



BRONISŁAW ŁOZIŃSKI

INFAMIA

STUDIUM PRAWNO-SPOŁECZNE

ARMORYKA

INFAMIA

STUDYUM PRAWNO-SPOŁECZNE

PRZEZ

DR. BRONISŁAWA ŁOZIŃSKIEGO

Quanto latius officiorum quam iuris
patet regula. Quam multa pietas, huma-
nitas, liberalitas, iustitia, fides exigent,
quae omnia extra publicas tabulas sunt.

(Seneca.)

(Dzieło odznaczone nagrodą na konkursie prawniczym w Warszawie, rozpi-
sanym przez tamtejszą »Gazetę Sądową« w roku 1893 dla upamiętnienia
jubileuszu wydawnictwa).



WE LWOWIE

JAKUBOWSKI & ZADUROWICZ.

Z drukarni Władysława Łozińskiego. — Zarządca W. J. Weber.

1897.

Projekt okładki: Juliusz Susak

Na okładce: *Zapomniany wąwóz*, foto Elżbieta Sarwa (listopad 2011)

Copyright © 2017 by Wydawnictwo „Armoryka”

Wydawnictwo ARMORYKA
ul. Krucza 16
27-600 Sandomierz
<http://www.armoryka.pl/>

ISBN 978-83-8064-386-4

I.

Moralne czynniki rozwoju prawa.

Istota prawa, jego stosunek do moralności, jego stanowisko w rządzie innych czynników duchowego życia, więc i całego rozwoju cywilizacyjnego ludzkości — krótko mówiąc cała filozoficzna podstawa, na której oprzeć się musi wszelkie zasadnicze badanie czy to poszczególnych działów prawa, czy tylko pewnych urządzeń prawnych, głębiej w życie wnikających, przedstawia w tej chwili widok taki, jakgdyby badacz znajdował się wśród gruzów całego szeregu wielkich budowli, ciężką i długą pracą wzniesionych a nagle demoniczną siłą jakiegoś wypadku elementarnego zachwianych, częściowo nawet wywróconych.

Właściwy schyłkowi XIX. stulecia prąd sceptycyzmu, w najściślejшем zaczepnem przymierzu z duchem negacyi, wtargnął w dziedzinę filozofii prawa i wywołał tam, jeżeli nie zamącenie zasadniczych pojęć, to w każdym razie takie ich zachwianie, że często zaciera się linia demarkacyjna między nauką a filozofią prawa ¹⁾ i przytem otwiera się szerokie pole dla nowych pomysłów a zarazem i dla — nowych paradoxów, zwłaszcza w duchu nie wszechwładnego już wprawdzie, ale zawsze jeszcze dotąd nierozbrojonego, pozytywizmu.

¹⁾ Dr. Bronisław Łoziński: *Nauka i filozofia prawa*.
(W *Przeglądzie prawa i administracji* z r. 1893 str. 81 i n.)

Wtargnięcie prądu pozytywistycznego z hasłem reformatorskiem a właściwie destrukcyjnym w zakres filozofii prawa byłoby może nie sprawiło takiego widocznego zamętu nawet w ustalonych pojęciach, gdyby nie fakt, iż zbiegło się ono fatalnie z zachwianiem do głębi wiary w możność osiągnięcia drogą historycznej metody w badaniu istoty prawa takich rezultatów naukowych, jakich oczekiwano w czasie długiego zachwytu dla panującej w prawie szkoły historycznej. Rozczarowanie połączyło się i w tym wypadku, jak to zwykle w takich razach bywa, z pewnem zwątpieniem w możność znalezienia lepszej drogi wyjścia, co znowu reformatorów wszelkiego autoramentu filozoficznego z nowoczesnych prądów zachęcać musi do tem śmielszego występowania w duchu destrukcyjnym.

Szkoła historyczna z mglistą wiarą w powolny, samodzielnny rozwój prawa z takiego tajemniczego źródła, jakim w jej teorii miałyby być samo poczucie prawne, niezależne od wszelkich ideałów prawnych, które wyrugować chciała jako wyraz lekceważonego w jej systemie prawa natury, przypominała w swoim dociekaniu istoty prawa empiryka, ufającego zupełnie przewodnictwu własnych oczu i zamierzającego koniecznie dotrzeć do punktu, w którym za wskazówką samego tylko wzroku nicbo niewątpliwie z ziemią stykać się powinno. Po długim, żmudnym pochodzie siły wędrowca opadły, ten urojony punkt zetknięcia jest zawsze jednakowo dalekim, więc kierunek drogi wypada uznać błędnym a cel złudnym. Trzeba wybrać inny kierunek, ale jaki? W tem pytaniu tkwi cała trudność a w szukaniu odpowiedzi ważą się może dalsze losy i koleje filozofii prawa.

Na pytanie powyższe jasnej odpowiedzi znaleźć dziś niemożna nawet tam, z kąd padły najsilniejsze ciosy na historyczną szkołę. Żeby dla przykładu wspomnieć tylko o najwybitniejszych głosach naukowych, zwracamy uwagę na klasyczną pod tym względem rozprawę dr. R. Stammlera ¹⁾. Z najsubtelniejszą ścisłością filozoficzną uzasadnił ten autor swój zarzut, że szkoła historyczna nie wzniosła się po nad poziome stanowisko empiryczne, wcale nie określiła genezy i istoty prawa a co najgorsza całym rezultatem swoich dociekań

¹⁾ Dr. Rudolf Stammler: *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*. — Halle 1889.

i wniosków to tylko wykazała, iż drogą tą cel taki w ogóle osiągnąć się nie da. Po tej krytyce jednak niedaje autor nawet wskazówek o kierunku, jaki dalszej swojej pracy filozoficzno-prawnej wytknąć zamysła, lecz tylko zapowiada nowy kierunek w przyszłej seryi studyów. Że będzie to — jeżeli uwagi rzucone w pierwszej pracy nie zawiodą oczekiwań — program zwrotu ku kierunkowi prawdziwie filozoficznemu, tego czytelnik dopiero spodziewać się może.

Tymczasem jednak głos ten wyzyskiwany bywa w sposób jednostronny wszędzie, gdzie z zakresu badań nad istotą prawa chciano wyrugować zupełnie tak metodę historyczną, jak i wszystko, co tylko przypomina dawne prawo natury, chociażby ono pojmowane być miało jako synonim takiego systemu filozofii prawa, w którym przewodnią rolę miałyby odgrywać jakiegokolwiek wyższe, z etyką nierozdzielnie związane ideały prawne. Za przykład, objaśniający tę uwagę, wystarczy fenomenalne pod względem erudycji, ale zagadkowe co do swojej dążności naukowej dzieło K. Bergbohma ¹⁾. I ta praca, która w bieżącej literaturze filozoficzno-prawnej stanowczo na pierwszy plan się wysuwa, stanowi tylko wstęp do osobnego, na razie jeszcze dobrze odgadnąć się nie dającego, systemu. Niepodobna jednak oprzeć się podejrzeniu, że Bergbohm ma na myśli, jak Lasson ²⁾, ów najświeższy pozytywizm prawny, który zaklepa się w samych ramach konstrukcyi paragrafowo-teoretycznych, po za niemi widzieć nie chce ideałów, łączących prawo z etyką a tem samem już w założeniu niemal zrywa z filozofią prawa.

