

JERZY JAKUBOWSKI

ROLA ZWYCZAJU HANDLOWEGO W POLSKIM HANDLU ZAGRANICZNYM

UWAGI OGÓLNE

Obserwacja wykazuje, że znaczenie zwyczaju jest w handlu międzynarodowym bardzo poważne¹. Niektórzy autorzy² przypisują zwyczajowi nawet znaczenie pierwszoplanowe.

Na wstępie wypada zaznaczyć, co w niniejszym artykule rozumie się przez zwyczaj. *Zwyczajem jest dla nas (definicja projektująca, syntetyczna³) taki sposób postępowania, który wykazuje pewną powtarzalność w postępowaniu określonych ludzi lub ich grup, a nie został przez nikogo „wydany”, „ustanowiony”. W jaki sposób rodzi się zwyczaj, wyjaśnia Oskar Lange: „Stałe powtarzanie określonego działania rodzi przyzwyczajenie, rutynę, tj. tendencję do dalszego powtarzania działania w ten sposób jak dotychczas”⁴.*

Wśród zwyczajów można wyróżnić różne typy. Dokonując klasyfikacji zwyczajów, trzeba zawsze jasno uświadamiać sobie kryterium użyte jako podstawa podziału. I tak inny będzie wynik zastosowania kryterium dziedziny życia, w której zwyczaje występują, inny przy użyciu kryterium przestrzennego zasięgu ich rozpowszechnienia, inny w razie zastosowania kryterium osobowego zasięgu rozpowszechnienia, jeszcze inny w wypadku użycia kryterium mocy wiążącej itp. Trzeba sobie przy tym zdawać sprawę, iż każda typologia w ten sposób uzyskana nosi charakter pewnego modelu teoretycznego i że „żadna typologia nie jest w stanie ogarnąć wszystkich elementów rzeczywistości”⁵.

¹ Na przyczyny tego stanu rzeczy wskazuje J. Zieleniewski, por. J. Zieleniewski, S. Szczypiorski, *Zasady organizacji i techniki handlu zagranicznego*, Warszawa 1961, s. 385 i n.

² Np. H. K. Leistriz, *Die definierten Lieferklauseln des internationalen Warenhandels*, wyd. 4, Kolonia 1959, s. 36.

³ Por. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Poznań 1959, s. 36; T. Kotarbiński, *Elementy teorii poznania, logiki formalnej i metodologii nauk*, wyd. 2, Wrocław—Warszawa—Kraków 1961, s. 60—61.

⁴ O. Lange, *Ekonomia polityczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1959, s. 38.

⁵ Z. Bauman, *Zarys socjologii. Zagadnienia i pojęcia*, Warszawa 1962, s. 50.

Jeżeli idzie o podział zwyczajów z punktu widzenia dziedziny życia, w której występują, to w tej pracy interesują nas wyłącznie *zwyczaje handlowe*, i to tylko takie zwyczaje handlowe, *które odnoszą się do wzajemnego stosunku stron kontraktów w handlu międzynarodowym*. Zwyczaje takie można podzielić na *ogólnohandlowe* (jak np. formuły c.i.f., f.o.b. itp.) i *branżowe* występujące w handlu określonym rodzajem towaru (np. w handlu owocami cytrusowymi).

Co się tyczy podziału z punktu widzenia osobowego zasięgu rozpowszechnienia, to w niniejszym artykule interesują nas tylko *zwyczaje dotyczące stosunków handlowych między kupcami*. Do podziału pod kątem widzenia przestrzennego zasięgu rozpowszechnienia wrócimy w dalszej części pracy. Natomiast bliżej zajmiemy się teraz kwestią mocy wiążącej zwyczajów handlu międzynarodowego.

MOC WIĄŻĄCA ZWYCZAJU HANDLOWEGO

Problem mocy wiążącej zwyczaju, nader trudny i zawikłany, rzutu-jący poniekąd na zagadnienie jego „istoty”, można rozpatrywać z różnych punktów widzenia. W niniejszej pracy będziemy się starali traktować go czysto użytkowo, ad usum temati. Tym niemniej jednak nie da się uniknąć pewnych dygresji natury ogólnej. Należy przy tym zaznaczyć, że problem ciągle jeszcze czeka na opracowanie, ale może ono nastąpić tylko przy autonomicznym potraktowaniu go i to koniecznie na podstawie integracji zainteresowanych dyscyplin: logiki, prakseologii, socjologii, teorii moralności, antropologii społecznej, prawoznawstwa w ogóle i ogólnej teorii prawa w szczególności.

Zwyczaje występujące przy sprzedaży w handlu międzynarodowym mają z punktu widzenia mocy wiążącej różny charakter, przy czym zastrzec się trzeba, że charakter tego samego zwyczaju nie jest niezmienny zależąc od okoliczności zastosowania się do niego czy zastosowania go, jak miejsce, czas, podmiot, przedmiot, postawa sędziego. Zwyczaje te można podzielić na następujące kategorie (w odniesieniu do stosunku umownego S):

I. Zwyczaje, które — jeżeli strony nie włączyły ich do umowy — nie mają znaczenia dla danego stosunku umownego, bo nie są przez nikogo traktowane ani jako wzór powinnego zachowania, ani jako ocena (*zwyczaje faktyczne*). Chodzi tu o takie sposoby zachowania, które przy sprzedaży w handlu międzynarodowym bywają przestrzegane, ale nie stanowią wiążącego wzoru zachowania ani podstawy oceny zachowania już zrealizowanego.

II. Zwyczaje, które stanowią wzór powinnego zachowania albo podstawę oceny zachowania z punktu widzenia określonego środowiska handlowego, ale którym państwo takiego charakteru nie przyznaje

(zwyczaje korporacyjne). Niezastosowanie się do takiego zwyczaju przez strony określonej umowy może pociągnąć za sobą reakcje ujemną ze strony tego środowiska.

III. Zwyczaje, których organy państwa wprawdzie nie traktują jako wiążących wzorów zachowania, ale stosują jako podstawę oceny zachowania już zrealizowanego, jako podstawę rozstrzygnięcia sprawy (zwyczaje dyspozytywne). Uzasadnienie zastosowania bywa różnorakie, najczęściej jedno z dwojga:

1. zwyczaj został zastosowany dlatego, że uznany jest za wiążący w takiej właśnie sytuacji, jak rozpatrywana, przez określone grono ludzi, do którego należą kontrahenci;

2. zwyczaj został zastosowany dlatego, iż przyjmuje się, że gdyby kontrahenci pomyśleli o tej sprawie przy zawieraniu umowy, zamieściliby w umowie postanowienie takiej właśnie treści, bo taka praktyka się zwyczajowo utarła.

Uzasadnienie a) można określić jako teorię obiektywną, a uzasadnienie b) jako teorię subiektywną⁶.

Uzasadnienie zastosowania nie jest przy tym pozbawione praktycznej wagi, jako że przyjęcie fikcji woli stron pociąga za sobą uznanie konieczności znajomości przez strony danego utartego sposobu postępowania, inaczej niż przy pierwszym uzasadnieniu, opartym na założeniu, że należąc do określonego środowiska, kontrahenci powinni znać przyjęte w nim sposoby postępowania.

IV. Zwyczaje, które traktowane są przez państwo czy to w ustawodawstwie, czy w praktyce organów państwa za wzór powinnego zachowania, wymagające bezwzględnego podporządkowania się (zwyczaje imperatywne). Trzeba przy tym podkreślić, że w handlu międzynarodowym zwyczaje takie są rzadkie.

Stwierdzenie, jaki charakter przysługuje określanemu zwyczajowi w odniesieniu do określonego stosunku umownego, jest możliwe (co nie znaczy, że łatwe) tylko względem konkretnej sytuacji.

W prawoznawstwie często zadaje się pytanie, jakie spośród zwyczajów są normami prawnymi. Ten właśnie problem, bardzo trudny i nie zawsze prawidłowo stawiany, spowodował zaciemnienie problemu funkcji i działania zwyczaju handlowego. Co innego bowiem pytać, jaką funkcję spełnia zwyczaj, a co innego zastanawiać się nad pytaniem, czy jest on normą prawną, czy nie.

