

Σταύρος ΚΙΤΣΑΚΗΣ

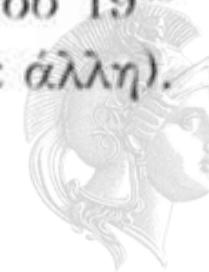
**Η Ιστορικότητα του Δικαίου**  
Το δίκαιο ως ιστορικό φαινόμενο στη θεωρία  
της γερμανικής ιστορικής σχολής του δικαίου

Α. ΕΙΣΑΓΩΓΗ

1. Ιστορικότητα του δικαίου είναι η τοποθέτησή του δικαίου στη ροή της ιστορίας. Στη βάση του θεμελιώδους ερωτήματος για τις πηγές του εκάστοτε ισχύοντος δικαίου τίθεται το πρόβλημα της παράδοσης. Καλούμαστε δηλαδή να αναζητήσουμε από πού εμπνεύστηκε ο σύγχρονος νομοθέτης την ρύθμιση που αποφάσισε, αν αυτή έχει τις βάσεις της στο παρελθόν, σε ποιο παρελθόν, δηλαδή στο παρελθόν ποιας κοινωνίας, αν πρέπει να συμβαίνει αυτό – η αναζήτηση του περιεχομένου του δικαίου στο παρελθόν – και αν εν τέλει το παρελθόν δεσμεύει το νομοθέτη. Το πιο σημαντικό ερώτημα βέβαια, το οποίο ο νομοθέτης μπορεί μόνο ως πολιτικό ον – μέλος μιας συγκεκριμένης/ιστορικής κοινωνίας να απαντήσει, είναι τί ακριβώς από την ατελείωτη λεπτομέρεια του παρελθόντος (θέλουμε να) μας δεσμεύει, δηλαδή το ζήτημα της ιστορικής συνέχειας.

Η γερμανική ιστορική σχολή του δικαίου – κατ' ακριβολογία η μόνη ιστορική σχολή του δικαίου, αφού αντίστοιχες κατευθύνσεις σε άλλες χώρες, όπως η Αγγλία, δεν εξελίχθηκαν σε σχολές – είναι αυτή η οποία στις αρχές του 19<sup>ου</sup> αιώνα έθεσε αυτά τα ερωτήματα στο επίκεντρο του προβληματισμού της και έδωσε νέες απαντήσεις, βασισμένες σε καινούργιες έννοιες, οι οποίες είναι ταυτόχρονα έννοιες της εποχής της. Ποια είναι αυτή η εποχή;

Χρονικά θα την εντοπίσουμε στα τέλη του 18<sup>ου</sup> και στις αρχές του 19<sup>ου</sup> αιώνα. Μια εξαιρετικά πολύπλοκη περίοδος (όπως μάλλον και κάθε άλλη).



Πολιτικά είναι η εποχή του Κράτους, το οποίο από τη δική μας προοπτική σημαίνει την εποχή του ισχυρού νομοθέτη. «Το παρόν γενικό Δίκαιο καταλαμβάνει τη θέση όλων των μέχρι τώρα εκ του ρωμαϊκού δικαίου ισχυόντων και άλλων, ξένων και επικουρικώς ισχυόντων Δικαίων και Νόμων. Κατά τέτοιο τρόπο, ώστε από της δημοσίευσης του, Ιούνιος 1791, δεν είναι πια δυνατή η επίκληση αυτών των Δικαίων»<sup>1</sup>. Τάδε έφη ο περίφημος και, χυρίως λόγω εκτάσεως, διαβόητος νόμος του Φρειδερίκου Γουλιέλμου Β' της Πρωσίας. Η ρήση αυτή του πρωσικού κώδικα θέτει το ιστορικό πλαίσιο της ιστορικής σχολής του δικαίου. Πρόκειται κατά πρώτον για την εποχή των πρώτων κωδικοποιήσεων. Επιχειρείται η εμπέδωση της νέας αντίληψης περί διαχωριστικής γραμμής ανάμεσα στο παρελθόν και το παρόν. Ο νόμος παύει να λαμβάνει ισχύ (autoritas) μέσω της διασύνδεσής του με το παρελθόν. Ακόμη πιο περίφημο είναι το εγκώμιο που έπλεξε ο ένας εκ των δύο μεγαλύτερων φιλοσόφων της εποχής, ο Hegel, στο νεογέννητο Κράτος ξετυλίγοντας όλη του τη φιλοσοφία περί δικαίου γύρω από τη συγκεκριμένη έννοια.

2. Το δεύτερο στοιχείο της εποχής είναι ταυτόχρονα η «υπέρβαση» του Κράτους. Δημιουργείται η έννοια του Έθνους. Η υπερδύναμη του νομοθέτη δεν στηρίζεται στην ιστορία, ούτε στο Θεό, αλλά αυτό δεν σημαίνει πως είναι συνειδητά αυτοθεσμισμένη. Η Γαλλική Επανάσταση σκέφτηκε και θεσμοθέτησε την εθνική ενότητα<sup>2</sup>. Ο υπερβατικός μανδύας (σχήμα ρητορικό: ποτέ η υπερβατικότητα δεν είναι απλά «επένδυση») του νομοθέτη είναι το Έθνος, «το πολιτικό σύνολο ως κοινωνία των ζωντανών, των νεκρών και των ακόμη αγέννητων»<sup>3</sup>. Συνθετικό υλικό του μανδύα είναι ο κοινός πολιτισμός, που ολοκληρώνει τη χωρικά θεμελιωμένη, και σε σχέση με το παρελθόν χωρικά περιορισμένη, ταύτιση του πολίτη με το ένα σύνολο<sup>4</sup>. Έθνος και Πολιτισμός είναι κεντρικές έννοιες της σχολής του Ρομαντισμού. Ταυτόχρονα αποτελούν πυλώνες του πνευματικού οικοδομήματος της ιστορικής σχολής του δικαίου. Γι' αυτό το λόγο πρέπει να τονίσουμε ήδη εισαγωγικά πως οι σύνδεσμοι μεταξύ της μίας και της άλλης σκέψης είναι ελάχιστοι. Σαφώς δεν είναι δυνατόν να αμφισβητηθεί κάθε δεσμός μεταξύ τους. Το Λαϊκό Πνεύμα αποτελεί κεντρική έννοια και των δύο. Οι βάσεις δε της έννοιας βρίσκονται σαφώς στο Ρομαντισμό<sup>5</sup>.

