy od zgody przynajmniej legalnej Papieża. Papież może więc tę zgodę dla pewnego terytorjum cofnąć, jeżeli to uzna za stosowne i potrzebne, w całości lub części. Nie potrzebuje zaś wspominać zwyczaj, gdyż przypuszczać należy, że Papież zna powszechne zwyczaje kościoła.

Niższy od Papieża prawodawca nie może przez ustawę partykularną uchylić powszechnego zwyczaju w części lub całości nawet na swoim terytorjum, gdyż zwyczaj powszechny ma swą moc prawną od Papieża, a niższy prawodawca nie może znosić praw wyższego.

Odnośnie do zwyczaju partykularnego jasną jest rzeczą, że ustawa partykularna prawodawcy partykularnego, usuwa zwyczaj partykularny jej przeciwny, chociażby nawet o nim nie wzmiankowała, jeżeli zwyczaj ten powstał za

---

1) c. 1. (I—2) in VI-to. „Licet Romanus Pontifex, (qui iura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere), constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur: quia tamen locorum specialium et personarum singularum consuetudines et statuta (cum sint facti et in facto consistent) potest probabiliter ignorare; ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem a se noviter editam (nisi expresse caveatur in ipsa) non intelligitur in aliquo derogare“.

ciągł zgodą tegoż prawodawcy. Uchyła on bowiem wtedy swoje prawo, które znać powinien.

Wątpliwość jest jednak, czy prawo partykularne papieskie, dane np. dla pewnej diecezji, usuwa przeciwny mu zwyczaj partykularny tejże diecezji, jeżeli o nim nie czyni wyraźnej wzmianki. Suarez <sup>1)</sup> utrzymuje, że ustawa partykularna papieska nie znosi przeciwnego zwyczaju partykularnego, jeżeli o nim nie wspomina. Opiera swe twierdzenie na przytaczanym nieraz dekrete Bonifacego VIII. „Licet“. Wyraźnie bowiem w nim powiedziano, że nowa konstytucja papieska nie usuwa partykularnych zwyczajów lub statutów, jeżeli ich nie wspomina, gdyż przypuszczać należy, że Papież ich nie zna. Ponieważ zaś jest mowa o konstytucji, a prawodawca nie mówi, czy to ma być konstytucja powszechna czy partykularna, więc rozporządzenie wspomniane na równi do jednej i do drugiej się odnosi; gdzie bowiem prawo nie rozróżnia i my nie mamy potrzeby rozróżniać. Jak tedy nie znosi zwyczaju partykularnego konstytucja ogólna, gdy o nim nie wspomina, tak z tego samego powodu nie znosi go i ustawa partykularna Papieża.

Dowód ten wobec Kodeksu nie da się utrzymać. W kan. 30. prawodawca rozróżnia ustawę ogólną od partykularnej i oświadcza, że „prawo ogólne nie znosi zwyczajów partykularnych, chyba żeby wyraźną o nich uczyniło wzmiankę“. Ustawa więc partykularna papieska znosi przeciwny sobie zwyczaj partykularny w tej prowincji lub diecezji, dla której jest daną, chociażby o nim wcale nie wspominała.

Zwyczaj może być także zniesionym przez zwyczaj przeciwny późniejszy, a mianowicie zwyczaj powszechny przez powszechny, a partykularny przez partykularny

---

<sup>1)</sup> Suarez, l. c. c. XX. n. 13 sq.

w tem samym miejscu, gdyż w różnych miejscach nie są sobie przeciwne. Zwyczaj partykularny może w tem miejscu, w którym jest praktykowany, uchylać w części zwyczaj powszechny, jak również zwyczaj powszechny w tem samym miejscu może częściowo uchylać zwyczaj partykularny. Zniesienie zwyczaju przez zwyczaj w części lub w całości uzasadnia reguła prawna: „Omnis res, per quascumque causas nascitur, per eadem dissolvitur<sup>1)</sup>“. Jeżeli zwyczaj może znieść prawo pisane, z tego samego powodu może uchylić prawo niepisane. Zwyczaje te muszą być sobie przeciwne, gdyby się dały ze sobą pogodzić, obydwa powinny być zachowane. O klauzuli uchylającej nie może tu być mowy, gdyż zwyczaje wyrażają się nie w słowach, lecz w czynach. Co zaś dotyczy czasu, w którym zwyczaj może być zniesiony przez zwyczaj przeciwny, to odpowiedź na to mamy daną w przedawnieniu zwyczaju. Tylko zwyczaj przedawniony może wprowadzić nowe prawo, a że do przedawnienia zwyczaju przeciw prawu lub obok prawa potrzeba lat 40, więc tego czasu potrzeba i do uchylecia jednego zwyczaju, a wprowadzenia drugiego<sup>2)</sup>.