Przeciw takiemu znizeniu poziomu filozoficznego w badaniu istoty i genezy prawa w niemieckim świecie naukowym dobitna reakcyja odzywa się nawet tam, gdzie dotąd przyzwyczajano się uznawać wyższość Niemiec na tem polu za ustaloną, nawet niedoścignioną, t. j. we Francyi ³⁾.

Podstawą i siłą tej reakcyi a zarazem najlepszą wróżbą dla jej przyszłości jest utrzymywanie jaknajściślejszego związku między prawem a etyką. Kto związek ten ma ciągle przed oczyma, dla

¹⁾ Dr. K. Bergbohm: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* — Leipzig 1892 (*passim* a szczególnie str. 480 i n.).

²⁾ A. Lasson: *System der Rechtsphilosophie* — Berlin & Leipzig 1882.

³⁾ Dr. M. Aguiléra: *L'idée du droit* — Paris 1893 (wstęp).

tego owo okrzyczane prawo natury nie będzie dziwolągiem, lecz ideą wyższą, chociaż zamgloną, nawet często do karykatury doprowadzaną tak przez tych, którzy jej istoty trafnie nie pojmują, jak i przez tych, którym ona zawadza w dążności do wyemancypowania prawa z pod ściślejszej zależności od czynników moralnych, do zamknięcia prawa w paragrafowym pozytywizmie. „Oburzamy się — mówi Beaussire ¹⁾, pokrewny w zasadniczych poglądach poprzednio powoalanemu autorowi — gdy z wrogich ust padło hasło: siła przed prawem a zawsze w kwestyach polityki wewnętrznej i zewnętrznej, prawa prywatnego i publicznego, powtarza się to hasło pod inną formą, w ten sposób: Niema praw przyrodzonych; są to wymysły filozofów, z których wynikły wszystkie nasze rewolucye. Mamy do czynienia tylko z faktami, które roztropny człowiek uznaje, przed którymi nawet korzy się... A jednak wszystko, co się mówi o stanie natury, nie jest ani mrzonką, ani nawet czystą hipotezą. Stan taki, pojmowany w swoim właściwym znaczeniu, jest rzeczywistością jawną w teraźniejszości i w przeszłości, u wszystkich ras ludzkich, na każdym stopniu cywilizacji. Nieporozumienie pochodzi ztąd, że stan ten odróżniano od stanu społecznego. Niema między temi dwoma stanami historycznego następstwa: oba występują wszędzie jako współistniejące i przenikają się nawzajem, nawet wtedy, gdy są w niezgodzie i w walce ze sobą... .. Między członkami tego samego społeczeństwa istnieje umowa, umowa cicha, ciągle odnawiana. Człowiek najmniej oświecony, najmniej zdolny do refleksyi, umie przecież mimo to zajmować w danym razie stanowisko w stanie natury i w stanie legalnym.“ Beaussire unika fantastycznych hipotez o stanie pierwotnego człowieka, lecz opiera swoje wnioski na obserwacyach w świetle historyi. Opierając się na tej podstawie uważa idee prawdziwe lub fałszywe, namiętności dobre lub złe, tak ze stanowiska indywidualnego jak i zbiorowego, czyli społecznego, za „prawdziwy rząd ze wszystkimi organami, z potrójną władzą: ustawodawczą, wykonawczą i sędziowską, rząd w całości moralny, który nie wychyla się z warunków stanu naturalnego a jest często w stanie społecznym potęgą najsilniejszą i najwięcej poważaną.“

¹⁾ Emile Beaussire: *Les Principes du Droit* — Paris 1808 (wstęp i pierwszy rozdział).

W zakresie indywidualnym działanie tego rządu moralnego przedstawiać może tylko wielki interes psychologiczny, lub dramatyczny, na widowni społecznej staje się ono przedmiotem umiejętnego badania, wchodzi w ramy „historji obyczajów, historji cywilizacyi a w zakresie szerszym w ramy nowej umiejętności, która przybrała barbarzyńską nazwę socyologii. Po za tym zakresem niema badań wydatniejszych tak dla poznania człowieka pod względem historycznym i filozoficznym, jak i dla praktycznej dyrektywy dla społeczeństwa ludzkiego. Społeczeństwo może istnieć i rozwijać się tylko w harmonii sił legalnych i moralnych, które dzielą się atrybucjami swojemi w rządzeniu. Mąż stanu, prawnik, filozof i polityk powinni zatem studyować obie kategorie sił w teraźniejszości i w przeszłości, powinni zdawać sobie sprawę ze wszystkich faktów, które mogą utrzymać lub zamącić ich harmonię, krótko mówiąc powinni zawsze mieć na uwadze warunki cichej unowj, która odnawia się nieustannie w sumieniach między stanem społecznym a stanem naturalnym. . . Sily legalne powinny opierać się na siłach moralnych, jeżeli niemają być pozbawione skutecznego wpływu. *Quid leges sine moribus vanae proficiunt?*“

Nie sami tylko idealisci nawołują do filozoficznej reakcyi. Otwarty pozytywista, G. Tarde, zaczyna jedno z najświetniejszych dzieł swoich od tego gorzkiego zarzutu, że filozofia zapomniała o prawie, w skutek czego stało się ono domeną pedantycznego komentatorstwa i jałowej doktryny a ekonomia polityczna, nieujęta w karby wyższych teoryi prawnych, wybujala na własną rękę i zbyt śmiało eksperymentami doprowadziła do dzisiejszej reakcyi socyalistycznej¹⁾. W innem dziele filozoficznem, objaśniającem prawidła i kierunki całej ewolucyi cywilizacyjnej ludzkości, ten sam pisarz, w genialnych porywach swoich, zwłaszcza w stawianiu horoskopów socyologicznych, nieraz śmiało zapędzający się aż po za granice paradoków, kładzie na moralność nacisk silniejszy, aniżeli na prawo, i posuwa się pod tym względem tak daleko, że niemal jako ideał cywilizacyjny stawia zbędność prawa, zastąpionego przez moralność, więc prawie schodzi na fantastyczne tory tego anarchizmu filozo-

¹⁾ G. Tarde: *Les Transformations du droit* — Paris 1892 (str. 1—2).

ficznego czy mutualizmu *à la* Proudhon ¹⁾, który miałby kiedyś umożliwić ludzkości pożycie i postęp w stanie cywilizowanym bez przy-
musu państwowo-prawnego, jedynie pod hasłem mileząco uznawanych
prawideł konwencyonalnych ²⁾.

Historyczna metoda badania istoty i genezy prawa niedaje
jednak za wygraną, lecz owszem pociąga ku sobie ciągle liczny
zastęp adeptów, którzy dziś głównie po porównawczym kierunku
badania kolei i rezultatów rozwoju prawa u różnych narodów oczekują
rozjaśnienia spornych zagadnień. Jedna z powag na tem polu
naukowem, F. Dahn, widzi możność zbadania ogólnych zasad prawa
a tem samem i możność stworzenia nowego systemu filozoficznego
tylko w analitycznem zbadaniu historycznych pomników prawa ³⁾.
Drugi koryfeusz tej szkoły, A. H. Post, stawia porównawczemu ba-
daniu pomników prawa kres i cel bliższy, ale za to i mniej filozo-
ficzny, aniżeli F. Dahn, gdyż polegając na samych surowych rezul-
tatach studyów etnologiczno-prawnych, głosi już dziś bez dalszego
ogłędania się na jakiekolwiek apriorystyczne pojęcia o prawie,
o dobrem itd. tryumf swojej „etnologicznej jurisprudeneyi“, przed
którą „do 25 lub 50 lat upadnie pyszna warownia dzisiejszej filo-
zofii prawa“ ⁴⁾.