1. Ελεύθερη μετάφραση της εισαγωγής στο Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Patent I. 1791.
2. Αναλυτικά Lefebvre, Η Γαλλική Επανάσταση, σελ. 648 ακ.
3. Bλ. Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, σελ. 441.
4. Bλ. Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, σελ. 441.
5. Bλ. Nipperdey, Deutsche Geschichte τομ. I, 1800-1918, Bürgerwelt und starker Staat, σελ. 500ακ. με παραπομπή στον Herder, (σελ. 502), ο οποίος μέλησε για: «stilles Hervorgehen der kulturellen und gesellschaftlichen Zustände aus dem kollektiven

Η μέχρι σήμερα έρευνα έχει επικεντρώσει στον Savigny, ο οποίος όντας υγγενής με την οικογένεια των Brentano (Μπρεντάνο) – κεντρικές φιλούρες της ρομαντικής κίνησης –, δάσκαλος του Jakob Grimm (Γκριμ) και αυτόχρονα θεμελιωτής πολλών εκ των φαινομενικά «θολών» εννοιών της ιστορικής σχολής του δικαίου, μπορούσε εύκολα να οδηγήσει στη σύνδεση των συγκεκριμένων τρόπων σκέψης. Σίγουρα όμως στο Savigny δεν αβρούμε κανένα στοιχείο νοσταλγίας για το Μεσαίωνα, η οποία τόσο αραχτήριζε το ρομαντισμό. Βεβαίως η από την πλευρά του αναζήτηση της ιστορικής συνέχειας του Δικαίου και του Έθνους δεν μπορεί να είναι αποκομμένη από τη ρομαντική σύλληψη «του βιώματος ενός συναισθήματος εσώτερης συνέχειας, της ενότητας παρελθόντος και παρόντος»<sup>6</sup>. Όπως μας εξηγεί όμως ο Wieacker, ο Savigny δεν αναζητεί στο «Λαϊκό Πνεύμα» την υποσυνείδητη βάση της ιστορίας και του πολιτισμού<sup>7</sup>. Θα δούμε στη συνέχεια τί ακριβώς αναζητεί. Πιο κοντά στην αλήθεια, η οποία σίγουρα δεν έχει μία όφη, θα ήταν να τονίζαμε τον κλασσικό προσανατολισμό του Savigny, ο οποίος θα εξηγούσε καλύτερα και τον ενθουσιασμό του για το ρωμαϊκό δίκαιο.<sup>8</sup>

3. Αντιφατικά, αλλά μετά τις διακρίσεις που επιχειρήσαμε μόνο φαινομενικά αντιφατικά, στην εντύπωση που δίνουν οι έννοιες της ιστορικής σχολής του δικαίου έρχεται να προστεθεί ένα τρίτο στοιχείο: Η εποχή της ιστορικής σχολής του δικαίου είναι από φιλοσοφικής απόφεως κατά της μεταφυσικής. Ο Kant (Καντ) χαράσσει νέους δρόμους για τη γνωσιοθεωρία, δρόμους που θα ακολουθήσουν κεντρικά πρόσωπα της σχολής. Μεγάλης σημασίας είναι η αντιπαράθεση της εμπειρικής και της υπερβα-

Unbewussten des Volkes» (βλ. σχετικά με τον Herder ακόμη Koepke, Das Wort Volk im Sprachgebrauch Johann Gottfried Herders, σε: Lessing Yearbook, 1987, σελ. 209-219). Σχετικά με το «λαϊκό πνεύμα» ως προϊόν της ρομαντικής αντίληψης της ιστορικότητας πάλι Nipperdey, τομ. 1, σελ. 505 και σε σχέση με την ιστορική Σχολή σελ. 510.

6. Έτσι σχετικά με τον Ρομαντισμό του Burke. Meinecke, Die Entstehung des Historismus, σελ. 287.

7. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, σελ. 362. Έτσι τελικά και ο Nipperdey I, σελ. 501.

Η σύνδεση της ιστορικής σχολής με το ρομαντισμό (βλ. όμως ήδη παρακάτω υποσημείωση 10, Meder) είναι ενδεχομένως εντονότερη σε θέματα ερμηνείας του δικαίου. Ιδιαίτερα ο Hirschberger, Geschichte de Philosophie, τομ. 2, Neuzeit und Gegenwart, σελ. 383f., συνδέει τη διδασκαλία περί τέχνης του Schelling απευθείας με την ιστορική Σχολή και τον Savigny. Με αυτό τον τρόπο δημιουργείται συνάφεια της διδασκαλίας για το «λαϊκό πνεύμα» με τις απαρχές της Ερμηνευτικής στην τέχνη. Το θέμα χρίζει προφανώς ιδιαίτερης ανάλυσης, η οποία στη Γερμανία έχει ήδη επιχειρηθεί από τον Meder, και η οποία δεν βρίσκεται στο επίκεντρο του παρόντος προβληματισμού.

8. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, σελ. 363 ακ. 393 ακ.