Chcąc odpowiedzieć na pytanie, jakie ze zwyczajów są normami prawnymi, trzeba naprzód rozporządzać kryterium odróżniającym normy

⁶ Por. H. Trammer, *Stosowanie krajowych zwyczajów handlowych w obrocie międzynarodowym*, załącznik do „Wiadomości Handlu Zagranicznego” 1955, nr 5, s. 2.

prawne od innych wzorów zachowania. Tymczasem różni autorzy stosują różne kryteria, co musi prowadzić do rozbieżności wyników. Stąd inaczej klasyfikuje wzory postępowania Kant (normy heteronomiczne i autonomiczne), inaczej M. Weber⁷, inaczej Petrażycki (normy roszczeniowe i bezroszczeniowe)⁸, Duguit (normy społeczne: ekonomiczne, prawne i moralne), Malinowski⁹ itd.

Dla nas kryterium odróżnienia norm prawnych od innego rodzaju wzorów postępowania jest stosunek państwa do danej normy. Kryterium to jest dość powszechnie przyjęte w teorii marksistowskiej¹⁰. W zastosowaniu do zwyczajowych wzorów zachowania koncepcja ta za normy prawne uznaje te z nich, które są stosowane przez organy państwa¹¹. Kryterium to spotykamy również w pozytywistycznych kierunkach prawoznawstwa niemarksistowskiego, jak pozytywizm niemiecki, szkoła analityczna Austina w prawoznawstwie anglosaskim, pozytywizm francuski powiązany z tzw. szkołą egzegezą oraz u współczesnych zwolenników tych kierunków.

Prócz norm prawnych istnieją inne normy postępowania: moralne, obyczajowe, towarzyskie ...¹².

W ten sposób rozporządzamy kryterium odróżnienia norm prawnych od innych wzorów zachowania. Jest nim istnienie w wypadku normy prawnej — korelacji między nią a państwem. Kryterium to jest jednak na tyle ogólnikowe, że wymaga konkretyzacji, która nie przychodzi łatwo. Wypracowanie szczegółowych wskazówek konkretyzacyjnych wykracza poza ramy zakreślone tematem, toteż ograniczymy się do próby takiej konkretyzacji w odniesieniu do zwyczajów w handlu międzynarodowym, przy użyciu wyżej podanej klasyfikacji takich zwyczajów. Oczy-

⁷ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, t. I: Tybinga 1956, s. 15—17, t. II: s. 187—189.

⁸ L. Petrażycki, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, t. I, Warszawa 1960, s. 350 i n.

⁹ B. Malinowski, *Szkice z teorii kultury*, Warszawa 1958, s. 311—348.

¹⁰ Por. M. A. Arżanow, *Gosudarstwo i prawo w ich sootnoszenii*, Moskwa 1960, s. 16. Szczegółową analizę zagadnienia cech swoistych norm prawnych i ich miejsca w systemie wzorów zachowania przeprowadza P. J. Niedbajło, *Primienienie sowiet-skich prawowych norm*, Moskwa 1960, s. 18—61. Por. też Z. Bauman, op. cit., s. 209.

¹¹ Por. A. Wolter, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1955, s. 58; S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1962, s. 49—50; L. Łustacz, *Elementy ogólnej teorii źródeł prawa*, Warszawa 1960, s. 20 (skrypt UW). H. Batiffol (*La philosophie du droit*, Paryż 1960, s. 42—43), sądzi również, i uznaje ten pogląd za panujący, iż charakter prawny zwyczajowych wzorów zachowania zależy „od prawdopodobieństwa ich usankcjonowania przez ustawę lub sądy”.

¹² Por. M. Ossowska, *Podstawy nauki o moralności*, wyd. 2, Warszawa 1957, s. 278—305; S. Baley, *Wprowadzenie do psychologii społecznej*, Warszawa 1959, s. 41—78.

wiecie ani zwyczaje faktyczne, ani zwyczaje korporacyjne nie mogą być uznane za normy prawne. Zwyczaje imperatywne są na pewno normami prawnymi. Istotna trudność zachodzi jedynie przy przyporządkowaniu zwyczajów dyspozytywnych, co do których istnieje wątpliwość, czy są, czy też nie są normami prawnymi. Wydaje się jednak, że z punktu widzenia praktycznego problem jest pozorny, jako że niezależnie od faktu, czy zaliczymy je do kategorii norm prawnych, czy też do innej kategorii wzorów postępowania, organy państwa traktują je jednakowo: jako podstawę rostrzygnięcia sprawy *ex post*, a nie jako wzór powinnego zachowania, przy czym woli stron przyznają przed nimi pierwszeństwo. Zachodzi tu duża analogia do *ius dispositivum* ustaw, co wywołuje nowe zagadnienie, a mianowicie czy przepisy dyspozytywne ustaw są normami prawnymi przy przyjęciu tzw. trójelementowej struktury normy prawnej¹³. Z rozstrząsania tego zagadnienia w tym miejscu musimy — rzecz jasna — zrezygnować.

Tylko zwyczaje imperatywne są z punktu widzenia państwa bezwzględnie obowiązujące dla stron. W konkretnej sytuacji i zwyczaj należący do którejś z pozostałych kategorii może się stać wiążący dla strony; nabiera takiego charakteru, jeżeli kontrahenci włączyli go w ramach tzw. autonomii woli stron do umowy czy to w drodze *inkorporacji* (zamieszczenia w umowie postanowienia treści identycznej z treścią zwyczaju), czy też poprzez *interpolację* (powołanie się na niego w umowie). Podporządkowany jest on wówczas zasadom prawnym regulującym charakter prawny woli stron. Szczególnie zbawienna jest inkorporacja i interpolacja dla zwyczajów faktycznych i korporacyjnych, które stają się tą drogą wiążące dla stron z punktu widzenia państwa. W odniesieniu do zwyczajów uznanych przez państwo, ale wyposażonych w charakter dyspozytywny, działa ona w ten sposób, że „podnosi” je jak gdyby ze stopnia wzoru oceny *ex post* do stopnia wzoru zachowania bezwzględnie obowiązującego.

Przeprowadzone przez nas wyżej zróżnicowanie zwyczajów daje podstawę do twierdzenia, iż nie podobna ich wszystkich pomieścić w jednej definicji, która by za podstawę podziału przyjęła moc wiążącą. Dlatego definicja przyjęta przez Jana Zieleniewskiego¹⁴: „zwyczaj handlowy jest to sposób postępowania na tyle powszechny w danym gronie ludzi, że ludzie należący do tego grona uważają, iż tak właśnie należy postępować”, jest na tyle wąska, że wyklucza zwyczaj czysto faktyczny. Także Josef Hellauer zdaje się zawęzać pojęcie zwyczaju handlowego, który

¹³ Dyskusję o strukturze normy prawnej, która toczyła się na łamach „Państwa i Prawa” przez okres kilku ostatnich lat, omawiają: J. Śmiałowski, W. Dang, A. Delorme, *Z zagadnień nauki o normie prawnej*, Warszawa 1961.

¹⁴ J. Zieleniewski, S. Szczypiorski, *op. cit.*, s. 389.

według niego jest „takim sposobem postępowania przyjętym między kupcami w ich działalności handlowej, że odstępstwo od niego trzeba traktować jako wyjątek”¹⁵.

Inaczej, od strony raczej pragmatycznej, podchodzą do tego „Reguły warszawsko-oksfordzkie transakcji CIF” (XXI, 1, reguła I), traktując jako zwyczaj (a więc jest to definicja projektująca) „ustalony zwyczaj na tyle powszechny w danej gałęzi handlu, że trzeba przyjąć, iż kontrahenci wiedzieli o jego istnieniu i brali go pod uwagę przy zawieraniu umowy”.

Uwzględniając powyższe, wydaje się przeto, że do definicji zwyczaju nie powinno się wprowadzać kwestii jego mocy wiążącej. Taką wyzbyta tego elementu definicją jest np. definicja O. Langego: „Zespół działań, które są wykonywane z przyzwyczajenia, działań, które cechuje rutyna, nazywamy *zwyczajem*”¹⁶, z tym zastrzeżeniem jednak, że definicja ta zwyczajem nazywa nie sposób działania, sposób postępowania, ściślej: zasadę wskazującą jak się ma postąpić, lecz samo to działanie, samo zachowanie. Interesująca jest definicja Henryka Trammera, który przez zwyczaj rozumie przez dłuższy czas stosowaną w obrocie praktykę łączącą się z przeświadczeniem o potrzebie jej stosowania¹⁷. Nie mówi się tu o „powinności”, lecz o „potrzebie” stosowania. Nasza definicja zwyczaju handlowego przy sprzedaży w handlu międzynarodowym brzmieć będzie: zwyczajem handlowym odnoszącym się do zachowania względem siebie stron kontraktów w handlu międzynarodowym jest sposób postępowania, którego powtarzalność w takich stosunkach wykazuje obserwacja. Jest zagadnieniem odrębnym, czy taki wzór zachowania jest wiążący. W definicji tej kwestii pomieścić nie można, bo są zwyczaje, które nie są wiążące w ogóle, inne są wiążące, ale ich moc wiążąca nie jest jednakowa, bo zależy od jej „patrona”.