Rzecz to charakterystyczna, że uczony niemiecki, w którym
zazwyczaj widzi się typ ścisłości, posuniętej aż do subtelizacji,
tak jest pochopnym do wysnuwania już w tej chwili ostatecznych
wniosków z badań, o których francuski, więc, jakby się zdawało,
już z natury skłonniejszy do generalizacji badacz, Dareste ⁵⁾, odzywa

¹⁾ G. Tarde: *Les lois de l'imitation* — Etude sociologique —
Paris 1890, str. 379 (Une moralité achevée permettrait l'avènement de
l'anarchie).

²⁾ Dr. Bronisław Łoziński: *Teorya anarchizmu* (Zeszyt
wrześniowy *Przeglądu prawa i administracji* z r. 1895).

³⁾ F. Dahn: *Die Vernunft im Recht. Grundlagen der Rechts-
philosophie* — Berlin 1879 (str. 13) i *Vom Wesen und Werden
des Rechts* (w *Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft* —
t. II. z r. 1880 i t. III. z r. 1882).

⁴⁾ A. H. Post: *Die Grundlagen des Rechts* — Oldenburg 1884
(przedmowa).

⁵⁾ Rodolphe Dareste: *Etudes d'histoire du droit* — Paris
1889 (wstęp).

się bardzo ostrożnie. I Dareste nie wątpi wprawdzie, że owo tak dziś kwitnące historyczno-porównawcze badanie prawa wszystkich ludów i wieków, badanie, dostarczające już obecnie prawnikowi takiej obfitej kolekcyci materyałów a nadto wzbogacające tę kolekcycę bez przerwy, często z prawdziwie amatorską lub muzealną drobiazgowością, doprowadzi w końcu do wyników rozstrzygających w zgeneralizowaniu pojęć i hipotez o istocie i genezie prawa, ale kres ten jest jeszcze odległy a nawet na razie przewidzieć się nie daje. Życzeniu Dareste'a, aby nauka najpierw wzięła się do historyczno-porównawczej analizy prawa rzymskiego i wykazała na niem wszystkie cechy pokrewieństwa, względnie i wspólności z prawami w odleglejszą jeszcze przeszłość sięgającymi, czynią już w znacznej części zadość dzieła B. W. Leista o staroaryjskiem *ius gentium* i *ius civile*, ale czy przez to powyższy cel filozoficzny badań został znacznie zbliżony, to kwestya wątpliwa. Zachodzi nawet obawa, że powtórzy się także tutaj na większą skalę i na szerszym obszarze ów pochod empiryczny nauki, który szkołę historyczną miał zawieść do punktu, gdzie niebo z ziemią się styka a zostawił ją tymczasem, jak to wyżej zaznaczyliśmy, na rozdrożu.

W tej ożywionej rozprawie nad wyborem nowej drogi, nowego kierunku w badaniu istoty, genezy i ostatecznych celów prawa, krótko mówiąc nowego kierunku dla filozofii prawa, zgłasza się do głosu z pretensją do oryginalności, program socyologiczny¹⁾, który polegałby na takiej syntezie prawa natury z wynikami badań historycznych, aby w dalszym rozwoju swoim prawo zbliżyło się więcej do życia, nie zrywając z filozofią, bez której sam empiryzm jak nie doprowadził dotąd szkoły historycznej do rozwiązania najwyższych problemów, tak i w przyszłości pod tym względem musiałby zawód zgotować.

Nie jestto droga nowa, nie jestto nawet nowa kombinacya. Przypominają się przecież powyżej przytoczone ustępy z dzieła Beaussire'a, który bez pretensyi do odsłaniania całkiem nowych widnokręgów, lub do torowania dróg nowych, stanął tylko w obronie atakowanej przez pozytywizm prawny harmonii sił legalnych z moralnemi w ustroju społecznym, harmonii prawa z etyką.

¹⁾ Dr. Reinhard Frank: *Naturrecht, geschichtliches Recht und sociales Recht* — Leipzig 1891.

Głębsze badanie istoty, genezy i granic prawa nie obejdzie się nigdy ani bez tła historycznego, ani bez drogoskazu filozoficznego. W swoim badaniu ducha praw Montesquieu jeszcze w czasach, należących do *saeculum philosophicum*, jak wiek poprzedni nazywano, wypowiedział to jako axiomat, że „trzeba wyjaśniać prawa historią a historię prawami“. Z drugiej strony znowu szkoła historyczna — o ile metodę jej oceniać będziemy według postępowania koryfeuszy *saeculi historici* a nie ich jednostronnych naśladowców — przy całej niechęci do teorii prawa natury nigdy nie zrywała z ogólnym kierunkiem filozoficznym, lecz owszem starała się od początku badania swoje filozoficznie pogłębiać. Nie w całkowitem zatem wykluczeniu jednego lub drugiego kierunku, lecz w mylnym zakreśleniu ich granic tkwi ów błąd, który zwichnął rezultat rachuby naukowej za jednym i drugim razem.

Owa socyologiczna metoda miałaby tedy — jeżeli po za tą nową, tak dziś zużywaną i nadużywaną, bo rozmaicie pojmowaną, nazwą kryje się myśl praktyczna — wprowadzić harmonię między obu powyższymi czynnikami dalszych badań naukowych nad genezę, istotą i granicami prawa, sprowadzić niejako te badania z manowców na bity gościeńce.

Tak pojmowana metoda socyologiczna miałaby na celu przede wszystkim zapobieżenie jednostronności, więc zaniedbania filozofii prawa i potęgowaniu się dzisiejszego sceptycyzmu co do trafności drogi, przez szkołę historyczną obranej, aż do zobojętnienia dla historii prawa w ogóle. Nie jest to obawa urojona, gdyż nasuwać się musi każdemu na widok tej prostracyi, w jaką popadła filozofia prawa po dawniejszym okresie wybujałości ogólnej filozofii spekulacyjnej, która, porwawszy i uniosłszy także ogólną naukę prawa w obłoki, w upadku swoim i ją również na szwank narazić musiała.

Trudno w tej sprawie ściśle odmierzyć szkodliwe następstwa jednej lub drugiej jednostronności dla rozwoju nauki prawa. W tej chwili jednak, w okresie widocznego zamętu, czy przełomu, nawet najgorliwszy zwolennik filozoficznego kierunku nie mógłby go forytować kosztem historycznego. Głos *magistrae vitae*, czem historia prawa dla jego dalszego rozwoju nigdy być nie przestanie, ma szczególnie ważne znaczenie dziś, gdy tak ciężkie ciosy wymierzane są na najwrażliwszą i z natury swojej, za świadectwem historii, pod

zmiennemi prądami filozoficznemi najwięcej uginającą się gałęź prawa ¹⁾, na prawo karne. A dodajmy tutaj zaraz, że ciosy te wymierzone są nie na szczególony mniejszej wagi, nie na techniczno-konstrukcyjną stronę pewnych tylko działów prawa karnego, lecz na jego fundamenta, na moralne czynniki działania ludzkiego, na cały moralny ustrój człowieka w ogóle, więc na podstawy całego prawa, więc w konsekwencji na jeden z filarów wielkiego gmachu wiekowej cywilizacji. Prawo karne pod względem wrażliwości na prądy filozoficzne trafnie porównał Ihering ²⁾ ze spletem najdelikatniejszych nerwów i żył, z obliczem całego organizmu prawnego, na którem odbija się cała indywidualność społeczeństwa, jego myśli, uczucia i namiętności — jednym słowem cały jego ustrój psychiczny i moralny. To oblicze prawa zasługuje zatem na staranne badanie, bo czy się ono nasroży jak w wiekach średnich, czy skrzywi kurezowo pod razami dzisiejszych pozytywistów a *là* Ferri tak, że przypomina — małpią fizjonomię, zawsze pozostanie jednym z najwięcej charakterystycznych rysów danej fazy cywilizacyjnej. Jeżeliby po pewnym narodzie historia nie przekazała nic innego, jak tylko prawo karne, to jak słusznie mówi jeden z pierwszorzędných dzisiejszych prawników niemieckich, Jellinek ³⁾, już z tej spuścizny możnaby określić stopień etycznego i w ogóle cywilizacyjnego rozwoju tak samo, jak przyrodnik z jednej kości odtwarza kształty zwierzęcia z czasów przedhistorycznych.