τικής μεθόδου, ορίζοντας το υπερβατικό ως κάτι το οποίο βρίσκεται έξω από τη γνώση<sup>9</sup>. Αυτό το αποτέλεσμα της αναζήτησης του φιλοσόφου έχει σημασία και για τον ιστορικό του δικαίου. Αποτελεί την φιλοσοφική τεκμηρίωση της επιταγής για την αναζήτηση της ιστορικής αλήθειας στις πηγές από το παρελθόν και σε τίποτε άλλο. Σε άλλους τομείς της σκέψης του Savigny, όταν πρόκειται για την ερμηνεία του δικαίου, κάτι στο οποίο δεν θα επεκταθεί η παρούσα μελέτη, η σκέψη του Kant θα παίξει πολύ πιο κεντρικό ρόλο. Ιδιαίτερα με την επί μακρόν παραμεληθείσα διδασκαλία του για την αισθαντικότητα ο Φιλόσοφος επέτρεψε στο μεγάλο Νομοδιδάσκαλο να αναλύσει τη διαδικασία της ερμηνείας με την πολυπλοκότητα που της αρμόζει.<sup>10</sup>

4. Θα παραμείνουμε στη φιλοσοφία για να εντάξουμε την ιστορική σχολή του δικαίου στην εποχή της από μια διαφορετική σκοπιά. Στις έννοιες της ιστορικής σχολής θα βρούμε όλα τα βασικά στοιχεία της «νέας ιστοριογραφίας».<sup>11</sup> Κεντρικό στοιχείο της νέας ιστοριογραφίας, δηλαδή της νέας φιλοσοφίας για την ιστορία του ανθρώπου, είναι η υπογράμμιση της αισθητής διάστασης του ανθρώπου. Ο άνθρωπος είναι φύση και η συνεχής αναζήτηση της φύσης του ανθρώπου σημαίνει αναβάθμιση της σημασίας του αισθητού κόσμου απέναντι στη νοησιαρχία, συνάφεια του ανθρώπου με τον κόσμο γύρω του. Δεν μπορούμε να συλλάβουμε τον άνθρωπο έξω από το περιβάλλον του και εν τέλει έξω από την ιστορία.<sup>12</sup> Αυτό είναι το **κοινωνικό Όλον**, το οποίο τον περικλείει. Και βέβαια μέσα από αυτή τη νέα σημασία του κοινωνικό-ιστορικού προκύπτει το πρόβλημα των διαφορετικών πολιτισμών και της αξιολογικής τοποθέτησής τους. Η αντίληψη αυτή συνολικά κατατείνει στην πολυπλοκότητα του κόσμου και στην διαφορετική σύλληψη του ρόλου του νομοθέτη. Πράγματι είναι δύσκολο να φανταστούμε, όλη αυτή την πολυπλοκότητα να εξαρτάται και να καθορίζεται από τη βούληση του νομοθέτη.<sup>13</sup> Αυτό θα προσπαθήσει να πει και ο Savigny.

5. Για να συμπληρώσουμε την εικόνα, πρέπει να αναφερθούμε σε ακόμη ένα στοιχείο. Όταν θα έρθει ο Thibaut (Τιμπό) να υποστηρίξει την κωδικοποίηση του δικαίου, όχι στη βάση του Code Civil, αλλά αναφερόμενος σε αυτόν, θα αγγίξει την ευαίσθητη σχέση των ιστορικών (συντηρητικών)

9. Βλ. συνοπτικά Ιστορία της Φιλοσοφίας, Η Καντιανή Επανάσταση, σελ. 36 (Encyclopédie de la Pléiade).

10. Η θεμελιώδης ανάλυση αυτών και ιδιαίτερα του σημείου «Ερμηνεία ως τέχνη στον Savigny» βρίσκουμε στα έργα του Meder, α) Urteilen. Elemente von Kants reflektierender Urteilskraft in Savignys Lehre von der Entscheidungs- und Regelfindung, και β) Mißverständen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik.

11. Έτσι Κονδύλης, Ο Ευρωπαϊκός Διαφωτισμός, τομ. 2, σελ. 86 ακ.

12. Βλ. Κονδύλης, Ο Ευρωπαϊκός Διαφωτισμός, τομ. 2, σελ. 87.

13. Βλ. Κονδύλης, Ο Ευρωπαϊκός Διαφωτισμός, τομ. 2, σελ. 91.

πνευμάτων με την Επανάσταση. Η Επανάσταση, αν συμβολίζει κάτι, αυτό είναι η ρήξη με την παράδοση. Στον Ιρλανδό Edmund Burke (Εντμουντ Μπερκ), τον διάσημο προπομπό μιας αγγλικής ιστορικής σχολής του δικαίου, η οποία δεν υπήρξε ποτέ, βρίσκουμε ένα ολόκληρο βιβλίο αφιερωμένο σε αυτή τη σχέση παράδοσης και Ιστορίας με τη Γαλλική Επανάσταση. Και για την ιστορική σχολή του δικαίου θα είναι σαφές, πως ο νομοθέτης δεν δικαιούται να επαναστατεί, δηλαδή να έρχεται σε ρήξη με το παρελθόν. Για τον Savigny είναι δε βέβαιο, πως η επανάσταση λειτουργησε με τυφλή ορμή ενάντια σε καθετί παραδεδομένο, μεθυσμένη από τις απατηλές προσμονές ενός απροσδιόριστου μέλλοντος και κατέστρεψε μεγάλο μέρος του αστικού δικαίου στη Γαλλία<sup>14</sup>.