Zwyczaje handlowe występujące w handlu międzynarodowym mają więc z punktu widzenia mocy wiążącej różny walor. Stwierdzenie tego waloru w odniesieniu do konkretnego zwyczaju może nastąpić tylko w drodze konkretnych badań empirycznych.

Niektórzy autorzy¹⁸ rozróżniają zwyczaje i uzanse. Uzansami nazywają zwyczaje sformułowane i ogłoszone przez miarodajne grono osób. Trudno dopatrzeć się między nimi różnicy z punktu widzenia mocy

¹⁵ J. Hellauer, *Welthandelslehre*, Wiesbaden 1954, s. 254. Analogiczne określenie spotykamy u W. Luithlena, *Einheitliches Kaufrecht und autonomes Handelsrecht*, Fryburg 1956, s. 30.

¹⁶ O. Lange, op. cit., s. 38.

¹⁷ H. Trammer, op. cit., s. 1.

¹⁸ Np, W. Luithlen, op. cit., s. 34–35; J. Zieleniewski, S. Szczypiorski, op. cit., s. 394.

wiążące¹⁹. Trzeba przy tym uwzględnić zresztą, że często tego rodzaju uzanse są w chwili ogłoszenia nie praktykowane, a dopiero potem przyjmują się w praktyce. Tak dzieje się niekiedy z ogólnymi warunkami transakcji jakiegoś wpływowego zrzeszenia branżowego²⁰.

Problemy, nad którymi zatrzymaliśmy się, są w prawoznawstwie przedmiotem wielu dyskusji i kontrowersji²¹. Zwykle zresztą rozważania w tym zakresie przeradzają się w rozstrząsania o „istocie” zwyczaju w ogóle. Literatura jest w tym przedmiocie niezmiernie bogata, zwłaszcza w języku niemieckim; równie uderzający jest brak zgodności poglądów autorów wypowiadających się w tej materii. To sprawia, że niekiedy zarzuca się jej rozdmuchiwanie tego problemu. Adolf F. Schnitzer wyraża poważny sceptycyzm co do wartości wyników badań w tej dziedzinie²². Rozstrząsaniem prawoznawstwa niemieckiego przeciwstawia empirystyczną powściągliwość prawoznawstwa angielskiego, które wszak powinno mieć więcej bodźców obiektywnych do zajmowania się tymi zagadnieniami. Najlepszym przewodnikiem po labiryncie poglądów w tym przedmiocie jest cenna praca Franciszka Studnickiego, *Działanie zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*²³. W swej części pierwszej książka ta zawiera omówienie teorii dotyczących „istoty” zwyczajowych wzorów zachowania oraz ich krytyczny rozbiór.

Poglądy F. Studnickiego w zakresie omawianej problematyki przedstawiają się następująco: „Zwyczaj (sensu largo) jest to zjawisko polegające na tym, że w pewnym, odpowiednio szerokim kole ludzi przez

¹⁹ W biuletynie Polskiej Izby Handlu Zagranicznego pt. „Zwyczaje i klauzule (opinie) w polskim handlu morskim”, nr 1, Warszawa 1952, stwierdza się, że „wyrażenie »zwyczaj« i »usus« (handlowy lub portowy) są równoznaczne”.

²⁰ Por. J. Nykryn, K. Heřman, K. Stepan, F. Heiduschat, *Organisation und Technik des Aussenhandels*, wyd. 2, Berlin 1957, s. 350.

²¹ Por. W. Ludwiczak, *Między normą kolizyjną a prawem jednolitym*, „Ruch Prawniczy i Ekonomiczny” 1958, nr 1, s. 61.

²² A. F. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, t. II, wyd. 2, Bazylea 1961, a 436. M. Rümelin (*Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung*, Tybinga 1929, s. 7), sądzi również, że literatura na ten temat jest niezadowolająca, a poszczególne teorie sprzeczne wewnątrznie. Analogiczne zapatrywanie wyraża J. Esser, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates*, Wiedeń 1949, s. 119.

²³ Kraków 1949. Teorie te analizuje również L. Petrażycki, *Zagadnienia prawa zwyczajowego*, tłum. J. Sunderland, Warszawa 1938, s. 13 i n. i *Teoria prawa i państwa ...*, t. II, s. 353—386. Problemy te rozwija jeden z wybitnych przedstawicieli szkoły E. Durkheima, H. Lévy-Bruhl w *Aspects sociologiques du droit*, Paryż 1955, s. 49—52 i w *Sociologie du droit*, Paryż 1961, s. 41. Por. też M. S. Pintor, *Refléxions au sujet de la coutume en droit interne*, w: *Introduction à l'étude du droit compare-Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. I, Paryż 1938, s. 372—382, i H. Capotant, *Wstęp do nauki prawa cywilnego*, z wyd. 5 tłum. S. Tylbor, Warszawa 1938, s. 41 i n.

dłuższy czas przestrzega się pewnego postępowania. Przez określenie «przestrzega się» rozumiem tu stosowanie pewnego postępowania w mniej lub więcej wyraźnym poczuciu, że czyni się przez to zadość jakiejś zasadzie"²⁴. W tym szerokim pojęciu zwyczaju mieści się zarówno pojęcie prawa zwyczajowego, jak i pojęcie zwyczaju w znaczeniu węższym²⁵. Przemiana zwyczaju w prawo zwyczajowe odbywa się płynnie²⁶. „To samo zjawisko z chwilą przekroczenia pewnej granicy natężenia zmienia charakter, przemieniając się ze zwyczaju w prawo zwyczajowe. Uchwycenie tej granicy, zwłaszcza in abstracto i przy użyciu kryteriów, które miałyby istotne i sprawdzalne znaczenie dla dogmatyka, jest, o ile można sądzić, nieosiągalne. Te nieliczne i zawodne wskaźniki, które opracowała dotąd nauka prawa, mogą wprowadzić stanowić pomoc przy rozważaniu konkretnych sytuacji, nie rozwiązują jednak samego zagadnienia. Niewątpliwie najwartościowszym z tych wskaźników jest wytworzenie się *stałej praktyki* władz stosujących normę, która powstała w drodze zwyczajowej"²⁷.

Wydaje się, że poglądy, które zademonstrowaliśmy wyżej, w wielu punktach współbrzmia z poglądami Studnickiego.

WŁAŚCIWOŚĆ MIEJSCOWA ZWYCZAJU

Z dotychczasowych rozważań wynika, że ostatecznie o charakterze zwyczaju decyduje państwo. Czy określony zwyczaj zostanie uznany za bezwzględnie obowiązujący strony, czy za podstawę rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, czy zwyczaj nie uznany w takim charakterze przez państwo (zwyczaj korporacyjny lub faktyczny), określa państwo w ustawodawstwie bądź orzecznictwie sądowym. Skoro z kolei na globie ziemskim istnieje wiele państw, stosunek organów państwa do zwyczajów w ogóle i do określonego zwyczaju w określonej sprawie musi wykazywać różnice. Dlatego w obrocie międzynarodowym zagadnieniem pierwszego rzędu jest stwierdzenie, który system prawny ma na to pytanie odpowiedzieć²⁸.

²⁴ F. Studnicki, op. cit., s. 51—52.

²⁵ Ibidem, s. 52.

²⁶ Ibidem, s. 54.

²⁷ Ibidem, s. 54.