Prawo karne jednak nie doznawało dotąd bynajmniej takich względów ze strony historycznej szkoły, jak prawo prywatne. Możliwość je nawet uważać za poniekąd zaniedbane pod tym względem. I dziś historia prawa karnego nie liczy wielu adeptów. Charakterystycznym w tej mierze jest n. p. fakt, że jeden z prawników ⁴⁾ w przedmowie do dzieła poświęconego historii kanonicznego prawa karnego wyraża się o jego historycznym traktowaniu tak ozięble,

¹⁾ G. Tarde: *Les Transformations du droit* (j. w.) str. 2.

²⁾ Dr. R. Ihering: *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* — Giessen 1867, str. 2—3.

³⁾ Dr. G. Jellinek: *Die socioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* — Wien 1878, str. 114—115.

⁴⁾ Edwin Katz: *Ein Grundriss des kanonischen Strafrechts* — Berlin & Leipzig 1881.

jeżeli już nie wprost sceptycznie, iż podziwiać trzeba przezwyciężenie się autora. jeżeli mimo to skończył i wydał swoje dzieło.

Zjawisko to uważać musi za symptom niepomysłny każdy, kto uważniej śledzi obecny stan nauki prawa karnego, mianowicie ów zrywający zupełnie z całą przeszłością zwrot ku „nowym horyzontom“ z ich coraz to śmielszymi teoryami, których stałym sensem moralnym jest negacya wolnej woli, winy i odpowiedzialności moralnej, poniżanie człowieka na stanowisko fragmentu wielkiej materyi a jego działania na poziom biologicznego processu. Ta materyalistyczna tendeneya tem więcej niepokoić musi zwolennika dotąd panującej i w cywilizacyjnym pochodzie ludzkości stopniowo uszlachetnianej a zarazem już i wypróbowanej klasyycznej teoryi karnej, ile że łączy się ona ściśle z występującą na całym obszarze filozofii chroniczną chorobą dzisiejszych czasów, z gorączkowym dążeniem do szukania nowych poglądów, nowych hipotez, nowych teoryi i, co właśnie najczęściej się zdarza, — nowych paradoxów. Co Proal ¹⁾ mówi, mając na myśli głównie Francycę, to stosuje się dziś do świata naukowego w ogóle a przedewszystkiem do filozofii prawa, zwłaszcza do działu karnego. „Bywają czasy, — mówi ten pisarz znamienity zgodnie z innym filozofem francuskim — a do takich i nasz okres należy, kiedy prawdy proste i idee słuszne nie wystarczają do wzbudzenia uwagi. Potrzeba do tego pomysłów z charakterem ekstrawagancyi a paradox zaczyna wtedy wszędzie przeważać. Każda nowa hipoteza przyjmowana jest z zajęciem dlatego jedynie, że jest przeciwieństwem zasady tradycyjnej. Prawdy moralne są dla niektórych umysłów naciągnięte, nudne, banalne, bo są już tak stare! O ile więcej pociągają szczególnie naukowe hipotezy, które poniżają człowieka! Są one sprzeczne z faktami, bezstronnie obserwowanemi i zdrowo tłumaczonemi, wstrząsają zasadami moralności i prawa karnego, sumienie ludzkie odrzuca je, rozum jest przerażony zniszczeniem, które one przygotowują, — ale co to wszystko obchodzi nowatorów? Społeczeństwo poradzi sobie, jak będzie mogło. Niech zresztą zginie społeczeństwo, byle ostały się hipotezy!“

¹⁾ Louis Proal: *Le crime et la peine*. Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques. — Paris 1892, str. 264 i n.

Wobec takiej propagandy nihilizmu moralnego, podkopującej wieczystą podstawę prawa karnego: sprawiedliwość, pewnie bardzo pożytecznym byłoby popularyzowanie historii prawa karnego. W ten sposób bowiem wyszłoby dobitnie na jaw, jak owi nowatorowie, odmawiający racyi dalszego bytu klasycznej, na moralnych zasadach opartej. teoryi prawa karnego, mistyfikują czasem łatwowiernych czytelników. przedstawiając im raz rzecz starą w nowej formie w ten sposób, jakgdyby to miała być reforma, dotąd nawet nieprze-czuwana, a drugi raz pomysł nowy a zgubny dla moralnego ustroju społeczeństwa tak, jakgdyby on stanowić miał tylko zwrot ku zasadam dawnym, więc wrzekomo zwrot na drogę, na której prawo karne spełniać zaczęło swoją rolę cywilizacyjną a z której zepchnięto je na szkodę społeczeństwa.

Tak się rzecz ma n. p. z twierdzeniem. jakoby nowe teorie karne, odbiegające od zasady sprawiedliwości na rzecz tych rozlicznych, przez pozytywizm w rozmaity sposób zawsze jednak z poniżeniem owej zasady wynoszonych, celów utylitarnych i kryminalno-politycznych. stanowiły właściwie tylko wznowienie podstawy już w rzymskim prawie przyjętej. Tymczasem właśnie idea sprawiedliwości postawiona jest w prawie rzymskim w pierwszych zaraz wierszach *Digestów* ¹⁾ jako naczelną zasadą, jako źródło całego prawa. Że przytem w prawie rzymskim uwzględnione są także inne cele kary, jak poprawa złooczyńcy, cele zapobiegawcze itd., to fakt niezaprzeczony, ale to właśnie świadczy przeciw nowatorom. Kiedy bowiem w rzymskim społeczeństwie zasada sprawiedliwości górowała po nad wszystkim a dalsze cele kary były uwzględniane tylko w obrębie jej granic i zawsze w myśl wymagań zdrowo pojmnawanego dobra społecznego ²⁾, to autorowie dzisiejszych „nowych horyzontów“ pojęcie sprawiedliwości nazywają niemal przesadą a złooczyńcę chcieliby czasem traktować jako indywiduum anormalnej organizacji fizycznej, godne więcej litości niż kary. Proal ³⁾, który sam jest se-

¹⁾ *Iuri operam daturum prius nosse oportet unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum.* (l. 1. pr. D. I. 1. Ulp. De iustitia et iure).

²⁾ Dr. Wilhelm Rein: *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus* — Leipzig 1844, str. 81 i n.