## B. Η ΙΣΤΟΡΙΚΗ ΣΥΝΕΧΕΙΑ ΩΣ ΘΕΜΕΛΙΩΔΗΣ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΣ ΤΗΣ ΣΧΟΛΗΣ

Έχοντας δει εισαγωγικά το περίγραμμα, μέσα στο οποίο γεννήθηκε και εξελίχθηκε η σκέψη της ιστορικής σχολής του δικαίου, προχωράμε τώρα να δούμε τα στοιχεία, τα πρόσωπα και τις έννοιές της. Το θεμελιώδες ερώτημα της Ιστορικής Σχολής του Δικαίου, δηλαδή το ιδιαίτερο ερώτημά της, η ξεχωριστή συνεισφορά της στον φιλοσοφικό προβληματισμό της εποχής, τίθεται από τον Savigny ήδη κατά την διακήρυξη του επιστημονικού προγράμματος της σχολής εν έτει 1815 στο όργανο της, το περιοδικό *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. «Ποιά η σχέση του παρελθόντος με το παρόν», είναι το πρώτο ερώτημα του Savigny<sup>15</sup>. Αυτό που απασχολεί το Savigny και την εποχή του είναι πρωτίστως το ερώτημα της ιστορικής συνέχειας. Έτσι διαχωρίζει τις σχολές σκέψης ανάλογα με την σχετική τοποθέτησή τους. Οι μεν, λέει, βλέπουν την Ιστορία ως μια συλλογή παραδειγμάτων, από την οποία μπορούν να δανειστούν οι εποχές και οι κοινωνίες κατά «βούληση». Για τους δε, για την «ιστορική σχολή»<sup>16</sup>, δεν υφίσταται μεμονωμένη ύπαρξη, παρά μόνο ότι φαίνεται ως τέτοιο, αποτελεί κομμάτι ενός ανώτερου όλου. Αυτό δεν συνεπάγεται μόνο υπαρξιακή, αλλά πολύ περισσότερο ιστορική συνέχεια. Κάθε ιστορική περίοδος ενός Λαού<sup>17</sup>, είναι συνέχεια και εξέλιξη όλων των προηγούμενων χρόνων. Το ιστορικό αποτέλεσμα κάθε εποχής επιτυγχάνεται από κοινού με το σύνολο της πραγματι-

14. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 55.

15. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, τομ.1 (1815), σελ. 3.

16. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, τομ.1 (1815), σελ. 2.

17. Πρόκειται για τη μετάφραση του όρου «Volk», κεντρικής έννοιας για την ιστορική σχολή.



κότητας και δεν αποτελεί συνέπεια της βούλησης των καιρών<sup>18</sup>. Στη συνέχεια μας δίνει όλες αυτές της θεμελιώδεις έννοιες γύρω από τις οποίες θα περιστραφεί ο προβληματισμός της σχολής κατά τις επόμενες δεκαετίες.

### 1. Hugo (Χούγκο)

*α) Η γέννηση του δικαίου από την ιστορία:*

*Υπέρβαση του «Φυσικού Δικαίου»*

Το ξεκίνημα της ιστορικής σχολής δεν σηματοδοτείται με το Savigny, αλλά με τον Hugo. Ο Hugo (1764-1844) δίδαξε το μεγαλύτερο μέρος της ζωής του στο Göttingen, όπου δέχτηκε σημαντικές επιρροές από τη λεγ. «Πραγματιστική σχολή του Göttingen»<sup>19</sup>. Αυτή στάθηκε οδηγός στην κριτική του στον κληρονομημένο ορθολογισμό του διαφωτισμού, πνεύμα πάνω στο οποίο είχαν θεμελιώθει ρητά οι τρεις μεγάλες κωδικοποιήσεις του δικαίου στα τέλη του 18<sup>ου</sup> και τις αρχές του 19<sup>ου</sup> αιώνα.

Ο ίδιος δεν τοποθέτησε ποτέ τον εαυτό του ως μέρος της ιστορικής σχολής του δικαίου. Μάλλον προσπαθούσε να διαφοροποιηθεί με την έννοια πως η δημοσιότητα των θέσεων του Savigny δεν επέτρεψε να αναδειχθεί το δικό του μεταρρυθμιστικό πλάνο. Σε κάθε περίπτωση ο Savigny δεν έχανε ευκαιρία να αναδεικνύει τη σημασία που είχε ο Hugo στη δημιουργία του πυρήνα της δικής του σκέψης. Ήδη στο πρώτο κείμενο, στο οποίο θεμελιώνει τη θεωρία της σχολής του ο Savigny αναφέρει τον Hugo ως αυτόν που ξεκίνησε και προχώρησε σημαντικά αυτό που καλείται να κάνει η νομική επιστήμη της εποχής του: την ιστορική μελέτη του δικαίου<sup>20</sup>. Μερικά χρόνια αργότερα (1838), σε μια μελέτη του σχετικά με την ιστορία της γερμανικής επιστήμης του δικαίου, θα μιλήσει ιδιαίτερα τιμητικά για το Hugo. Θα αναγνωρίσει αυτό που ο Hugo πίστευε πως είχε χαθεί. «Όλα όσα ο Hugo οραματίστηκε ξεκινώντας, έχουν σήμερα γίνει πραγματικότητα» θα πει και θα συμπληρώσει, πως αυτός είναι ο λόγος, για τον οποίο δεν αναγνωρίζονται πια ως επιτεύγματα<sup>21</sup>. Ας δούμε όμως ποια είναι η συνεισφορά του Hugo στη θεμελίωση της ιστορικής σκέψης.

Ο Hugo είναι πρόδρομος στην προσπάθεια θεωρητικής ανάλυσης του ισχύοντος δικαίου. Μιλάει για την «φιλοσοφία του θετικού δικαίου» σε προφανή αντίθεση με τη φιλοσοφία του φυσικού δικαίου. Πρόκειται δε για μια φιλοσοφία, η οποία, όπως λέει, δεν πρέπει να επιδίδεται σε αφηρημέ-

18. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, τομ. 1 (1815), σελ. 3.

19. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, σελ. 379.

20. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 120

21. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, τομ. 9 (1838), σελ. 430 ακ.

ες επιχειρηματολογίες, αλλά πρέπει να διδάσκεται από τη ζωή. Βασική πιροή του στη φιλοσοφική ανάλυση αποτελεί ο Καντ<sup>22</sup>. Βασιζόμενος στις αναλύσεις του τελευταίου χωρίζει την ανθρώπινη γνώση ως προς την προέρευσή της σε *a priori* και *a posteriori*,<sup>23</sup> και κατατάσσει τη γνώση στο πεδίο νομικής επιστήμης στη γνώση *a posteriori*, δηλαδή στην ιστορική γνώση, η γνώση που δημιουργείται με ερεθίσματα από τον έξω κόσμο.