²⁸ Toteż trudno się zgodzić z Maciejem Krzyżanowskim (*Reguły sprzedaży CIF w handlu zamorskim*, Gdynia 1961, s. 15), gdy pisze: „W zasadzie jednakże ze względu na międzynarodowy charakter zasad sprzedaży c. i. f., a w szczególności zawartych w nich zwyczajów międzynarodowego obrotu handlowego, istnieje ograniczona możliwość powstania kolizji”, albowiem stosowanie zwyczajów, również o międzynarodowym zasięgu rozpowszechnienia, zależy od prawa rządzącego umową. Por. D. F. Ramzajcew, *Dogovor kupli-prodaży wo wniesznej torgowle SSSR*, Moskwa 1961, s. 60 i W. S. Pozdniakow, *Istoczniki prawa, riegulirujuszczyje odnosze-*

Problem ten nie nastęrcza trudności. Powszechnie przyjmuje się, i to zarówno w teorii, jak i w praktyce, iż i w tej kwestii miarodajny jest system prawny rządzący danym stosunkiem umownym. Rozwiązanie to zresztą narzuca się samo.

Trzeba jednak stwierdzić, że w ten sposób rozstrzygamy dopiero kwestię wstępną, a mianowicie kwestię, jaki walor przypisać zwyczajom. O tym to decyduje prawo właściwe dla umowy. Rozstrzygnięcie tej kwestii nie pozwala nam jeszcze odpowiedzieć na pytanie, który zwyczaj ma mieć zastosowanie do danego stosunku umownego. Zanim do tej sprawy przejdziemy, musimy poświęcić nieco uwagi przestrzennemu zasięgowi rozpowszechnienia zwyczajów.

Jest rzeczą znaną, że przestrzenny zasięg rozpowszechnienia zwyczajów jest różny, z tym zastrzeżeniem jednak, że rzadko obejmuje cały świat. Są zwyczaje przyjęte w jednej miejscowości (zwyczaje portowe, giełdowe), inne są rozpowszechnione w określonym regionie pewnego obszaru państwowego, jeszcze inne rozpowszechnione są na całym terytorium państwa albo nawet na obszarze kilku państw. To sprawia, że w tej samej kwestii istnieją jednocześnie zwyczaje rozwiązujące ją różnie, a niekiedy w sposób przeciwstawny.

Jak wspomnieliśmy, system prawny rządzący umową rozstrzyga nam kwestię, jakie znaczenie i funkcje mogą mieć zwyczaje w danej sprawie, bo zależy to od tego właśnie systemu prawnego, ale kwestia, który zwyczaj znajduje zastosowanie, pozostaje nadal otwarta. Rozstrzygnięcie kwestii, jakie prawo rządzi danym stosunkiem umownym, jest zarazem rozstrzygnięciem, które ze zwyczajów mają do umowy zastosowanie tylko odnośnie do zwyczajów, których zasięg przestrzenny pokrywa się z obszarem obowiązywania tego systemu prawnego. Ma to jednak miejsce nieczęsto, zazwyczaj przestrzenny zasięg zwyczaju jest węższy (tzw. zwyczaje miejscowe i regionalne) albo szerszy (tzw. zwyczaje międzynarodowe) niż przestrzenny zasięg obowiązywania systemu prawnego.

*nija sowieckich wniesznietorgowych organizacyj, w: Prawowe riegulirowanie wnieszniej towrowli SSSR, pod red. D. M. Gienkina, Moskwa 1961, s. 17, Jeżeli w praktyce handlu międzynarodowego odwoływane się poprzez międzynarodowe prawo prywatne do prawa któregoś z państw nie jest regułą w każdej kwestii, to dzieje się tak nade wszystko dlatego, że w ramach autonomii stron podmioty handlu międzynarodowego dość szczegółowo określają treść swoich praw i obowiązków i częściowo skutki ich naruszenia, a także, że procesowanie się nie jest częste, a jeśli już dochodzi do procesu, odbywa się on w arbitrażu, Rozstrzyganie sporów z handlu międzynarodowego w drodze arbitrażu jest regułą znającą nieliczne wyjątki, także w polskim handlu zagranicznym; por. J. Jakubowski, *The Settlement of Foreign Trade Disputes in Poland*, „International and Comparative Law Quarterly” 1962, nr 3, s. 806.*

Postaramy się wydzielić kilka dyrektyw, które mogłyby nam służyć do określenia właściwości zwyczaju.

Mamy stosunek umowny S podporządkowany systemowi prawnemu P. Ten system prawny określa moc wiążącą zwyczajów w odniesieniu do stosunku S. Znając prawo właściwe wiemy zarazem, że do tego stosunku umownego stosują się odpowiednie zwyczaje przyjęte na całym obszarze obowiązywania systemu prawnego P. Będą to przede wszystkim, ale nie tylko, zwyczaje imperatywne, tj. tzw. prawo zwyczajowe. Spośród zwyczajów międzynarodowych stosują się do stosunku S te z nich, których zasięg przestrzenny obejmuje również obszar systemu prawnego P. Natomiast dla zwyczajów miejscowych i regionalnych trzeba znaleźć odpowiednie łączniki. Pojawiają się znów łączniki *loci actus, loci executionis, fori* itp. Kwestię właściwości zwyczajów miejscowych i regionalnych rozstrzyga w poszczególnych państwach bądź ustawodawstwo (rządziej), bądź orzecznictwo sądowe.

Jest rzeczą znaną, że szczególna doniosłość w handlu międzynarodowym przysługuje zwyczajom międzynarodowym. Wydzielając taką kategorię zwyczajów nie mamy na myśli przestrzennego zasięgu obowiązywania takich zwyczajów²⁹, lecz tylko ich przestrzenny zasięg rozpowszechnienia. Przy takim ujęciu nie podobna negować istnienia zwyczajów międzynarodowych. Pewne zwyczaje przyjęte w środowisku handlowym określonego kraju nabrały z biegiem czasu — czy to przez wzgląd na znaczenie tego środowiska w handlu światowym, czy to dzięki swej użyteczności, a najczęściej dzięki różnym czynnikom jednocześnie — waloru międzynarodowego. Niektóre zwyczaje rodziły się spontanicznie, równolegle w różnych krajach, wykazując różnice nieznaczne i dzięki uniformizacyjnej roli wymogów pewnych przebiegów życiowych mogły się z czasem pozbyć tych różnic i stać międzynarodowymi.

Poważną rolę w tym procesie „internacjonalizacji” zwyczajów handlu międzynarodowego odgrywają pewne organizacje międzynarodowe, jak np. Międzynarodowa Izba Handlowa (Chambre du Commerce Internationale — MIH) w Paryżu czy Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego (International Law Association — SPM). Ponieważ jednak proces internacjonalizacji w ramach tych organizacji przebiega zwykle poza organizacjami państwowymi, jest więc tylko internacjonalizacją rozpowszechnienia, a nie internacjonalizacją obowiązywania. Tak np. było z Regułami Warszawsko-Oksfordzkimi, odnoszącymi się do sprzedaży na bazie c. i. f., uchwalonymi przez SPM na sesji w Warszawie w 1928 r.

²⁹ Pojęcie przestrzennego zasięgu obowiązywania odnośnie do przepisów prawnych rozwijam w pracy pt. *Refleksje o wieloznaczności pojęcia terytorialności w teorii międzynarodowego prawa prywatnego*, Studia Cywilistyczne, nr 3, Kraków 1963.

i zmodyfikowanymi na sesji w Oksfordzie w 1932 r.³⁰. Tak było też z „Międzynarodowymi regułami wykładni formuł handlowych” (znanymi pod skrótami Incoterms) opracowanymi przez MIH (wersja I — 1936, wersja II — 1953). Reguły warszawsko-oksfordzkie nie przyjęły się w praktyce handlu międzynarodowego, uważane są natomiast przez naukę za dzieło wysokiej precyzji myśli prawniczej i gruntowności opracowania³¹, natomiast praktyczna rola Incoterms 1953 jest we współczesnym handlu międzynarodowym doniosła³². Tak Reguły warszawsko-oksfordzkie, jak i Incoterms mają charakter prywatnych kodyfikacji, z jednoczesną unifikacją pewnych zwyczajów o charakterze ogólnohandlowym, międzybranżowym, występujących w zakresie tzw. bazy dostawy, z tym zastrzeżeniem, że Reguły dotyczą tylko bazy c. i. f., a Incoterms i innych rozwiązań (ex works, f. o. r. — f. o. t., f. a. s., f. o. b., c and f, c i, f, freight or carriage paid to..., ex ship, ex quay)³³. Zarówno Reguły, jak i Incoterms opierają się na dotychczasowej praktyce handlu międzynarodowego. Rozwiązania w tym zakresie nie były w nim wszakże jednolite. MIH dokonała — na podstawie przeprowadzonej przez swoje komitety krajowe ankiety — zestawienia przyjętych w poszczególnych krajach, regionach i miejscowościach wykładni formuł odnoszących się do bazy dostawy³⁴. Jak wspomnieliśmy, rozpowszechnienie Incoterms 1953 jest we współczesnym handlu międzynarodowym bardzo znaczne³⁵. Także w polskim handlu zagranicznym

³⁰ Okoliczności ich powstania omawia M. Krzyżanowski, op. cit., s. 43—45. Polskę reprezentował Leon Babiński.