³⁾ Louis Proal: *Le crime et la peine* (j. w.) str. 419.

dział, wybornie wyszydza te paradoxy. W ich duchu należałoby tak mówić o zbrodniarzach: „Oto człowiek leniwy i zepsuty zabił starca, aby się wzbogacić i używać wszelkich rozkoszy. Biedny to człowiek! Trzeba go raczej żałować a nie karcić. Drugi otruł swoją żonę, aby ożenić się z metresą. Biedaczysko! Jakżeż można go karać?... Cóżby się stało ze społeczeństwem, jeżeliby uczeni zwracając się do morderców, rabusiów i złodziejów, pocieszali ich temi słowy: Wasze zbrodnie są aktami konieczności, bo spowodowane zostały anormalną organizacją mózgową. Nie martwcie się wzgardą, jaką wobec waszych czynów przejęci są ignoranci, społeczeństwo niema prawa pogardzać wami.“

Owo tak dziś wynoszone hasło, dewiza generalna wszystkich „nowych horyzontów“, słowa Seneki, iż „żaden rozsądny człowiek nie wymierza kary dlatego, że występki popełniono. lecz dlatego, żeby znowu nie został popełniony“ (*nemo prudens punit. quia peccatum est, sed ne peccetur*), stanowi ustęp wyrwany z pism filozofa, który w niesamodzielnej zresztą w ogóle filozofii rzymskiej mniej niż inni (n. p. Cicero) oddawał ducha, przebijającego z jurysprudencji rzymskiej¹⁾, który jednak pominąwszy nawet tę okoliczność z całości pism swoich powinienby być uważany za zwolennika nie samej tylko teorii przewencyjnej, lecz kombinacji zasady sprawiedliwości z innymi względami na dobro społeczne²⁾. Rzecz to szczególna, że dzisiejsi twórcy „nowych horyzontów“, wynosząc powyższe zdanie Seneki, prawie zapominają o tem, iż zasada odwetowa kary, jako aktu wymiaru sprawiedliwości, jest właśnie w Digestach lapidarnie określona³⁾, że zatem według tej zasady a nie według wrywków z pism filozoficznych Seneki oceniać należy ducha pozytywnego prawa karnego Rzymian.

¹⁾ Carolus Ernestus Jareke: *Commentatio de summis principibus iuris romani* — Gottingae 1822, str. 28.

²⁾ J. F. H. Abegg: *Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander und zu dem positiven Rechte und dessen Geschichte* — Neustadt 1835, str. 100 i n.

Dr. Wilhelm Rein: *Das Criminalrecht der Römer* (j. w.) str. 82 i n.

³⁾ Poena est noxae vindicta (l. 131. D. 50. 16 Ulp. De verborum significatione).

C. E. Jareke: *Commentatio* (j. w.) str. 28 i n.

Zasada odwetowa nie tylko w ogóle nigdy nie wykluczała połączenia wymagań sprawiedliwości ze wszystkimi zdrowymi celami społecznymi, lecz owszem łączyła się z nimi faktycznie w dalszych fazach rozwoju prawa karnego. W *Carolinie* n. p. stała się ona przez to właśnie, jak mówi Jareke ¹⁾, „najobszerniejszą i najtrafniejszą teorią prawną, jaka kiedykolwiek postawiona została lub w ogóle osnuta być może.“ Niema w tej pochwalie, nawet w jej drugiej, już o przyszłości niejako przesądzającej, części żadnej przesady, skoro nawet i dziś, w okresie hyperprodukcji „nowych horyzontów“, zasadzie odwetowej, w ten sposób pojmowanej, wystawia takie samo świadectwo nie zwolennik czysto klasycznej, na odwiecie opartej teorii karnej, lecz determinista Merkel ²⁾, którego nowatorowie do swojego grona zaliczają a który całą ich podstawę operacyjną, owe powyżej przytoczone słowa Seneki, zaraz na wstępie swojej świetnej pracy polemicznej nazywa wprost „wrzekomo mądrymi a w rzeczywistości nie mówiacami.“ Merkel podniósł przytem, pewnie w sposób bezstronny, jak podniosłe przedstawia się klasyczna odwetowa idea karna w pogłębieniu, dokonaniem przez chrystyanizm. Tylko ten, kto nie zna historii prawa, lub ją przekręca, może odmówić kościołowi tej zasługi, że w idei kary jako wymiaru sprawiedliwości połączył z jej zadaniem expiacyjnem także najwyższe cele społeczne a przedewszystkiem poprawę przestępcy. Doskonałym wyrazem tego uszlachetnienia kary przez kościół był napis na jednym z więzień rzymskich z czasów świeckiej władzy papieżstwa: *Parum est improbos coercere poena, nisi probos efficias disciplina* ³⁾.

Żeśmy w tych uwagach, na dygressyę zakrawających, cofnąć się musieli do starszych pisarzy, których nazwiska dziś niemal w zapomnieniu poszły, chociaż w swoim czasie tak były głośne, to stanowi tylko dalszy szczegół, charakteryzujący obecną sytuację naukową, tak nieprzychylną historii prawa karnego. Wobec naturalizmu,

¹⁾ C. E. Jareke: *Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts* — Berlin 1827, t. I. str. 245. (Kara ma być wymierzana: „auss lieb der gerechtigkeit und umb gemeynes nutz willen“).

²⁾ A. Merkel: *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrechte* — Strassburg 1892.

³⁾ F. A. Karl Kraus: *Die Gefangenen und die Verbrecher unter dem Einfluss des Christenthums* — Heidelberg 1889.

przeważającego w nowszej literaturze prawa karnego a poniżającego prawo to tak, że gorętsi, n. p. Ferri, zapowiadają mu już nawet bliżką zagładę, jako pierwszy krok do nowego czysto materialistycznego ustroju stosunków, zwrócenie się ku starym, historię i tradycję szanującym pisarzom, staje się w tej chwili potrzebnem dla pokrzepienia. Można by tą drogą iść dalej i znaleźć w historii prawa karnego najlepsze argumenta nawet przeciw poszczególnym dogmatom tego naturalizmu, który moralne czynniki działania ludzkiego chciałby albo zupełnie wykluczyć ze sfery prawa karnego, albo przynajmniej zepchnąć na szary koniec. Weźmy tylko dla przykładu tak dziś apodyktycznie przez pozytywistów włoskich podnoszoną zależność ducha prawa karnego od warunków przyrodzonych, wśród których żyją społeczeństwa. Gdzież mógłby ten duch być surowszy, aniżeli w ponurej, mroźnej Islandyi? A jednak Wilda¹⁾, rozprawiając o najstarszym starogermańskim pomniku prawnym (*Graugans*), zaznacza, że w żadnym starym prawie „ciążący na rodzinie i na gminie obowiązek opiekowania się biednymi nie był tak dokładnie określony. Pokazuje się, że srogość przyrody nie zamroziła serc, nie stępiała umysłu, lecz pobudzała także szlachetniejszą stronę ludzkiego ducha, że zahartowała siłę do odporu i walki. Jestto nauka i nowe ostrzeżenie, aby nie przenoszono prawideł życia roślinnego bezwarunkowo na rozwój ludzkich i państwowych stosunków.“

Zdawałoby się, że historia prawa karnego może tylko dostarczać wskazówek i objaśnień ogólnego znaczenia, ale nie przykładów, które dziś jeszcze dałyby się naśladować, oczywiście w formie zastosowanej do zmienionego ustroju stosunków. A jednak i pod tym ostatnim względem historia prawa karnego pobudziła już niejednego głębszego badacza do refleksyi charakterystycznych. Żeby tylko poprzestać na sprawach aktualnego znaczenia, zwracamy uwagę, że Tarde n. p. z odrazą pisze o dzisiejszych sposobach wykonywania kary śmierci i stawia za wzór Grecyę, gdzie stracenie najniebezpieczniejszego przestępcy, jaki kiedykolwiek istniał na świecie, Socratesa, odbyło się w sposób, nietylko niewzbudzający odrazy, lecz tak, iż

¹⁾ Dr. Wilh. Wilda: *Das Strafrecht der Germanen* — Halle 1842, str. 15.