Στη συνέχεια προχωρά σε κριτική των απόψεων, οι οποίες επιχειρούν διαφυλάξουν ένα ρόλο για το φυσικό δίκαιο. Πρώτα ενάντια στην άποψη που βλέπει το φυσικό δίκαιο ως συμπλήρωμα του θετικού δικαίου<sup>24</sup>. Εφόσον εδώ το φυσικό δίκαιο καλείται να πάρει το ρόλο του γενικού μέρους του θετικού δικαίου, εκεί κατατάσσει παρεμπιπτόντως τη σχολή του Wolf (Βολφ), πρόκειται κατά τον Hugo για σύγχυση του λεγόμενου «πνεύματος του θετικού δικαίου» με το φυσικό δίκαιο. Και εφόσον προβάλλεται ο παρεμβατικός και διορθωτικός ρόλος του φυσικού δικαίου, θα χαρακτηρίσει επικίνδυνη μια νομική επιστήμη, η οποία διδάσκει πως ο δικαστής δεν πρέπει να εφαρμόζει το ισχύον δίκαιο. Αυτό, συνεχίζει ο Hugo, ως αρχή του δικαίου, είναι κάτι αλλο από την πιθανή αναγκαιότητα να πάψει να ισχύει συγκεκριμένος κανόνας δικαίου, ο οποίος δεν συνάδει με τον τρόπο σκέψης του λαού. Κατά την οποία διαδικασία δεν θεωρεί πως ο δικαστής πρέπει να μείνει αμέτοχος. Δεν μας λέει δυστυχώς πώς θα διαμορφωθεί η συμμετοχή του.<sup>25</sup>

Η έλλειψη ξεκάθαρης θέσης σχετικά με το δέον (*sollen*) στο δίκαιο και το σαφή διαχωρισμό του από αυτό που ισχύει ως δίκαιο (*sein*) πυροδότησε αρκετή κριτική από άλλες σχολές σκέψης, κατά τα λοιπά επίσης καντιανής προέλευσης. Ειδικότερα ο Stammler (Στάμλερ) θεώρησε πως η ιστορική σχολή του δικαίου δεν παρέχει με τη θεωρία της κανένα μέτρο κριτικής του ισχύοντος δικαίου ως προς την ορθότητά του.<sup>26</sup> Σε κάθε περίπτωση πρόκειται για το κεντρικό σημείο εκκίνησης της ιστορικής σχολής, παρατηρητέο τόσο στη διδασκαλία του Hugo, όσο και λίγο μετά στον Savigny. Στον Hugo βέβαια δεν υπάρχει το εννοιολογικό οικοδόμημα του Savigny, η διδασκαλία για το Λαϊκό Πνεύμα. Έτσι, σύμφωνα με την ερμηνεία του Wieacker<sup>27/28</sup>

22. Civ. Cursus, Lehrbuch des Naturrechts, Vorrede XII

23. Lehrbuch der juristischen Encyclopädie, (1835), σελ. 19 ακ. Βλ. σχετικά Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, σελ. 352, 379; Viehweg, FS Engisch 81 επ.

24. Lehrbuch der juristischen Encyclopädie, (1835), σελ. 35.

25. Lehrbuch der juristischen Encyclopädie, (1835), σελ. 36.

26. Βλ. αναλυτικά Haferkamp, Puchta und die Begriffsjurisprudenz, σελ. 74 ακ.

27. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, σελ. 380.

28. Ως προς τον Savigny ο Wieacker (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, σελ. 373 ακ.) θεωρεί πως μέσω της προσήλωσής του στην αυστηρή κατασκευή των εννοιών και την ισχύ της συστηματικής μεθόδου, παρέμεινε πιστός σε κεντρικές κατηγορίες της σκέψης

η αποστροφή του Hugo για το φυσικό δίκαιο είναι άμεσο αποτέλεσμα του πνεύματος πραγματισμού, το οποίο, όπως αναφέρθηκε, βρίσκεται στις απαρχές της σκέψης του. Ένα πνεύμα, το οποίο θέτει τις βάσεις για μια εκ των βασικών επιταγών της θεωρίας της σχολής για τον μελετητή ιδιαίτερα της ιστορίας του δικαίου: την προσήλωση στις ιστορικές πηγές.

**β) Οι πηγές του δικαίου. Το δίκαιο ως αποτέλεσμα της βουλήσεως ή ως ανάβλυσμα εκ της ιστορίας.**

Στη συνέχεια<sup>29</sup> ο Hugo στρέφεται εναντίον της διαδεδομένης πλάνης, όπως λέει, ότι δηλαδή το εκάστοτε ισχύον δίκαιο είναι αποτέλεσμα απλά και μόνο της αυθαίρετης και τυχαίας θέλησης του νομοθέτη. Πιο αναλυτικά πάνω στο ίδιο σημείο αναπτύσσει το διαχωρισμό μεταξύ γραπτού και άγραφου δικαίου: *Ius scriptum* και *Ius non scriptum*.<sup>30</sup> Στο πρώτο κατατάσσει τους νόμους και στο δεύτερο τα υπόλοιπα, δηλαδή κατά το Hugo ήθη και έθιμα. Διαχωρισμός με μεγάλη επιρροή μέχρι και σήμερα, όπου μπορούμε να πούμε ή έστω να υπονοήσουμε εδώ, πως δεν έχει να κάνει τόσο με το αν ο κανόνας δικαίου έχει πράγματι αποτυπωθεί γραπτώς, αλλά με την πηγή από την οποία αντλεί την ισχύ του. Έτσι ήδη στην εποχή του Hugo ή ιδιαίτερα χαρακτηριστικά σε αυτή, το *ius scriptum* αντλεί την ισχύ του από την κρατική εξουσία, ενώ το *ius non scriptum* ισχύει λόγω (συλλογικής) μνήμης. Η μνήμη συντηρείται από τη συνήθεια. Έτσι θα μπορούσαμε σε τελική ανάλυση να ερμηνεύσουμε εδώ το συγγραφέα, ο οποίος αναφέρεται βεβαίως και στα ήθη (*mores*). Με την ταυτόχρονη αναφορά σε συνήθεια και ήθη δεν θίγει και δεν απαντά ένα δίλλημα, που αρχίζει να δημιουργείται στις μέρες του, σχετικά με το αν είναι η συνήθεια ή η εθνική ταυτότητα γενεσιοναργός λόγος του άγραφου δικαίου.