³¹ Por. J. Zieleniewski, S. Szczypiorski, op. cit., s. 421.

³² Np. firmy eksportowe NRF zawierają dziś kontrakty sprzedaży przeważnie z powołaniem się na nie, por. W. Spiess, *Die Incoterms 1953, ihre Bedeutung für die deutsche Gütertransportversicherung*, Essen 1958, s. 11.

³³ Por. A. Ohanowicz, J. Górski, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Poznań 1959, s. 23. Pierwszy polski przekład Incoterms 1953 ukazał się nakładem Polskiej Izby Handlu Zagranicznego w 1954 r.; z powodu potrzeby korektur PIHZ wydała w 1960 r. nowe, poprawione tłumaczenie. Polska literatura w przedmiocie zwyczajów handlowych ostatnio wzbogaca się. M. Krzyżanowski wydał cytowaną wyżej książkę o sprzedaży c. i. f., a Kazimierz Niziński przygotowuje pracę o sprzedaży f. o. b. Obu pracom patronował Józef Górski.

³⁴ Takich zestawień dokonano w latach 1923 i 1926 (Termes commerciaux) i 1933 (Trade terms). Historię Termes commerciaux i Incoterms przedstawiają: C. J. Steiger, *Überseehandel*, Bern 1947, s. 1,54—155, U. Scharlibbe, *Incoterms 1953*, Hamburg b. d., s. 4 i n.; F. Eisemann, *Die „Incoterms 1953”, kommentiert und für die Praxis erläutert*, Wiedeń 1954, s. 10; L. Triegler, *Handbuch der Welthandelstechnik*, Wiedeń 1955, s. 279; H. Haage, *Die Vertragsklauseln cif, fob, ab Kai unter Berücksichtigung der Trade Terms*, Heidelberg 1900, s. 8.

³⁵ W pewnych krajach nie przyjęły się, np. w USA (tam stosuje się Revised American Foreign Trade Definitions 1941) i ZSRR, por. D. F. Ramsaitsev, *F. O. B.*

jest ono bardzo poważne, mimo że Polska w zasadzie nie utrzymuje kontaktów z MIH. O tym, jak wielką rolę odgrywają Incoterms 1953 w praktyce polskiego handlu zagranicznego, świadczy fakt, że większość Kontraktów zawieranych przez polskie przedsiębiorstwa handlu zagranicznego z firmami z krajów niesocjalistycznych zawiera powołanie się na nie (interpolacja). Np. pkt 45 formularza kontraktowego „Varimexu” (Warszawa) stanowi, że dla wykładni wyrażeń i skrótów handlowych użytych w kontraktach i korespondencji handlowej miarodajne są Incoterms 1953. Takie samo postanowienie zawierają też m. in.: pkt 15 formularza „Polocoopu” (Warszawa), pkt 16 formularza „Coopeximu” (Warszawa), pkt 2 formularza „Impexmetal” (Warszawa), pkt 3 formularza „Textilimportu” (Łódź). Jest rzeczą znaną, że w Polsce wykładnia formuł f. o. b., c. and f., c. i. f., c. i. f. landed pokrywa się w treści z ujęciem zawartym w Incoterms 1953; tak brzmi uchwała Komisji Prawa Morskiego przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego z 16 XII 1959 r.

MIH wydała też analogiczne jak Incoterms zbiory dotyczące akredytywy dokumentowej: „Jednolite zasady i szanse dotyczące akredytywy dokumentowej” (I wersja — 1933, II wersja — 1951) i „Typowe formy otwierania akredytywy dokumentowej” (1951) oraz inkasa dokumentowego: „Jednolite zasady dotyczące inkasa dokumentowego” (1957). O znaczeniu zbioru 1951 świadczy fakt, iż jest on obecnie przyjęty w praktyce bankowej 58 krajów³⁶.

Internacjonalizację zwyczajów dokonywaną w drodze celowego działania, jak próby opisane wyżej, można określić jako *unifikację*; ponadto zachodzi proces żywiołowego, samorzutnego upodabniania się zwyczajów, który można by nazwać *uniformizacją*. Polega ona na tendencjach uniformizacyjnych wynikających z potrzeb handlu międzynarodowego. Dążności te są bardzo silne³⁷. Im to należy przypisać treść wyżej przytoczonej uchwały Komisji Prawa Morskiego przy PIHZ.

Ani unifikacja, ani uniformizacja nie potrafiły jednak — jak dotąd — sprawić, by utracił znaczenie problem właściwości zwyczaju³⁸. Ich działanie i wyniki są bowiem ograniczone, i to w dwu kierunkach: z jednej strony ograniczone są do niektórych tylko kwestii, z drugiej — mają ograniczony walor z punktu widzenia prawa, jako że przecież przebiegają poza organami państw. Z tych trudności zdaje sobie sprawę MIH,

and C. I. F. in the Practice of the Soviet Foreign Trade Organisations, Journal of Business Law 1959.

³⁶ C. M. Schmitthoff, *The Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, wyd. 4, Londyn 1962, s. 39.

³⁷ Por. D. F. Ramzajcew, op. cit., s. 57.

³⁸ Ibidem, s. 57.

toteż we wstępie do Incoterms 1953 czytamy: „Kupcy, którzy chcą korzystać z niniejszych Reguł, powinni zaznaczyć, że ich umowy podlegają przepisom Incoterms 1953”.

Ta „internacjonalizacja” zwyczajów handlowych nie zmienia faktu, iż prawo rządzące umową rozstrzyga o tym, jakich zwyczajów strony mają przestrzegać w swoich wzajemnych stosunkach, i jakich mogą — wedle swej woli — przestrzegać. Tylko prawo rządzące umową może udzielić odpowiedzi na pytanie, jakie zwyczaje są stosowane przez sąd tego państwa dla oceny stosunku umownego.

Jak wynika z poprzednich rozważań, problem ustalenia właściwości zwyczaju nie jest bynajmniej łatwy. Przyczyny tego stanu rzeczy są wielorakie. Wskazać tu można na niepełne opracowanie systemu łączników oraz na brak precyzji i jednolitości kryteriów określania mocy wiążącej i charakteru zwyczajów. Brakom tym, występującym w ustawodawstwie poszczególnych krajów, tylko w ograniczonej mierze zaradziła praktyka sądowa. Przeto dla uniknięcia niepewności stąd wynikającej najbardziej wskazane jest szerokie korzystanie z autonomii stron i szczegółowe ustalanie praw i obowiązków stron oraz skutków ich niedotrzymania w samej umowie, ewentualne wyraźne powoływanie się w niej na określony zwyczaj. Zasada ta wydaje się dyrektywą bardzo Wskazaną dla polskich przedsiębiorstw handlu zagranicznego, będących wszak silnymi organizacjami handlowymi, które okrzepły do tego stopnia, że mogą prowadzić w miarę korzystną dla siebie politykę w zakresie ustalania ogólnych warunków transakcji. Pozwala na to w zasadzie i obecna obsługa prawna tych przedsiębiorstw. Nie znaczy to bynajmniej, iż w tym zakresie należałoby poprzestać na istniejącym stanie rzeczy: trzeba tę obsługę wzmacniać tak ilościowo, jak i jakościowo. W tym drugim kierunku należy dążyć, by radcowie prawni nie ograniczali się do rutyniarskiego praktycyzmu, jak to się niestety czasami dzieje, lecz starali się kształtować politykę prawną swych przedsiębiorstw. Poza tym trzeba ciągle rozbudowywać studia nad problematyką prawną handlu międzynarodowego³⁹.