Podobne stanowisko zachowuje też nowy Kodeks prawa kanonicznego wobec zwyczajów przed nim istniejących i jemu przeciwnych. Kan. 5. tak je określa: „Istniejące obecnie przeciwko statutom tych kanonów zwyczaje czyto powszechne czy partykularne, jeżeli mianowicie samymi kanonami są odrzucone, jako *iuris corruptelae* mają być poprawione, chociażby były niepamiętne i nie można dopuścić, by w przyszłości odżyły; inne, któreby mianowicie były stuletnie i niepamiętne, będą mogły być cierpiane, jeżeliby Ordynarjusze stosownie do okoliczności

<sup>1)</sup> c. 1. (V-41.).

<sup>2)</sup> Suarez, l. c. c. XX. n. 18 sq.

miejsc i osób sądzili, że roztropnie nie dadzą się usunąć; reszta ma być uważana za zniesioną, jeżeli Kodeks inaczej wyraźnie nie zastrzegł.“

Widzimy z tego, że stanowisko Kodeksu wobec przyszłych zwyczajów jest nieco łagodniejsze, aniżeli wobec tych, które on zastaje. Odnosi się to przede wszystkim do zwyczajów stuletnich i od czasów niepamiętnych. Gdy co do przyszłych zwyczajów w kan. 30. Kodeks wyraźnie orzeka, że zwyczaje stuletnie i niepamiętne zostawia prawo ogólne, gdy o nich nie wspomina, nietknięte, w kan. 5. takie same zwyczaje przeciwne swym ustawom, pozwala tylko tolerować i to zależnie od roztropnego zdania Ordynariuszów. Dziwić się temu nie należy. Kodyfikacja miała na celu ujednostajnienie karności Kościoła. W pracach kodyfikacyjnych uwzględniano zwyczaje, zwłaszcza niepamiętne, licząc się z potrzebami i duchem czasów dzisiejszych. Pozostawienie i nadal zwyczajów niepamiętnych, istniejących przed Kodeksem, bez szczegółowego skontrolowania ich przez odpowiednie organa, unicestwiłoby po części cel kodyfikacji

Jeden z takich zwyczajów niepamiętnych, praktykowany także na ziemi polskiej, a przeciwny kanonom nowego Kodeksu, trafnie przytacza i ocenia prof. uniwersytetu Jagiellońskiego, ks. Tad. Gromnicki<sup>1)</sup>.

Chodzi o kan. 1023. § 2, który domaga się, aby, kiedy jedna strona z nupturjentów, po dojściu do letności, bawiła przez sześć miesięcy w innej jakiej parafji, proboszcz przedkładał sprawę Ordynariuszowi, który roztropnie zarządzi albo głoszenie tam zapowiedzi, albo inny jaki sposób stwierdzenia jej stanu wolnego. Rozporządzenie to Kodeksu złagodziła nieco Komisja dla autentycznego tłumaczenia kanonów nowego prawa, która w wy-

---

<sup>1)</sup> Polonia sacra, Kraków 1918. Nr. 2 str. 90 sq.