„moglibyśmy dziś wziąć lekcję u Ateńczyków“¹⁾. Franck²⁾ także daje nowoczesnemu prawu karnemu lekcję z prawa starożytnego co do karania przestępstw, popełnionych drukiem, przestępstw myśli (*délits de la pensée*). Francuski filozof gorszy się tem, że w sposobie karania (więzieniem) przestępcy tego rodzaju stoją na równi z pospolitymi złoczyńcami, oszustami itp. i widzi możliwość zabezpieczenia społeczeństwa w inny charakterowi czynu więcej odpowiadający sposób. „Mamy przed sobą — mówi ten autor — człowieka, którego opinia lub porywy polityczne nie mogą się pogodzić z prawami, z urządzeniami, z rządem kraju. Niechże on zamieszka, przynajmniej do pewnego czasu, gdzieindziej, niech pod innym niebem, pod innymi ustawami szuka spokoju lub satysfakcyi moralnej, której potrzebuje. Zastąpcie więzienie banicją, wygnaniem na czas krótszy lub dłuższy, stosownie do wagi przestępstwa. Tak postępowały starożytne narody w wypadkach nadużycia wymowy lub wobec porywów poezyi, co wtedy zastępowało dzienniki i broszury. Tym narodom nie przyszłoby było na myśl traktować mowcy, trybuna lub poety, jakby jakiego oszusta lub złodzieja; wstydzilyby się były takiego postępowania, jakie stosujemy do naszych pisarzy. Kara wygnania jest może surowszą, aniżeli krótkie więzienie, ale jest godniejszą obywatela i odpowiada lepiej urządzeniu wolnego narodu.“

Można spierać się z Tardem i Franckiem o to, czy w powyższych wypadkach lekcya prawa wzięta u Greków przyniosłaby korzyści spodziewane. Ale sam fakt, że dziś może być spór o to, świadczy już dostatecznie o aktualnem znaczeniu, jakie dotąd ma historia prawa karnego i jakie zawsze mieć będzie.

Pozytywizmowi w zakresie prawa karnego zarzuca nawet zwolennik jego, Tarde³⁾, że nie ogląda się na historję prawa, na historję w ogóle, kiedy tymczasem szkoła klasyczna właśnie w tradycjach szuka jednego z najgłówniejszych punktów oparcia. Jako pozytywista pociesza się Tarde tem, że pozytywizm, „opierając się wyłącznie na obserwacyi faktów widzi w własnej historii tylko mniej lub więcej zbyteczny wstęp do dalszych wywodów.“ Zbyte-

¹⁾ G. Tarde: *La Philosophie pénale* — II. ed. Paris 1891, str. 570.

²⁾ A. d. Franck: *Philosophie du droit pénal* — II. ed. Paris 1880, str. 159.

³⁾ G. Tarde: *La Philosophie pénale* (j. w.) str. 43—44.

czynnym miałyby być ten wstęp dlatego, że pozytywizm robi postępy, więc może polegać na terażniejszości a o wrzekomo upadającej teorii klasycznej można powiedzieć, że musi dziś postępować, jak podupadająca rodzina, która właśnie „nie w chwili blasku najwięcej zajmuje się swoją genealogią“. Prawda mieści się w tych słowach o tyle, że jestto rzeczywiście charakterystycznym rysem pysznego parweniusza, iż żyje głównie terażniejszością i szydzi z genealogicznych reminiscencyi magnata. Jeżeli jednak pozytywizm karno-prawny wytrzymuje zupełnie porównanie z aroganckim parweniuszem, to klasycyzm dzięki Bogu wcale a wcale nie jest podobny do podupadłego magnata. Jak był, tak jest i będzie — magnatem moralnym, patrzącym spokojnie na przemijający blask parweniuszy, dumnym ze swojej genealogii, jako świetnego obrazu położonych już w ciągu długiach wieków wielkich zasług cywilizacyjnych i jako drogoscazu w dalszym pochodzie cywilizacyjnym ludzkości. Takie porównanie pozytywizmu karno-prawnego z parweniuszem nasuwa się tem więcej, że jak każdy parweniusz, oszołomiony powodzeniem, chciałby się koniecznie, bodaj za pomocą historycznych dokumentów wątpliwej autentyczności, wcisnąć w wyższe koła społeczne, tak i pozytywizm pierwotnie zrywający z historią prawa, aby inaugurować całkiem nowy okres, zaczyna ku niej zwracać się wtedy, gdy pragnie podnieść swoją powagę naukową. W najświeższym wydaniu swojej Socyologii kryminalnej H. Ferri szuka otwarcie sojuszu z historią prawa. Reklamuje bowiem dla rzymskiego prawa karnego większą uwagę, aniżeli ono dotąd na siebie zwracało wskutek przesadnej opinii o jego niższości wobec prawa dzisiejszego. Wynosząc rzymskie prawo karne, Ferri chciałby z niego wskrzesić niektóre urządzenia, jak n. p. powszechne prawo oskarżania (*actio popularis*), rozgraniczenie podstępu (*dolus malus* i *dolus bonus*), karę deportacji do kopalni (*ad metalla*), aby zamiast niewinnych robotników tylko sami złoczyńcy stawali się ofiarami wypadków niebezpiecznych, wydarzających się tak często w kopalniach ¹⁾. Ale tak skory do zarzucania innym eklektycyzmu Ferri w swoim historycyzmie jest także tylko eklektykiem. Wyrzywa bowiem z historyi

¹⁾ H. Ferri (w przekładzie francuskim): *La Sociologie criminelle* — III. ed. Paris 1893, str. 444.

prawa jedynie kary, które w jego systemie mogłyby znaleźć zastosowanie. Cały zrasztą rozwój historyczny prawa karnego nie obejmuje go tak samo, jak wszystkich jego towarzyszy w nowatorstwie, marzących pod hasłem *ex morte vita* nie o kontynuacji misji cywilizacyjnej prawa karnego, lecz o wywróceniu jego podstaw i stworzeniu nowych, na filozoficznych konsekwencjach Darwinizmu opartych, a przede wszystkim o zerwaniu z „illuzją antropocentryczną“, która jako wrzekomy *pendant* do obalonej już illuzji geocentrycznej, stawiającej ziemię w punkcie środkowym całego świata, wywyższyła człowieka, ów zdaniem tej szkoły filozoficznej nieskończenie mały atom w oceanie życia uniwersalnego, na pied tal urojonej wyższości duchowej nad wszystkimi stworzeniami.

Gdyby to kryminologowie z „nowych horyzontów“ zwrócili się lojalnie do historii prawa karnego i nie wyrwali z niej jedynie szczegółów, dla swojej tendencji przydatnych, lecz rzetelnie szukali w przeszłości objaśnień i wskazówek! Z pewnością nie wołaliby wtedy jak Ferri: *ex morte vita*, śmierć prawu dzisiejszemu, aby po jego zagładzie powstało całkiem nowe! Hasła tego nie powtarza już nawet n. p. taki pozytywista jak Tarde, gdyż wniknął głębiej w historię prawa karnego. Oparty na jej wskazówkach Tarde, mimo predylekcji dla „nowych horyzontów“, nakreślić mógł w swojej filozofii prawa karnego takie obrazy rozwoju natury przestępstwa i kary, że na ich widok nawet w zwolenniku teorii klasycznej obudza się przekonanie, iż z tej dzisiejszej tak wydatnej fazy pozytywistycznej pozostać musi ostatecznie niejedną ważną zdobycz naukowa. I tak n. p. idąc za wskazówkami socjologiczno-historycznych badań zapowiada Tarde, że ewolucya systemu karnego zmierza ku wznowieniu dawnego wpływu takich środków społeczno-moralnego znaczenia, jakimi były w pierwotnym ustroju sądów domowych hańba i pogarda. spadająca na występного członka rodziny. Żeby poznać, jaki świetny horoskop w społeczno-moralnem, w ogóle w cywilizacyjnem, znaczeniu mieściłaby w sobie ta zapowiedź, trzeba mieć przed oczyma wspinały obraz działania i wpływu sądów domowych społeczeństwa rzymskiego¹⁾, które, jak to później poznamy,

¹⁾ Dr. Wilhelm Rein: *Das Criminalrecht der Römer* (j. w.) str. 641. — Dr. A. W. Zumpt: *Das Criminalrecht der römischen Republik* — Berlin 1865, t. I. str. 349 i in.

pozostawiło po sobie w cenzurze, jako trybunale społeczno-moralnym, godny dziś jeszcze uwagi a pod pewnym względem nawet niedościgniony przykład judykatury, wychodzącej po za ramy prawa pozytywnego.

Z tą zapowiedzią łączy się w tem samym dziele Tarde'a obraz ewolucyi przestępstwa w świetle cywilizacyi, ewolucyi, polegającej na zmianie postaci i akcesoryów formalnej natury, ale nie na częściowem wytepieniu złego. W sposób drastyczny objaśnia Tarde tę cywilizacyjną metamorfozę złego. Dawny romantyczny typ prostego rozboju, brygantyzm, porównuje z dzisiejszym miejskim typem wyzysku. Rozwinął się on na tle wolnej konkurencyi i pod takimi formami, czy pokrywkami postępu obrotowo-przedsiębiorczego, jak n. p. owe nawet przez wielbiociela dzisiejszego obrotu, Iheringa, jako jedno z najfatalniejszych urządzeń współczesnych napiętnowane kompanie akcyjne, wyzuwa ludzi z mienia wprawdzie nie tak brutalnie, ale za to i nie tak otwarcie, zawsze jednak z takim samym skutkiem, jak dawny brygantyzm.

Przestępstwo zmienia tedy z biegiem czasu nieustannie postać swoją, jak Proteus, ale istota jego, zdrożność moralna, pozostaje tem, czem była dawniej. Właśnie to spostrzeżenie skierowało uwagę Tarde'a na środki zaradcze moralnego znaczenia, już wypróbowane w historii rozwoju prawnego i cywilizacyjnego ludzkości. Zatem na stanowisku historyczno-filozoficznym odsłoniła się niedostateczność siły repressyjnej samego prawa i konieczność jego przymierza ze środkami moralnymi nawet prawnikowi-filozofowi, oddanemu całą duszą programowi tego pozytywizmu, który wiecznie sporną w teorii kwestyę stosunku prawa do etyki stawia nieraz tak skrajnie, iż nie waha się wprost głosić, że to tylko jest prawem, co zawiera dziennik ustaw obowiązujących, że trzeba przystąpić już do zupełnego oddzielenia etyki od prawa, że wreszcie prawo samo sobie wystarcza a etyka tylko zawadza mu w spełnieniu właściwych zadań. W słowach powyższych nie mieści się exaggeracya, lecz, jak to piszący w innej pracy swojej przedstawił¹⁾, tylko charakterystyka prądu wybitnego i licznie reprezentowanego w dzisiejszej filozofii prawa.

¹⁾ Dr. Bronisław Łoziński: *Juris ignorantia* — Lwów 1893, str. 248 i n.

Z podobnym dualizmem zapatrywań, jak u Tarde'a, spotkać się dziś można nawet w jednym i tem samym dziele, gdy wśród teoretycznej apologii prawa, wyemancypowanego z pod wpływowi etyki, wzrok autora zwróci się mimowoli ku stosunkom aktualnym. Pozytywista-teoretyk wypada wtedy ze swojej roli, spowiada się szczerze ze zwątpienia i nieraz jedną dygressyą, opartą na trzeźwym poglądzie na stosunki panujące, trafić musi do przekonania nieuprzedzonego czytelnika daleko prędzej, aniżeli długimi wywodami subteltnemi o samodzielności prawa wobec etyki. Przytoczymy tylko jeden taki przykład, pochodzący z „kraju myślicieli i poetów“, ze społeczeństwa, które samo siebie nazywa „państwem dobrych obyczajów i bojaźni bożej“, z tego świata prawniczego, który pracę swoją uważa za kontynuację dzieła jurisprudeneyi rzymskiej, — przytoczymy przykład z Niemiec, roszczących sobie dziś prawo do nadawania tonu naukowego całemu światu. E. Bekkerowi, jednej z gwiazd dzisiejszego świata prawniczego Niemiec, wymknęła się właśnie taka dygressya i to w dziele, które jako hołd koleżeński, złożony Iheringowi w dniu jego złotego jubileuszu doktorskiego, miało być a przynajmniej powinno być, już z samego założenia swojego, pomnikową apologią dla pozytywizmu prawnego.

Oto słowa Bekkera ¹⁾: „*Qui proficit in litteris et deficit in moribus, plus deficit quam proficit.*” Dobre i złe obyczaje odbijają się w niezliczonych rodzajach zjawisk, z których wiele, może największa część, usuwa się z pod wszelkich tabelarycznych zestawień. Kryminalna statystyka może wchodzić w rachubę tylko jako wskazówka, ale niema jej prawie dla początku bieżącego stulecia. Oprócz zestawienia wypadków ukarania potrzebne byłyby daty o niesprawiedliwych uwolnieniach i o przestępstwach, nieobjętych doniesieniami. Jakżeż jednak można zebrać te daty? Że pod koniec ubiegłego stulecia kobiety i mężczyźni także i z wyższych stanów nie byli bez wyjątku wzorami cnót, to rzecz wiadoma, ale któż sprawdzi, o ile staliśmy się lepsi lub gorsi? Aby jednak nie popadać dalej w pedanteryę, trzymam się tego, o czem na każdym kroku czytać można, o czem mówią głośno na zgromadzeniach różnych towarzystw: Mimo

¹⁾ Ernst Immanuel Bekker: *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft* — Leipzig 1892, str. 200.

wzrostu oświaty szkolnej, mimo poprawy stosunków materialnych i zdrowotnych, zdziwienie mas robi postępy; dowody na to sypią się jak z rogu obfitości, mianowicie w miastach stołecznych a przede-wszystkiem na pół dojrzała młodzież wykazać się może pod tym względem rezultatami, które trudno pojąć, które dawniej były niesłychane... Postąpiliśmy naprzód w wielu dobrych rzeczach, ale najmniejszy postęp wykazuje sztuka edukacyjna. Dwudziestemu stuleciu przypadnie jako najpilniejsze zadanie poprawa obyczajów“.

Na takich ogólnych, prawie desperackich, stwierdzeniach niedostateczności samych środków prawnych w tępieniu złego, które szeroką strugą rozlewa się po za tamy kodeksowe na grunt społeczny, dziś refleksya kończyć się już nie może, gdyż wydoskonalona w ostatnich czasach statystyka kryminalna zawiera daty złowrogie, nawołujące do jaknajrychlejszego pomnożenia i spotęgowania środków ochronnych. Nawet prawnik-pozytywista, oglądający się za takimi środkami, chociażby tylko przeciw niższym kategoriom przestępstwa, tym, które stojąc poniżej skali karno-kodeksowej, przekazane zostały judykatarze policyjno-administracyjnej, musi w końcu koniecznie zwrócić się do społeczeństwa¹⁾ i do tych instytucji jego moralnej organizacyi, na które, jak na dom i szkołę w połączeniu z kościołem, pozytywizm prawny, na siłach samego mechanizmu paragrafowego polegający, do niedawna jeszcze nie oglądał się tak, jak się zawsze oglądać należało na moralnych sprzymierzeńców prawa, w duchu jego klasycznej filozofii niezbędnych a za świadectwem jego nieuprzedzonej historii zawsze i wśród wszelkich stosunków wypróbowanych.

Pomiędzy prawem karnem a prywatnem jest linia graniczna a raczej neutralna sfera graniczna, w której obrębie skuteczność środków samego mechanizmu prawnego w zbyt wielu wypadkach szczególnie zawodzi nawet skromne oczekiwania. Nie wszystko bowiem, czego kodeks karny nie uchwycił w swoje obcegi paragrafowe a kodeks cywilny nie opatrzył marką interesu, osłoniętego proceduralną gwarancją, czyli używając zwrotu dziś w praktyce prawniczej tak utartego, nie wszystko, czego ani kodeks karny ani

¹⁾ Dr. Karl Fuhr: *Strafrechtspflege und Socialpolitik* — Berlin 1892.

kodeks cywilny „nie przewidział“, jest już z tego tytułu słusznem i godziwem. Może być przecież spełniony akt widocznej niegodziwości, nawet niekzemności, wprawdzie „nieprzewidziany“ przez kodyfikatora, więc i nie podlegający judykaturze oficjalnej, ale nie mniej przez to godny potępienia i pogardy.

Ta sfera graniczna zmniejsza się w miarę, jak ścieśniają się węzły między etyką i prawem a rozszerza się w takim samym stopniu, w jakim pozytywizm prawny, przejęty hasłem, że prawo samo sobie wystarczać powinno, widzi kryteria prawości i godziwości wyczerpane już w tem, co jego przepisy zawierają.

Określenie tej linii czy sfery granicznej między bezprawiem karnem a cywilnem stanowi i stanowić będzie nadal, jak stanowiło dotąd, jedną z tych kwestyi spornych, około których ścierają się ze sobą filozoficzne poglądy na istotę i cele prawa, na jego niedostateczność bez pomocniczego współdziałania czynników moralnych. Wprawdzie pozytywizm prawny najświeższej daty, zrywający tak śmiało łączność prawa z etyką, uważa całą tę kwestyę sporną już tylko za ślad wrzekomo zamkniętej fazy zgubnego w jego wyobrażeniu aliansu prawa z „metafizycznymi subtelnościami“ dawnej filozofii ¹⁾, ale w świetle historii prawa i rozwoju jego misji cywilizacyjnej takie ubicie całej sprawy, lub chociażby tylko zepchnięcie jej do rzędu dysput, pozbawionych aktualnego znaczenia, krytyki wytrzymać nie może. Nawet A. Schäffle w swoim wielkim, na pół fantastycznym, chociaż na ściśle naukowem tle osnutym, obrazie przyszłej ewolucyi społecznej nie wróży takiego ubicia powyższej kwestyi wątpliwej, lecz owszem uznaje wprost brak zasadniczej podstawy dla jej stanowczego rozwiązania ²⁾.

Zwróćmy tylko uwagę na obecny stan życia prawnego pod tym względem. Na każdym kroku przecież spotkać się można z widokiem jawnych tryumfów podstępny, nieuczciwości, w ogóle złej wiary, która dzięki swojej ruchliwej i sprytniej pomysłowości umie obejść wszystkie baryery prawa karnego a nawet i zadrwić z całej forma-

¹⁾ Dr. Mittelstädt: *Schuld und Strafe* (w *Gerichtssaal* z r. 1892, t. XLVI. str. 399 i n.).

²⁾ Dr. Albert E. Fr. Schäffle: *Bau und Leben des socialen Körpers* — Tübingen 1878, t. IV. str. 373.

lizmem skrępowanej przezorności prawa prywatnego. W ten sposób niegodziwość, nawet niktzemność, przybiera zbyt często charakter interesu z bezczelną, ale formalnie uzasadnioną, pretensją do osłony prawa a ludzie „bez czci i wiary“, owi według słów Tarde'a bryganci najnowszej daty, nie tylko chępią się pod okiem prawa swoją przedsiębiorczością, lecz nadto z cynizmem litują się nad nieporadnością ofiar, które raz wpadłszy w sieć formalistyki prawnej już się z niej bez szwanku wydobyć nie mogą. Kto niema trafnego wyobrażenia o sytuacji prawnej pod tym względem a raczej wyobrażenia o niebezpieczeństwie, na jakie narażony jest każdy człowiek, działający w dobrej wierze i uważający dobrą wiarę za naturalną premisę w zawieraniu interesów, ten zaraz w pierwszym występie swoim na widowni obrotowej dozna najprzykrzejszego rozczarowania. Stanie się ofiarą jawnego oszustwa a jednak nie znajdzie satysfakcyi ani w prawie karnem, ani w prawie prywatnem, gdyż pierwsze przyznaje spekulacyi, według wielce poważnego świadectwa naukowego J. Kohlera ¹⁾, najdalej idące ustępstwa co do legalności ukrywania swoich planów i nazywa oszustwem dopiero wprowadzenie w błąd pod pewnemi pozytywnie określonymi warunkami a drugie z subtelną, obroną niesłychanie utrudniającą, formalistyką swoją łączy jeszcze ową fatalną przestrożę: *vigilantibus iura scripta*, przestrożę, równającą się w dzisiejszym okresie hyperprodukcji nowych ustaw i powszechnej nieznanomości prawa niemal prostemu szyderstwu. Któż tedy wskaże kryteria kwalifikacyi prawnej takiego czynu „spekulacyjnego“, graniczącego z oszustwem, kto zakresli dokładnie granice między oszustwem a sprytną spekulacją?

W imieniu prawa pozytywnego Kohler w przytoczonej rozprawie daje na powyższe pytania taką odpowiedź: „Oszustwo jest jednym z najzawilszych przestępstw: określenie granicy między prywatno-prawnem a karnem oszustwem wystawia często jurisprudeneyę na ciężką próbę. Rzecz naturalna, że różnica ta nie jest raz na zawsze określona. Jestto kwestya cywilizacyjnego ustroju stosunków, gdzie prywatno-prawne środki i społeczne czynniki reakcyi nie wystarczają a wskutek tego przymus karny musi być stosowany.

¹⁾ Dr. J. Kohler: *Treue und Glauben im Verkehr* — Berlin 1893.

Spis treści

Moralne czynniki rozwoju prawa	1
Cenzura rzymska	36
Infamia	62
Cześć w prawie dzisiejszym	113
Cenzura społeczna	164