Kwestia, czy do kontraktu zawieranego z firmą z kraju kapitalistycznego włączyć określony zwyczaj czy to poprzez inkorporację, czy w drodze interpolacji, musi być rozstrzygana według kryteriów pragmatyczno-celowościowych. Decydować o tym musi, jak w ogóle przy formułowaniu kontraktu, interes polskiej strony, oczywiście nie wąsko pojęty, co może raczej zaszkodzić, np. przez niedojście do skutku skądinąd ko-

³⁹ Por. J. Jakubowski, *Prawoznawstwo a handel zagraniczny*, „Handel Zagraniczny” 1961, nr 3, s. 132—134. Postulaty zawarte w tym artykule poparli prawnicy NRD w słowie wstępnym do skróconego jego przekładu zamieszczonego w nrze 9 z 1961 r, miesięcznika „Recht im Aussenhandel”, s. 6—7.

rzystnej transakcji eksportowej. Słusznie pisze J. Zieleniewski⁴⁰, że „tu więc postawa socjalistycznego przedsiębiorstwa powinna być czysto utylitarna. Gdy dany zwyczaj wydaje mu się korzystny, powinno ono dążyć do przyjęcia go za podstawę wzajemnych stosunków, gdy wydaje się on niekorzystny — można i należy dążyć do innego uregulowania sprawy. Jasna rzecz, że w obu przypadkach dążenie to musi być realizowane z uwzględnieniem rzeczywistej proporcji sił partnerów i z dalekowzrocznym spojrzeniem na potrzebę utrzymania dobrych stosunków z partnerami, którzy równie nam są potrzebni, jak my im”.

Uznawszy zwyczaj za korzystny, należy go włączyć do umowy. Takie włączenie pozwala uniknąć trudności ustalenia, czy określony sposób postępowania jest wiążący czy nie, czy zachodzi jego właściwość w odniesieniu do danej umowy itp. problemów, które — jak to wynika z poprzednich ustaleń — nie są jednolicie rozstrzygane. Unika się również trudności dowodowych. Ustalenie tych kwestii odbywa się zwykle w ten sposób, że sąd (państwowy lub arbitrażowy) zwraca się z odpowiednim pytaniem do biegłych, zrzeszeń zawodowych, izb handlowych itp. Otto Schreiber w swej znanej książce *Handelsbräuche*⁴¹, po zbadaniu obszernego materiału, wskazuje na dowolności występujące z tego względu w praktyce sądowej i arbitrażowej.

ZWYCZAJ HANDLOWY W HANDLU Z KRAJAMI SOCJALISTYCZNYMI

Zwyczaje handlowe nie odgrywają większej roli w handlu między krajami socjalistycznymi. Nie wydaje się, by się zdarzało powoływanie się na nie przez sądy arbitrażowe, w każdym bądź razie nie zdarza się to w praktyce Kolegium Arbitrów przy PIHZ. Natomiast pośrednio oddziaływanie zwyczajów istnieje. Były one jednym ze źródeł, z których czerpano przy opracowywaniu dwustronnych ogólnych warunków dostaw, a potem o. w. d. RWPG 1958. Przejawia się to najwyraźniej w rozdz. II o. w. d. RWPG dotyczącym bazy dostawy. W innych miejscach też, np. przy gwarancji⁴².

ROLA ZWYCZAJU HANDLOWEGO W HANDLU Z INNYMI KRAJAMI

W handlu z innymi krajami znaczenie zwyczajów jest poważne. W konkretnym wypadku zależy ono od systemu prawnego, któremu dana umowa jest podporządkowana. W niniejszym artykule ograniczymy się do krótkiego przeglądu pozycji zwyczaju handlowego w prawie pol-

⁴⁰ J. Zieleniewski, S. Szczypiorski, op. cit., s. 404.

⁴¹ O. Schreiber, *Handelsbräuche*, Mannheim—Berlin—Lipsk 1922, s. 14.

⁴² Por. J. Jakubowski, *System odpowiedzialności w Ogólnych warunkach dostaw RWPG 1958*, „Prawo w Handlu Zagranicznym” 1962, nr 1, s. 25—32.

skim, co do jego pozycji w systemach prawnych krajów kapitalistycznych podajemy w przypisie pewien wybór literatury⁴³.

W obrocie wewnętrznym PRL zwyczaj stracił na znaczeniu w stopniu bardzo znacznym. Zdaniem Aleksandra Woltera, „w obecnym układzie stosunków społeczno-gospodarczych w Polsce znaczenie zwyczaju jako źródła prawa jest zupełnie minimalne”⁴⁴. Podobny pogląd względem prawa zwyczajowego wypowiada Seweryn Szer: „Tendencją prawa socjalistycznego jest ograniczenie możliwości stosowania norm prawa zwyczajowego. Doniosłe przemiany społeczno-gospodarcze w społeczeństwie socjalistycznym znajdują swój wyraz niemal wyłącznie w normach prawa pisanego”⁴⁵. Zapatrywanie takie można chyba też przypisać Janowi Wasilkowskiemu⁴⁶. Pogląd ten wydaje się trafny pod warunkiem ograniczenia jego stosowności do sfery tzw. życia prawnego⁴⁷.

⁴³ Francja: J. Escarra, S. Escarra, J. Rault: *Traité théorique et pratique de droit commercial*, t. I: *Les contrats commerciaux*, Paryż 1953, s. 38 i n.; G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. I, Paryż 1956, s. 101 i n.; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, Paryż 1957, a 96 i n.; R. Houin, *Zwyczaje handlowe w prawie francuskim*, „Studia et Documenta” wydawane przez PIHZ oraz Zakład Cywilistyki Porównawczej i Prawa Międzynarodowego Prywatnego SGPiS nr 22, s. 3 i n. (jest to przekład artykułu zamieszczonego w „Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” 1959, nr 2, tłum. H. T.); R. David, *Le droit français*, t. I, Paryż 1960, s. 152 i n., G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, t. I, Paryż 1961, s. 191 i n.; Belgia: H. die Plage, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruksela 1948, s. 18 i n., J. von Ryn, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruksela 1954, s. 23 i n.; Włochy: A. Formiggini, *Gli usi commerciali e il Codice civile*, Bolonia 1949, s. 3 i n.; M. Rotondi, *Istituzioni di diritto privato*, wyd. 6, Pawia 1954, s. 65 i n.; Hiszpania: R. Gay de Montellá, *Código de Comercio Español comentado*, t. I, Barcelona 1948, s. 67 i n., A. M. Borrell y Soler, *Derecho civil español*, t. I, Barcelona 1955, s. 45 i n.; Meksyk: R. L. Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, Ciudad Mexico 1961, s. 46 i n.; Nikaragua: A. Solarzano, *Glosas al Código de Comercio de Nicaragua*, Managua 1950, s. 18 i n.; NRF: Enneccerus, Kipp, Wolff, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1, Tybinga 1959, a 271 i n., W. Weber, *Treu und Glauben*, Berlin 1961, s. 64—66; Austria: A. Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, t. I: *Allgemeiner Teil*, Wiedeń 1951, s. 59 i n.; Szwajcaria: F. Guhl, *Das schweizerische Obligationenrecht*, wyd. 5, Zurych 1950, s. 25 i n.; kraje skandynawskie: H. Karlgren, *Usage and Statute Law*, Scandinavian Studies in Law 1961, s. 64 i n.; W. Brytania: B. A. Wortley, *Zwyczaje handlowe w prawie angielskim*, Studia et Documenta 1959, nr 22, s. 18 i n. (jest to przekład art. zamieszczonego w Zschr. f. ausländisches u. internationales Privatrecht 1959, nr 2, tłum. H. T.); USA; Uniform Commercial Code 1958. Official Text with Comment. Brooklyn N. Y. 1959.

⁴⁴ A. Wolter, *Prawo cywilne*, Warszawa 1955, s. 57.

⁴⁵ S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1962, s. 50.

⁴⁶ J. Gwiazdomorski, J. Wasilkowski, *Dwugłos o pracy F. Studnickiego*, „Państwo i Prawo” 1949, nr 12, s. 98—99.

⁴⁷ W innych dziedzinach życia jest inaczej, por. H. Jankowski, *O właściwy wybór moralny*, Warszawa 1960, s. 62 i n.

Nawet wówczas nie można go jednak odnieść do stosunków z zagranicą, m. in. do stosunków handlowych polskich przedsiębiorstw handlu zagranicznego z firmami z krajów niesocjalistycznych. Tutaj zwyczaje handlowe zachowały swoje znaczenie.