padkach, gdy zawarcie małżeństwa jest naglące, a jeden z nupturjentów bawił w bardzo dalekich stronach, tak, że zbadanie jego wolnego stanu wymagałoby dłuższego czasu, pozwoliła na przysięgę uzupełniającą dotyczącego nupturjenta, ale uzależniła to od roztropnego uznania Ordynariusza, który może przepisać i inne dowody <sup>1)</sup>. Mimo to postanowienie powyższe zbyt obciąża Ordynarjaty, zwłaszcza w diecezjach bardzo wielkich. Kanon ten opiera się na konstytucji Klemensa X. „Cum alias“ z 21 lipca 1670 r. i dołączonej do niego instrukcji Inkwizycji, do której w Polsce nigdy się nie stosowano, lecz badanie wolnego stanu ograniczono do zbadania dokumentów lub przesłuchania świadków przez samego proboszcza. Zwyczaj ten może być zatrzymany ze względu na jego uzasadnienie. „Z całą pewnością—pisze ks. Gromnicki—można przyjąć, że dotyczący zwyczaj, jaki u nas istnieje może być nadal pozostawiony na zasadzie c. 5. Kodeksu, jeżeli ordynariusz zgodzi się na jego zatrzymanie, a to dlatego, że on ma za sobą przeszło stuletnie przedawnienie, a Kodeks wyraźnie go nie zabrania“ <sup>2)</sup>.

Kan. 5. mówi tylko o istniejących zwyczajach przeciw prawu, które Kodeks potępia, uchyla lub toleruje wcale zaś nie wspomina o stosunku Kodeksu do istniejących przed jego ogłoszeniem zwyczajów obok prawa i podług prawa. Kwestja więc, jak te ostatnie należy oceniać pozostaje otwarta.

Maroto <sup>3)</sup>, a za nim x. Bączkowicz <sup>4)</sup>, twierdzą, że ponieważ istniejące przed Kodeksem zwyczaje obok prawa

---

<sup>1)</sup> Acta Ap. Sedis, t. IX st. 483 sq.

<sup>2)</sup> Polonia sacra, I. c. str. 92; Synodus Archidioecesaana Varsaviensis 1922 r. stat. 5. § 2 i Appendix VIII str. 147.

<sup>3)</sup> Phil. Maroto, Institutiones iuris canonici, Madrid 1918, t. I. str. 131.

<sup>4)</sup> x. Fr. Bączkowicz, Prawo kanoniczne, Kraków 1923, t. I. str. 158.

stanowiły część ogólnego dawnego prawodawstwa, więc należy je oceniać według norm, podanych w kan. 6. Zwyczaj te byłyby więc w części lub całości zniesione, albo zachowane stosownie do tego, czy prawo Kodeksu zupełnie lub częściowo je uchyla, lub zatrzymuje. Twierdzenie to naszym zdaniem, nie da się utrzymać.

Prawodawca kościelny, jak przyjmuje podwójne źródło norm prawnych, mianowicie wolę prawodawcy, (Ks. I. Tyt. I.) i zwyczaj (Ks. I. Tyt. II.), tak osobno mówi także o stosunku Kodeksu do zwyczaju (kan. 5.), a osobno do praw pisanych (kan. 6.). Inne bowiem warunki, jak widzieliśmy poprzednio, potrzebne są do mocy obowiązującej ustawy, a inne do zwyczaju. Nadto w pierwszych sześciu kanonach prawodawca określił ogólny zakres i moc obowiązującą Kodeksu wobec istniejącego przed nim prawodawstwa. Ponieważ jednak Kodeks nie w jednakim stoi stosunku do wszystkich gałęzi dawnej legislacji, dlatego też w wymienionych kanonach zaznacza różny kąt widzenia, pod którym odbywała się kodyfikacja, zaznacza w której dziedzinie większe zaprowadzono zmiany, które tylko zlekka dotknięto. Tak więc zostawiono niemal na uboczu Kościół wchodni (c. 1.), prawo liturgiczne (c. 2.), nie zmieniono niczego w konkordatach (c. 3.), uszanowano przywileje, indulty i nabyte prawa osób (c. 4.). Tak samo też inny jest stosunek Kodeksu do istniejącego przed nim prawa zwyczajowego (c. 5.), a inny do prawa pisanego (c. 6.). Jak więc norm podanych w kan. 6. nie można stosować ani do praw liturgicznych, ani do konkordatów lub przywilejów, tak również nie można ich stosować i do zwyczajów. Stosunek Kodeksu do zwyczajów, przed nim istniejących, specjalnie określa kan. 5. Że taka była wola prawodawcy dowodem tego, iż w kan. 30. gdzie mowa o uchylaniu zwyczaju, zastrzega on tylko zachowanie rozporządzeń kan. 5. a nie i kan. 6. Stosunek tedy Kodeksu

do istniejących przed nim zwyczajów obok prawa należy oceniać nie według kan. 6. lecz podług kan. 30. czyli podług ogólnych norm o prawie zwyczajowem. Jedność kodyfikacji domagała się, by Kodeks surowsze zajął stanowisko co do zwyczajów przeciwnych sobie, nic jednak nie stoi na przeszkodzie, by do zwyczajów obok prawa stosować normy ogólne o uchylaniu prawa zwyczajowego, podane w kan. 30.

K O N I E C.



## SPIS RZECZY.

	<i>str.</i>
<b>W S T Ę P.</b> <i>Ogólny rzut oka na znaczenie zwyczaju w prawodawstwach ludów. Podział przedmiotu . . .</i>	1
<i>Zwyczaj niekoniecznie musi być dawniejszy od prawa stanowionego (1)<sup>1)</sup>. Zwyczaj u ludów pierwotnych (2), w prawie rzymskim, germańskim, polskim (3), w nowoczesnem prawodawstwie i w Kodeksie prawa kanonicznego (4). Tłumaczenie kanonów 25—30. „o zwyczaju“ (5), ich podział legalny (6) i logiczny (7).</i>	
<b>ROZDZIAŁ I.</b> <i>Pojęcie zwyczaju i różne jego rodzaje . . .</i>	9
<i>Pojęcie zwyczaju faktycznego (9) i prawnego (10). Zwyczaj prawny różni się od zwyczaju faktycznego, od prawa przekazanego (11), od prawa pisanego (12), od przedawnienia (14), od stylu kurji (15) i od obserwacji. Podział zwyczaju na zwyczaj: podług prawa (16), obok prawa (17), przeciw prawu, cywilny i kanoniczny (18), sądowy i pozasądowy (19), powszechny, ogólny i partykularny (20).</i>	
<b>ROZDZIAŁ II.</b> <i>Zwyczaj w historii prawodawstwa kościelnego.</i>	21
<i>Powody, sprzyjające (21) i wrogie (23) rozwojowi zwyczaju w Kościele. Zwyczaj podług prawa i obok prawa (24). Wrogie stanowisko prawodawstwa kościelnego wobec zwyczaju przeciw prawu (27) i powody tego stanowiska (29). Grzegorz IX. uznaje moc prawną zwyczaju przeciw prawu, przyczyny tego kroku (30). Teoria prawa zwyczajowego (31).</i>	

---

<sup>1)</sup> Cyfry w nawłacie oznaczają stronicę.

ROZDZIAŁ III.	<i>O naturze prawnej zwyczaju . . . . .</i>	str. 33
	Istotę zwyczaju stanowi zgoda (33). Ta zgoda ma pochodzić nie od ludu, jak uczyła szkoła historyczna (34) i Schulte (37), lecz od prawodawcy (41). Różne rodzaje zgody: zgoda jawna (42), milcząca (43), milczenie ekonomiczne (44), zgoda legalna (47). Właściwy prawodawca do dania zgody (50).	
ROZDZIAŁ IV.	<i>O warunkach, wymaganych przez św. kanony, aby zwyczaj faktyczny stał się prawomocnym .</i>	52
	Wielka rozbieżność zdań co do warunków, jakie ma posiadać zwyczaj prawny. Corpus iuris canonici (53), Joannes Teutonicus, Bernardus Parmensis, Innocenty IV. (54), Benedykt XIV. (56).	
	§ 1. <i>Warunki prawne zwyczaju ze względu na społeczność . . . . .</i>	56
	Zwyczaj prawomocny może wprowadzić społeczność (57), zdolną przynajmniej do przyjęcia prawa (58). Warunki zewnętrzne czynności, wprowadzającej zwyczaj są: jej częstotliwość (60), jednolitość i jawność (62). Warunki wewnętrzne: wola społeczności przyjęcia zobowiązania (65), znajomość prawa, obok którego (68) i przeciw któremu (69) wprowadza się zwyczaj, wolność woli od przymusu i bojaźni (76).	
	§ 2. <i>Warunek ze względu na przedmiot zwyczaju . . . . .</i>	79
	Aż do Grzegorza IX. granicą zwyczaju było Objawienie Boże (79). Grzegorz IX. domaga się racjonalności (80). Racjonalność jest specyficznym wymogiem tylko zwyczaju (81). Różne poglądy na istotę racjonalności zwyczaju: glossy (83), Phillipa (84), Reiffenstuela, Suareza (85). Prawdziwa teoria. Pierwiastek negatywny (86) i pozytywny (87) rozumności zwyczaju. Zwyczaje nierozumne, odrzucone przez Kodeks (90) i niektóre zwyczaje rozumne zatrzymane (96).	

	§ 3. Warunek ze względu na czas trwania zwyczaju . . . . .	97
	Termin „zadawnienie zwyczaju“ przychodzi dopiero w Dekretalach (97). Poglądy dawniejszych kanonistów na czas zadawnienia zwyczaju (98). Orzeczenie Kodeksu (101). Przymioty zadawnienia: ciągłość i całkowitość określonego czasu (102). Zwyczaj niezadawniony (103). Ten sam czas zadawnienia przy uchylaniu dawnego i wprowadzaniu nowego prawa przez zwyczaj, przeciwny prawu (104).	
ROZDZIAŁ V.	<i>O skutkach prawnych zwyczaju . . . . .</i>	105
	Zwyczaj podług prawa wzmacnia i tłumaczy ustawę (105). Zwyczaj obok prawa wprowadza nowe prawo (106). Zwyczaj przeciw prawu uchyla istniejące prawo (108), albo jego zobowiązanie w części lub całości (109), a także i klauzule, nie tylko zakazujące, lecz i potępiające zwyczaj (110). Przez zwyczaj można otrzymać przywilej (111). Zwyczaj uchyla i prawa dyscyplinarne soboru trydenckiego (112).	
ROZDZIAŁ VI.	<i>Stwierdzenie zwyczaju . . . . .</i>	114
	Kto ma obowiązek dowiedzenia zwyczaju (114). Sposób stwierdzenia zwyczaju w sądzie (115) i we forum sumienia (116).	
ROZDZIAŁ VII.	<i>Wygaśnięcie i uchylenie zwyczaju . . . . .</i>	118
	Wygaśnięcie zwyczaju (118). Uchylenie zwyczaju przez prawo powszechne (119), przez prawo partykularne (121), przez zwyczaj przeciwny (122). Stanowisko Kodeksu do zwyczajów, przed nim istniejących, a do tych, które mają być zaprowadzane w przyszłości (123). Istniejące przed wydaniem Kodeksu, zwyczaje obok prawa (125).	
	Spis rzeczy . . . . .	129

## CORRIGENDA.

Str.:	wiersz:	zamiast:	powinno być:
3	7 zgóry	frankońskim	frankońskiem
4	3 zdołu (uw.)	Katholischen	katholischen
27	8 " "	divecesana	dioecesana
29	8 zgóry	namiętności	namiętności
30	8 "	1128	1228
39	1 "	źródłem	źródłem
60	9 zdołu	jakaś	jakaś jedną
61	12 "	nie tylko	nietylko
77	11 "	Powższe	Powyższe
79	2 "	tento	tanto
81	13 "	hand	haud
85	11 "	kąźda	kaźda
85	9 " (uw.)	Snarez	Suarez
88	12 "	nie tylko	nietylko
89	1 "	nie tylko	nietylko
90	1 " (uw.)	Reiffenstnel	Reiffenstuel
111	14 zgóry	nie tylko	nietylko
113	8 "	klanzula	klauzula
115	14 zdołu	uczonogo	uczonego
119	1 "	sni	sui
119	4 " (uw.)	sni	sui
122	1 zgory	ciąch	cicha
126	15 zdołu	które	którą

---