Στην ανάλυση των πηγών του δικαίου ο Hugo θα μας δώσει ένα ακόμη στοιχείο της ιστορικής χολής του δικαίου. Διερωτάται σε ποιο κομμάτι της φιλοσοφίας ανήκει το δίκαιο. Οι κλάδοι της φιλοσοφίας είναι κατ' αυτόν η Λογική, η Φυσική και η Ηθική. Προφανώς εκκινούμενος από τη φιλοσοφία του Kant, δεν διστάζει να κατατάξει τη νομική στην τελευταία. Ταυτόχρονα όμως

του φυσικού δικαίου, ιδιαίτερα όπως αυτό εκφράστηκε από τον Wolf. Το κατά πόσο η παραδοχές του Wieacker από το 1967, της οποίες η ελληνική νομική επιστήμη έκτοτε ακολουθεί σε μεγάλο βαθμό και άκριτα, διεκδικούν και σε ποιο βαθμό ισχύ σήμερα, είναι εξαιρετικά αμφίβολο. αλλά δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο της παρούσας μελέτης. Το ερώτημα άπτεται της μεθοδολογικής πλευράς της ιστορικής σχολής του δικαίου, ενώ εδώ επικεντρωνόμαστε στο πεδίο της σκέψης, το οποίο ασχολείται με τις πηγές του δικαίου.

29. Lehrbuch des Naturrechts. (1819) σελ. 2. υποσημ. 1.

30. Lehrbuch der juristischen Encyclopädie. (1835). 26 αχ.



εωρεί πως κατά κάποιο τρόπο η νομική επιστήμη ανήκει και στη φιλοσοφία τερί φύσης. Αυτό επειδή όπως λέει η επιτυχία του κανόνα δικαίου δεν εξαρτάται από τη θέληση αυτού που τον θέσπισε<sup>31</sup>. Αυτό που λέει ο συγγραφέας θέτει δύο ζητήματα. Πρώτον την πολυπλοκότητα του αποδέκτη του κανόνα δικαίου, της κοινωνίας, και δεύτερον την προέλευσή του. Ο Hugo αναφέρεται απάλια πάσα πιθανότητα μόνο στο δεύτερο. Επειδή το δίκαιο πηγάζει από τη ωή του λαού δεν μπορεί να τεθεί τυχαία. Προκύπτει με φυσικότητα. Από τους ύστερους θα καθιερωθεί η φράση πως «η φυσική κοινότητα δικαίου αποτελεί την μόνη πηγή του δικαίου». Η αντίθεση που θα εκφράσει ήδη ο Hugo είναι μεταξύ φύσης και θέλησης ή αλλιώς μεταξύ φύσης και τυχαίου, όπου τυχαίο ή αυθαίρετο είναι εν δυνάμει αυτό που νομοθετείται. Μη-τυχαίο είναι αυτό που πηγάζει από το λαό, τη συγκεκριμένη ιστορία και κοινωνία.

## 2. Οι ιδρυτές: Eichhorn (Αιχορν) – Savigny (Σάβινο)

Όπως ειπώθηκε ο Hugo αποτελεί θεμελιωτή, όχι όμως μέλος της ιστορικής σχολής του δικαίου. Αυτή ιδρύεται από δύο λίγο μεταγενέστερους – τους Eichhorn και Savigny. Πριν αναφερθούμε στη δράση τους αξίζει μια σύντομη αναφορά στο όργανο της σχολής, την *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, την οποία ιδρύουν οι προαναφερθέντες στα 1814. Ο τίτλος είναι το πρώτο σημείο στο οποίο πρέπει να αποδοθεί προσοχή. Περιοδικό για την ιστορική επιστήμη του δικαίου. Δεν πρόκειται λοιπόν για περιοδικό της ιστορίας του δικαίου. Πρόκειται για μια νομική επιστήμη, η οποία στηρίζεται στην ιστορική μέθοδο και εμπνέεται από μια αντίστοιχη φιλοσοφία. Πρόκειται εν ολίγης για δογματική του δικαίου. Πρώτο συμπέρασμα λοιπόν, το οποίο θα δούμε να εκτυλίσσεται μέσα από τα λόγια των πρωταγωνιστών, είναι πως η ιστορική σχολή του δικαίου δεν αποτελεί σχολή φροντίδας της ιστορίας του δικαίου.

Στο πρώτο τεύχος του περιοδικού ο Savigny και ο Eichhorn θα γράφουν αναλυτικά τόσο για τους στόχους του περιοδικού όσο και για τη δική τους έρευνα στο μέλλον. Αποτελούν δε οι δύο αυτές φυσιογνωμίες, εκφραστές των δύο κατευθύνσεων που θα ακολουθήσει η σχολή ήδη από την ίδρυσή της και οι οποίες 30 χρόνια αργότερα θα συγκρουστούν σφόδρα. Ο Savigny μελετά το ρωμαϊκό δίκαιο, όπως αυτό ισχύει στη Γερμανία κατά το 19<sup>ο</sup> αιώνα και ο Eichhorn αφιερώνεται στη μελέτη ή καλύτερα, ανασύνθεση του λεγόμενου γερμανικού δικαίου, του δικαίου δηλαδή που ίσχυσε στο χώρο της Γερμανίας από τα χρόνια του Μεσαίωνα. Θα ξεκινήσουμε με τον δεύτερο καθώς με το Savigny θα εισέλθουμε σε θεωρητικά βάθη, από τα οποία θα είναι δύσκολο να εξέλθουμε.

31. Lehrbuch der juristischen Encyclopädie, (1835), 27 αχ.



α) *Eichhorn*

Ο Eichhorn (1781-1854) διδάσκει στη Φρανκφούρτη και το Βερολίνο. Μεγάλη επιρροή στη σκέψη του όμως ασκεί, όπως και στον Hugo, η «πραγματιστική σχολή του Göttingen», όπου είχε ανακηρυχτεί υφηγητής στα 1803.

Εφαλτήριο των σκέψεών του αποτελεί η επιθυμία του να προάγει την εμβάθυνση της επιστημονικής επεξεργασίας του λεγόμενου γερμανικού δικαίου, σε αντίθεση με το ρωμαϊκό.<sup>32</sup> Η πραγματικότητα, την οποία αντιμετωπίζει είναι η μεγάλη διάσπαση των δικαίων στη Γερμανία αυτής της εποχής (Partikularismus). Μέλημα λοιπόν του Eichhorn είναι να βρει τις γενικές αρχές των διαφόρων συστημάτων δικαίου, τα οποία αποτελούν το γερμανικό δίκαιο και οι οποίες θα ενσαρκώνουν κατά την άποψή του την εσωτερική συνάφεια του γερμανικού δικαίου.

Οι σκοποί του είναι πρακτικού χαρακτήρα. Γι' αυτό και η επιχειρηματολογία του κινείται εξ αρχής στα μονοπάτια της δογματικής του δικαίου. Σκοπός του είναι να αναλύσει το σύστημα του γερμανικού δικαίου, το οποίο θα συμπληρώνει τα κενά του κοινοδικαίου του 19<sup>ου</sup> αιώνα, τα οποία δεν δύναται να πληρώσει το ρωμαϊκό δίκαιο. Αυτό προϋποθέτει κάποιες γενικές αρχές των διαφορετικών δικαίων γερμανικής καταγωγής και ο Eichhorn θεωρεί πως αυτές μπορούν να βρεθούν ακριβώς εξαιτίας της κοινής καταγωγής των δικαίων αυτών. Μικρές διαφορές δεν αποκαλύπτουν τίποτε περισσότερο από απλές συμπτώσεις<sup>33</sup>. Υπό το πρίσμα της αναγκαιότητας λύσεως πρακτικών προβλημάτων ξεκινά να καταδείξει το δρόμο, ο οποίος δεν είναι άλλος από την ιστορική θεμελίωση της κοινής καταγωγής<sup>34</sup>.

Οι επόμενες σκέψεις του εστιάζουν στο ερώτημα ως προς την ιστορική γνώση και της εφαρμογής της στο παρόν<sup>35</sup>. Διαπιστώνει την ανάγκη διαφοροποίησης ανάλογα με την αλλαγή, την οποία υπέστησαν οι εκάστοτε κανόνες δικαίου μέσα στο χρόνο. Ταυτόχρονα όμως τονίζει την αναγκαιότητα να ερευνάται πάντα η κοινότητα εξέλιξης του δικαίου, δηλαδή η ιστορική συνέχεια μέσα στην οποία αυτό εξελίχθηκε. Άξιο προσοχής, με το βλέμμα στραμμένο σε αυτά που θα ακολουθήσουν παρακάτω στο κείμενο και τα επόμενα χρόνια της ιστορίας μας, είναι πως ο Eichhorn αναζητώντας τους λόγους δημιουργίας της κοινότητας καταγωγής και εξέλιξης του γερμανι-

32. Για τα ακόλουθα βλ. Eichhorn, *Über das Geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* τομ. 1 (1815), σελ. 124 ακ.

33. *Über das Geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* τομ. 1 (1815), σελ. σελ. 128 ακ, ιδιαίτ. σελ. 130.

34. *Über das Geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* τομ. 1 (1815), σελ. 130 ακ.

35. *Über das Geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* τομ. 1 (1815), σελ. 132 ακ.



κού δικαίου, δίπλα στην αυξανόμενη κρατική παρουσία, αναφέρει και δίνει διαιτηρη σημασία στο γεγονός της ύπαρξης μιας κοινής επιστημονικής Βάσης.<sup>36</sup> Σημαντική παρατήρηση, η οποία προετοιμάζει το έδαφος για το «δίκαιο των νομικών» του Puchta, που θα δούμε αργότερα.

Η αγωνία του Eichhorn είναι, όπως προαναφέρθηκε, η επιστημονική επεξεργασία του γερμανικού δικαίου, δηλαδή του δικαίου που δεν πηγάζει από το ρωμαϊκό δίκαιο και βρίσκεται διάσπαρτο σε κάθε λογής προέλευσης νόμους και άλλες πηγές κυρίως από το Μεσαίωνα. Βάση της επιστημονικής επεξεργασίας φαίνεται να θεωρεί κυρίως την ιστορική ανάλυση. Αυτή η ανάλυση θα υπεισέρχεται ιδιαίτερα στην ιστορία της δημιουργίας της εκάστοτε διάταξης και συνεπώς του πολιτισμικού της περίγυρου. Βασικός σκοπός αυτής της αναζήτησης θα είναι, πέρα από τη διαπίστωση και επεξεργασία των γενικών αρχών του γερμανικού δικαίου, η δημιουργία της συστηματικής αλληλουχίας, ώστε να μη μιλάμε για ένα συνονθύλευμα των διάφορων σκόρπιων τοπικών νόμων, αλλά για δίκαιο<sup>37</sup>. Ερμηνεύοντας λοιπόν μπορούμε να πούμε πως για τον περίφημο γερμανιστή η έννοια του συστήματος εμφανίζεται σε έντονη αλληλουχία με την έννοια του δικαίου. Το συγγραφικό του έργο στα επόμενα χρόνια θα επικεντρωθεί στην πραγματοποίηση του προγράμματός του, με κεντρικό αποτέλεσμα την τετράτομη ιστορία του γερμανικού δικαίου *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. Εκεί θα μιλήσει αναλυτικά και για τις πηγές του δικαίου και θα αναπτύξει έννοιες, μέσα από τις οποίες θα εκφραστούν οι ύστεροι γερμανιστές. Θα αναφερθεί κυρίως στο γερμανικό Μεσαίωνα, μια εποχή όπου η «κρατική» εξουσία στη Γερμανία, εφόσον υφίσταται «Γερμανία», είναι κατακερματισμένη και σε ευθεία αντίθεση με την εικόνα του ισχυρού Κράτους που ξεπρόβαλλε στα τέλη του 18<sup>ου</sup> αιώνα. Συνεπεία τούτου, κεντρικό σημείο αναφοράς του Eichhorn αποτελεί η αυξανόμενη σημασία του νομολογιακού δικαίου και δεν παραλείπει να δώσει ιδιαίτερη έμφαση στην αποχή του νομοθέτη<sup>38</sup>, γεγονότα που σαφώς εμφανίζονται ως επαλήθευση των θεωρητικών θεμελίων της σκέψης του, όπως αυτή παρουσιάστηκε παραπάνω.

### β) Savigny

Ο μεγάλος θεμελιωτής κάθε πτυχής της σκέψης της ιστορικής σχολής του δικαίου θεωρείται ο Savigny. Ο Savigny (1779-1861) ανακυρήθηκε κα-

36. Über das Geschichtliche Studium des deutschen Rechts, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft τομ. 1 (1815), σελ. 133 ακ.

37. Über das Geschichtliche Studium des deutschen Rechts, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft τομ. 1 (1815), σελ. 134 ακ.

38. Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte (1835), τομ. 2, σελ. 196 ακ.



θηγητής του δικαίου πολύ νωρίς, ήδη στα 1803 στο Marburg. Το 1808 πήγε στο βαυαρικό Landshut και στο έτος 1810 στη νεοϊδρυθείσα νομική σχολή του Βερολίνου. Πέραν της τεράστιας επιστημονικής του δραστηριότητας, χλήθηκε να συνεισφέρει τόσο στη (συντηρητική) μεταρρύθμιση του πρωσικού κώδικα, όσο και σε κεντρικά ζητήματα της ρύθμισης του εμπορικού και του ενοχικού δικαίου.

Μια πρώτη συνολική εντύπωση των απόφεών του προσφέρει και αυτός σε άρθρο του στο προαναφερθέν περιοδικό, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*<sup>39</sup>. Το πρώτο ερώτημα που τίθεται είναι ο τρόπος, δηλαδή η μέθοδος κατά την οποία πρέπει να εργάζεται η νομική επιστήμη. Όπως ήδη ειπώθηκε: αυτό που απασχολεί το Savigny πρωτίστως δεν είναι αυτή κάθε αυτή η ιστορία, αλλά περισσότερο η δογματική του δικαίου. Διαπιστώνει λοιπόν τις δύο αντικρουόμενες απόψεις της εποχής του: την ιστορική και την μη-ιστορική και βουτάει κατευθείαν στα βαθιά δίνοντάς όλα τα στοιχεία της θεωρίας του.

Ποια είναι η σχέση του παρόντος με το παρελθόν; Οι μεν μη-ιστορικοί θα πουν: η ιστορία είναι μια ηθικό-πολιτική συλλογή παραδειγμάτων. Η ιστορική θεώρηση όμως θα αντιλέξει: δεν υπάρχει καμία ανθρώπινη ύπαρξη και δημιουργία που να εμφανίζεται μόνη και απομονωμένη. Κάθε εποχή ενός λαού είναι συνέχεια και εξέλιξη μιας προηγούμενης. Έτσι ώστε ο κόσμος της μίας εποχής δεν είναι αποτέλεσμα αυθαίρετης δημιουργίας, αλλά προκύπτει σε κοινωνία με τις προηγούμενες. Κάθε εποχή πρέπει να αναγνωρίσει λοιπόν κάτι δεδομένο, το οποίο είναι ταυτόχρονα αναγκαίο και ελεύθερο. Αναγκαίο επειδή δεν εξαρτάται από την αυθαίρετη βούληση του παρόντος. Ελεύθερο, γιατί δεν εξαρτάται από καμία ξένη βούληση, αλλά πηγάζει από την φύση του λαού, ως ενός δυναμικού συνόλου.

Ιστορική συνέχεια, ελευθερία, αναγκαιότητα, αυθαίρετη βούληση, φύση, όλον, εξέλιξη, λαός. Γύρω από αυτούς τους θεμελιώδεις όρους θα περιστρέφεται κάθε θεωρητική σκέψη για το δίκαιο στις επόμενες δεκαετίες.

Στη συνέχεια αυτών διαπιστώνει πως και η εποχή του αποτελεί κομμάτι ενός συνόλου, πηγάζει από αυτό. Η ιστορία συνεπώς δεν είναι συλλογή παραδειγμάτων, αλλά ο μόνος τρόπος για τη γνώση. Αυτά ισχύουν και για το δίκαιο. Ειδικότερα το υλικό του δικαίου είναι αποτέλεσμα του παρελθόντος του Έθνους και όχι κάποιας αυθαιρεσίας ή τύχης, σύμφωνα με την οποία το περιεχόμενο του θα μπορούσε να είναι διαφορετικό.

Ήδη από τα λεχθέντα προκύπτει ο πιο σημαντικός αντίπαλος του Savigny. Είναι η αυθαιρεσία, πιο συγκεκριμένα η αυθαίρετη βούληση του νομοθέτη. Εφαλτήριο της θεωρίας του για τις πηγές του δικαίου είναι η θέλησή του για

39. Για τα παρακάτω βλ. Savigny, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift, σε: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* τομ. 1 (1815), σελ. 1 αχ.



χειραφέτηση από το νομοθέτη. Κίνητρο για την πρώτη διατύπωση αυτής της θεωρίας αποτέλεσε η περίφημη διαμάχη του με τον Thibaut.

*α) Thibaut - Savigny και η κωδικοποίηση του γερμανικού δικαίου.*

Ο Thibaut γράφει λίγο μετά την ήττα του Ναπολέοντα και την απελευθέρωση της Γερμανίας. Είναι τα χρόνια της δημιουργίας του γερμανικού Έθνους, η εποχή της δημιουργίας των ευρωπαϊκών εθνών γενικότερα. Κάθε πορφή σκέψης αφιερώνεται στην αναζήτηση της γερμανικής ταυτότητας. