

OBYCZAJ (gr. ἦθος [ethos], łac. mos) – jednolita, powszechnie znana i akceptowana forma zachowania się określonej zbiorowości społecznej, charakterystyczna dla danego obszaru, czasu czy środowiska; nieformalna norma postępowania, uświęcona tradycją przestrzegana przez ogół; pojęcie pokrewne pojęciu zwyczaj; w niektórych naukach (np. socjologii) oddziela się o. od zwyczaju, wiążąc go z nawykiem.

ROLA OBYCZAJU. O. tworzy normy nie usankcjonowane prawem pozytywnym czy ustawą. O. był zawsze podstawą jedności i odrębności grupy społecznej, w starożytności posiadał charakter i sankcję sakralną, niezależnie od sankcji społecznej. Prawa stanowione wywodziły się z o. i utrwalonej praktyki. O., choć niesformalizowany, posiada wszelkie cechy prawa, gdyż wprowadza racjonalność i stałość w postępowanie i stosunki międzyludzkie, jest bowiem przejawem rozumnej natury społecznego ustawodawcy. Ma też charakter prawa moralnego.

Celem o. jest dobro wspólne społeczności, rozumiane w tym wypadku jako jednolitość działania, współdziałania i poczucie jedności. O. przejawia się w konkretnych czynach (a nie ustawach) oraz w sferze psychicznej członków społeczności. Jest więc czymś wewnętrznym w postępowaniu i poczuciu człowieka, a nie zewnętrznym (nakazany), jak prawo. Jest powszechnie znany (promulgacja) i choć płynie z tradycji, podlega społecznemu wartościowaniu i przemianom. Jest formą prawa pozytywnego, a nie naturalnego (przyrodzonym). O zmianach lub utrzymaniu o. decyduje cała społeczność w sposób spontaniczny i zarazem niewyrażony. Posiada sankcje, która wyrażają się w stosunku społeczności do jednostek łamiących o. (drwina, lekceważenie, lub ostracyzm społeczny).

Istnieją o. we wszystkich społecznościach i czasach, niezależnie od moralności i obowiązującego prawa. Moralność i prawo tworzą i umacniają istniejące i zmieniające się o. Każdy typ społeczności może posiadać właściwe sobie o. (ogół narodów i ludów – ius gentium, państwa, narody, grupy społeczne, środowiskowe, religijne, zawodowe, nawet rodziny) dotyczące różnych dziedzin życia (świąt, życia codziennego).

OBYCZAJ A MORALNOŚĆ. O., o ile jest dobry (podobnie jak prawo stanowione, o. może być zły), ma charakter prawa moralnego, gdyż wiąże w sumieniu członków społeczności. Również ustawodawca (państwowy czy

inny) formalnie uznany, nie liczący się z dobrym o., czyni zło (w sensie moralnym), na co zwrócił uwagę św. Augustyn: „Mos populi Dei et instituta maiorum pro lege sunt tenenda” („Obyczaju ludu Bożego i postanowień przodków należy trzymać się jak prawa” – zob. w: św. Tomasz z Akwinu, *S. th.*, I–II, q. 97, a. 3, s.c.).

Źródłem moralności o. i wiązania w sumieniu jest obowiązek szacunku i miłości do społeczności, która jest naturalnym środowiskiem działania człowieka i jego koniecznym warunkiem. Stąd słusznie o. narodowe wiążą w sumieniu (J. Woroniecki). Również Tradycja Kościoła nosi na sobie znamię o. wiążącego wiernych w sumieniu, stosownie do słów Gracjana: „[...] *praevaricatores legum divinarum, ita et contemptores consuetudinum ecclesiasticarum coercendi sunt*” („[...] pohamowywać należy występujących przeciw prawom Boskim, podobnie jak tych, którzy gardzą zwyczajami przyjętymi w Kościele” – zob. tamże). Istnieje więc wewnętrzne sprzężenie prawa i o. Prawo może (i powinno) likwidować zło o. i przeciwnie, o. może wskazywać na zło lub bezużyteczność stanowionego prawa. Zdanie Tacyta: „*leges sine moribus vanae proficiunt*” („nic nie jest warte prawo tam, gdzie nie ma obyczaju”) podkreśla to dwojakie uporządkowanie życia społecznego: przez prawo (od zewnątrz) i przez obyczaj (od wewnątrz). Obie postaci prawa nie mogą być sprzeczne z prawem moralnym (naturalnym). O. dużo głębiej wnika w społeczność niż prawo stanowione, tworząc jednolitość mentalną oraz jednolitość działania, dlatego zniszczenie o. jest bardziej niebezpieczne niż nawet (przejściowo) zło prawo, które wszak można zmienić.

OBYCZAJ A PRAWO. Dla prawników o. należy do form powstawania norm prawnych (prawa zwyczajowego). Organ państwowy rozstrzyga sprawy wg przyjętego zwyczaju w określonej społeczności i ewentualnie sankcjonuje o. przymusem państwowym. Jednak współcześnie wpływ o. na tworzenie norm prawnych w prawie wewnętrznym zanika i jest marginalny. Organy państwowe mogą uznać za obowiązujące normy prawa zwyczajowego o długotrwałej i równomiernej praktyce postępowania, jednak jest to obłożone zastrzeżeniami (np. precyzyjnie określone podmioty, powszechne przekonanie o mocy wiążącej i in.). W prawie wewnętrznym dominująca pozycja prawa zwyczajowego jest już przeszłością.

W prawie międzynarodowym publicznym znaczenie o. (zwyczaju) nadal pozostaje duże i jest on, obok umów, głównym źródłem prawa. Panuje opinia, że odwołanie się do o. jest w tym wypadku najwygodniejszą i najszybszą metodą tworzenia zasad prawnych i norm. Konieczna jest jednak stała praktyka państwowa (obiektywny usus) oraz przekonanie państw, że powszechny usus jest słuszny i tworzy prawo (element subiektywny). Do przekształcenia się o. w obowiązujące prawo konieczne jest przestrzeganie go przez wiele państw – w sposób ciągły i w odpowiednio długim okresie czasu. Współcześnie czas ten nie musi być (jak dawniej) bardzo wieloletni. Mogą też powstawać normy prawa międzynarodowego o zasięgu regionalnym, gdy określona praktyka utrwaliła się w jakimś regionie świata. Element subiektywny jest również ważny, gdyż nie można tworzyć norm prawa międzynarodowego w sytuacji, gdy państwa nie chcą uznać słuszności określonego o. Prawo zwyczajowe ma zastosowanie w wielu dziedzinach prawa międzynarodowego (morskiego, dyplomatycznego, lotniczego, kosmicznego). Istnieją wszak o. międzynarodowe, które prawem się nie stają. Są to tzw. kurtuazje czy grzeczności (np. składanie wieńców na grobie nieznanego żołnierza, wizyty prezydenta wraz z małżonką, uczestnictwa głów państw w ważnych wydarzeniach kulturalnych, religijnych i in.). Wyróżnia się również o. parlamentarne i zwyczaje konstytucyjne.

O. W. Holmes, *The Common Law*, Bs 1881, New Brunswick 2004; R. von Ihering, *Der Zweck im Recht*, I–II, L 1883–1884, 1923⁸, Hi 1970; W. Jaeger, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, I–III, B 1934–1947, 1959⁴ (*Paideia. Formowanie człowieka greckiego*, I–II, Wwa 1962–1964, 2001); N. Elias, *Über den Prozess der Zivilisation*, I–II, Bas 1939, F 1997 (*Przemiany obyczajów w cywilizacji Zachodu*, Wwa 1980); B. Malinowski, *Prawo, zwyczaj, zbrodnia w społeczności dzikich* (tłum. J. Obrębski), Wwa 1939, 2001; Woroniecki KEW I; F. H. Wight, *Manners and Customs of Bible Lands*, Ch 1953 (pod nowym tytułem: *The New Manners and Customs of Bible Times*, Ch 1987; *Obyczaje krajów biblijnych*, Wwa 1998, 2001³); K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, Wr 1964, Dor 1993²; K. Dobrowolski, *Teoria procesów żywiołowych w zarysie*, Kr 1973; J. Jaworski, *Tradycje siłą narodu*, Lo 1975; *Elementy socjologii prawa. Wybór tekstów*, V: *Prawo*

zwyczajowe (oprac. A. Kojder, [i in.]), Wwa 1991; J. Grad, *O. a moralność. Próba metodologicznego uporządkowania badań dotyczących*, Pz 1993; G. Górski, *Common law w epoce wielkich kodyfikacji prawa. Przyczynek do roli i miejsca kodyfikacji w dziejach dziewiętnastowiecznej Europy i Ameryki Północnej*, Prawo, Administracja, Kościół 2 (2001) z. 1, 34–42.

Krzysztof Wroczyński