Trzeba zaznaczyć, że z punktu widzenia obowiązującego prawa znaczenie to znajduje swoje oparcie w naszym ustawodawstwie. W myśl art. 40 p. o. p. c. z 1950 r. czynność prawna „wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz także takie, które wynikają z ustawy lub zwyczaju”⁴⁸. Według art. 1 k. h. w stosunkach handlowych obowiązują prócz przepisów odpowiednich ustaw także przepisy „powszechnego w państwie prawa zwyczajowego”. Literatura⁴⁹ uważa przepis artykułu k. h. za pozbawiony „praktycznego zastosowania”, uznaje natomiast rolę zwyczaju, w powołaniu na przytoczony wyżej art. 40 p. o. p. c. Art. 500 k. h. wprowadza domniemanie znajomości zwyczaju przez kupców. Chodzi tu zarówno o zwyczaje ogólnohandlowe, międzybranżowe, przyjęte w stosunkach między wszystkimi kupcami, jak i o zwyczaje handlowe branżowe⁵⁰. Zwyczaj może być zastosowany, gdy nie jest sprzeczny z przepisem ustawy⁵¹. Wola stron ma przed zwyczajem pierwszeństwo.

Duże znaczenie ma dla naszej problematyki przepis art. 189 k. z., stanowiący, że strony powinny wykonywać zobowiązania zgodnie z ich treścią, w sposób odpowiadający wymaganiom dobrej wiary i zwyczajom uczciwego obrotu.

Zdaniem F. Studnickiego, który przeprowadził analizę polskiego prawa w tym przedmiocie, nie ma podstaw do „zastrzeżenia, jakoby nieznanomość zwyczaju wykluczała jego stosowanie”⁵². W stosunkach handlowych pogląd ten ma oparcie w art. 500 k. h. Pogląd Studnickiego zachował swoją aktualność i po zmianach ustawodawczych zaszytych od wydania jego pracy (tj. od 1949 r.). Autor wymienia warunki i zastrzeżenia, pod którymi zasada ta obowiązuje.

Z punktu widzenia interesów handlu zagranicznego można wyrazić zadowolenie, iż w projekcie kodeksu cywilnego z 1961 r. znalazł się przepis, który pozwala na stosowanie zwyczajów. Jest nim przepis art. 56

⁴⁸ Uchylone przepisy k. z. w tej materii omawiają: L. Domański: *Institucje kodeksu zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1936, a. 14; R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, wyd. J. Górski, s. 8; F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie*, t. I: *Część ogólna*, wyd. 2, Kraków 1948, s. 21 i n.

⁴⁹ S. Szer, op. cit., s. 51.

⁵⁰ Por. L. Koźmiński, *Zwyczaje handlowe: kupno—sprzedaż*, Warszawa 1948, s. 8. Kwestie te porusza również J. Marcisz, *Sprzedaż handlowa i komis*, Warszawa 1948, s. 11 i n.

⁵¹ Por. S. Janczewski, *Prawo handlowe, wekslowe i czekowe*, Warszawa 1946, s. 21.

⁵² F. Studnicki, op. cit., s. 142.

§ 1, w myśl którego czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z *ustalonych zwyczajów*. Zgodnie z art. 64 oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają — ze względu na okoliczności, w których zostało złożone — zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Odpowiadające im przepisy art. 47 i 54 § 1 poprzedniego projektu z 1960 r. nie zawierały wzmianki o zwyczajach, podobnie jak i poprzednie projekty k. c.

Trzeba teraz poświęcić trochę miejsca orzecznictwu arbitrażowemu w tej materii. W sporach w handlu zagranicznym rola sądów powszechnych jest prawie żadna. W stosunkach z krajami socjalistycznymi ogólne warunki dostaw (o. w. d. RWPG 1958 i dwustronne ogólne warunki dostaw z krajami socjalistycznymi nie należącymi do RWPG) wprowadzają zasadę arbitrażu; jeżeli właściwy jest arbitraż w Polsce, jest nim Kolegium Arbitrów przy PIHZ. W stosunkach z innymi krajami arbitraż jest przewidziany w kontraktach; prawie wszystkie kontrakty eksportowe i importowe zawierają prorogację sądu arbitrażowego. Jeżeli właściwy jest arbitraż w Polsce, będzie to albo stały (instytucjonalny) sąd arbitrażowy, tj. Kolegium Arbitrów przy PIHZ, albo sąd arbitrażowy dorazowy, *ad hoc*. Skoro orzeczenia sądów arbitrażowych dorazowych nie są dostępne, przeto jako źródło wiedzy o praktyce orzecznictwa pozostaje tylko orzecznictwo Kolegium Arbitrów. Zresztą znaczenie Kolegium jest dziś w Polsce w tej dziedzinie dominujące, o czym świadczy ogromny ostatnio wzrost spraw wpływających do niego.

Roli zwyczaju dotyczy § 31 ust. 1 obowiązującego Regulaminu Kolegium Arbitrów (z 1959 r.). W myśl tego przepisu „zespół orzekający stosuje tego państwa prawo, które pozostaje w najściślejszym związku z przypadkiem spornym, uwzględniając przy tym przede wszystkim wolę stron. Bierze się pod uwagę zasady słuszności, dobrej wiary i *zwyczaje* [podkreślenie — J. J.], o tyle, o ile miarodajne prawo na to zezwala”.

Badanie Orzecznictwa Kolegium Arbitrów pozwala stwierdzić, że przyznaje ono zwyczajom należyłą rangę. Np. w orzeczeniu z 25 X 1960 r., rozstrzygającym spór z powództwa firmy z NRF przeciwko polskiemu przedsiębiorstwu handlu zagranicznego, zespół orzekający oparł się na zwyczajowo przyjętych w handlu nasionami Regułach Międzynarodowej Federacji Handlu Nasionami z siedzibą w Paryżu (Fédération Internationale du Commerce des Sémences). W orzeczeniu z 19 XII 1960 r., kończącym spór wytoczony przez firmę z NRF przeciwko polskiemu p. h. z., zespół orzekający uznał obciążenie pewnymi kosztami jednej ze stron przez drugą za zwyczajowo przyjęte.

Jest sprawą powszechnie znaną, jak wielkie trudności praktyczne następuje stwierdzenie istnienia i treści określonego zwyczaju. Normalnie sądy zwracają się w tym celu do odpowiednich organizacji zawodowych. W Polsce do stwierdzenia zwyczajów w polskim handlu zagranicznym powołana jest na mocy art. 5 pkt 8 dekretu z 28 IX 1949 r.⁵³ o powołaniu PIHZ ta właśnie instytucja. Posługuje się ona w tym zakresie ciałami kolegialnymi złożonymi z rzeczoznawców. W zakresie handlu morskiego funkcje te spełnia działająca przy Oddziale Morskim PIHZ w Gdyni Komisja Zwyczajów Handlowych i Techniki Obrotu Morskiego. Opinie jej są poddawane weryfikacji prawniczej przez istniejącą przy centrali PIHZ w Warszawie Komisję Prawa Morskiego. W innych dziedzinach kompetencje takie ma działająca przy centrali PIHZ Sekcja Prawa i Polityki Arbitrażowej.

Pozycji prawnej zwyczajów handlowych w prawie innych państw omawiać tu nie możemy. Zdaniem niektórych⁵⁴, jest ona dość jednolita, a rozbieżności zachodzą w sprawach mniejszej wagi. Wolfgang Luithlen stwierdza⁵⁵, że odpowiada ona ujęciu tego zagadnienia w haskim projekcie jednolitego prawa międzynarodowej sprzedaży rzeczy ruchomych materialnych z 1956 r. Problemowi temu jest poświęcony art. 14 projektu, który brzmi: „Strony są związane: a) zwyczajami, do których się odniosły wyraźnie lub milcząco, b) zwyczajami, które są przez osoby znajdujące się w sytuacji kontrahentów traktowane powszechnie jako tworzące postanowienia ich umowy.

W razie sprzeczności, zwyczaje przewidziane w poprzedzającym ustępie uważa się za mające pierwszeństwo przed niniejszą ustawą. W wypadku użycia klauzul lub formularzy przyjętych w handlu sędzia powinien je interpretować stosownie do zwyczajów tego handlu”.

Art. 14 projektu haskiego z 1956 r. powtarza — z nieznacznymi poprawkami — treść art. 13 projektu rzymskiego z 1939 r.

Czy pogląd Luithlena jest w pełni zasadny, można mieć wątpliwości. Przyznaje on to zresztą⁵⁶, skoro stwierdza, że od każdorazowego stanowiska sędziego zależy, czy określony zwyczaj handlowy zostanie uznany za wiążący dla stron konkretnego stosunku umownego. Ta niepewność, jak również inne momenty, jak np. trudności w kwestii czy nieznanomość zwyczaju przez jedną ze stron, a tym bardziej przez obu kontrahentów skutkuje jego niestosowalność⁵⁷, trudności zasadnicze — ze

⁵³ Dz. U. nr 53 z 1949 r., poz. 403.

⁵⁴ E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, t. I, Berlin 1957, s. 58; W. Luithlen, op. cit., s. 69; H. Trammer, op. cit., a 1.

⁵⁵ W. Luithlen, op. cit., s. 69.

⁵⁶ Ibidem, s. 50.

⁵⁷ Por. F. Studnicki, op. cit., s. 141.

stwierdzeniem istnienia i treści zwyczaju, określenia jego właściwości i in., dają podstawę do twierdzenia, że z praktycznego punktu widzenia rozstrzygnięcie tego zagadnienia jest bardzo kłopotliwe. Nasuwa się więc wniosek nieodparty: należy jak najbardziej szczegółowo i dokładnie określać w umowie prawa i obowiązki stron oraz również skutki ich naruszenia, aby możliwie uniknąć tych kwestii. Jeżeli strony chcą, by jakiś zwyczaj znajdował zastosowanie do ich umowy, należy im doradzać jego inkorporację lub interpolację do niej. W tym kierunku powinna iść praktyka w polskim handlu zagranicznym.

ZWYCZAJ A AUTONOMIA STRON I PRZEPISY PRAWA

Rozważaliśmy dotychczas zagadnienie funkcji zwyczaju handlowego w handlu międzynarodowym. Dla pełniejszego jej uchwycenia nieodzowne jest określenie jej w konfrontacji z prawem i wolą stron, ustalenie swego rodzaju schematu hierarchii reguł przy transakcjach handlu międzynarodowego. Kontrahenci muszą w pierwszym rzędzie stosować się do przepisów *iuris cogentis* prawa rządzącego umową. Przepisów tych jest, jak wiadomo, niezbyt wiele. Będzie tu chodziło głównie o przepisy pisane, a tylko w minimalnej mierze o takie zwyczaje, których bezwzględna moc obowiązująca jest uznana bądź przez przepisy pisane prawa właściwego, bądź przez orzecznictwo sądowe kraju, którego system prawny rządzi umową. W drugiej kolejności decyduje wola stron, z zastrzeżeniem *ordre public* prawa sądu (*legis fori*).

Do tego miejsca problem, był stosunkowo prosty. Poważna trudność wyłania się dopiero, gdy trzeba ustalić, czy na trzecim miejscu mają się znaleźć przepisy dyspozytywne prawa pisanego rządzącego umową, czy też raczej tego typu zwyczaje, którym prawo rządzące umową przypisuje charakter dyspozytywny. Konflikt taki nie powstaje w wypadku zwyczaju *secundum legem* ani *praeter legem*, lecz tylko gdy jego treść jest sprzeczna z przepisami dyspozytywnymi prawa. Dotychczas brak zadowalającego i jednolitego rozwiązania tego problemu⁵⁸. Najczęściej przyjmowane są trzy rozwiązania. Według jednego ujęcia przepis dyspozytywny ustawy ma pierwszeństwo przed zwyczajem. Stanowisko takie zdarza się rzadziej. Częściej przyjmuje się jego odwrotność: zwyczaj idzie przed przepisem dyspozytywnym ustawy. Wreszcie najczęściej rozróżnia się w tym celu zwyczaje normatywne i umowne: pierwsze z nich ustępują przepisom dyspozytywnym, drugie mają przed nimi priorytet. Stanowisko pierwsze reprezentuje np. D. F. Ramzajcew⁵⁹, stanowisko drugie ma swoich zwolenników wśród ludzi blisko związanych z handlem

⁵⁸ Por. H. Karlgren, op. cit., s. 68.

⁵⁹ D. F. Ramzajcew, op. cit., s. 54.

międzynarodowym⁶⁰, toteż przeważało ono wśród twórców projektu haskiego z 1956 r.

Koncepcja trzecia jest najczęściej przyjęta w ustawodawstwie i orzecznictwie sądowym (np. we Francji i Włoszech). Została ona rozwinięta przez F. Stadnickiego⁶¹. Odróżnia on z jednej strony zwyczaje spełniające względem oświadczeń woli funkcję wyjaśniającą i uzupełniającą, a z drugiej — zwyczaje normujące postępowanie podmiotów. Wobec pierwszych przyjmuje fikcję, że są one „przedłużeniem” woli stron i w tym charakterze mają — rzecz jasna — pierwszeństwo przed przepisami dyspozytywnymi ustawy, więcej, nie można tu właściwie mówić o „konkurencji między zwyczajem a przepisami dyspozytywnymi”⁶². Natomiast nie ma powodu, by zwyczaj normatywny miał priorytet przed przepisem dyspozytywnym⁶³. Analogiczne stanowisko zajmuje W. S. Pozdniakow, który dzieli zwyczaje handlowe na normatywne i faktyczne. Pierwsze mają moc *per se*, ustępują jednak przepisom ustaw, tak imperatywnym, jak i dyspozytywnym. Drugie „służą jedynie dla ustalenia nie wyrażonej bezpośrednio w umowie woli stron” i znajdują zastosowanie „o tyle, o ile strony wiedziały o ich istnieniu i o ile można przyjąć, że miały je na względzie”. W razie spełnienia tych warunków takie zwyczaje, mimo iż tylko faktyczne, wyzbyte mocy normatywnej, mają pierwszeństwo przed dyspozytywnymi przepisami ustawy⁶⁴.

U podłoża koncepcji trzeciej leży chęć stosowania przed przepisami dyspozytywnymi ustaw tych spośród zwyczajów, które stoją najbliżej umów i spełniają najbardziej praktyczne w stosunku *do* obrotu handlowego funkcje. Będą to z reguły zwyczaje wykazujące w porównaniu z przepisami ustawy charakter znacznie bardziej wyspecjalizowany, o wiele bliższy danemu typowi transakcji. Idzie tu szczególnie o zwyczaje branżowe. Jednakże droga wiodąca do tego rezultatu jest nieco okrężna; przede wszystkim trzeba się tu posłużyć fikcją woli stron. Z punktu widzenia teoretycznego koncepcja ta wywołuje z kolei wrażenie pewnego paradoksu. Bo zważywszy: zwyczaj stanowiący pewną normę postępowania ma, koniec końców, mniej mocy wiążącej niż zwyczaj pozbawiony charakteru normatywnego, zwyczaj faktyczny.

Uwzględniając pobudki skłaniające zwolenników tej koncepcji do dokonanego przez nich zróżnicowania zwyczajów, pobudki jak najbardziej słuszne, ale odrzucając rozwiązanie operujące fikcją i zgoła para-

⁶⁰ Por. J. Hellauer, op. cit., s. 191; J. Kunert, *Transakcje w handlu morskim*, wyd. 2, Warszawa 1958, s. 61; J. Zieleniewski, S. Szczypiorski, op. cit., s. 389.

⁶¹ F. Stadnicki, op. cit., s. 112—116.

⁶² Ibidem, a. 115.

⁶³ Ibidem, s. 115—116.

⁶⁴ W. S. Pozdniakow, op. cit., s. 17.

doksalne, proponujemy rozwiązanie następujące: Należy uznać, że zwyczaj ustępuje przepisowi dyspozytywnemu ustawy, chyba że jest on jako zwyczaj szczególny znacznie bardziej od tego przepisu ustawy dostosowany do potrzeb i specyfiki danej transakcji. Zdajemy sobie sprawę z elastyczności tego kryterium, nie będzie to jednak w tej problematyce tego rodzaju jedyna możliwość dowolności.

W razie kolizji dwu zwyczajów w tej samej sprawie, gdy oba są właściwe terytorialnie, osobowo i przedmiotowo, zwyczaj o charakterze bardziej ogólnym musi ustąpić zwyczajowi szczególnemu⁶⁵.

⁶⁵ Por. D. F. Ramzajcew, op. cit., s. 59.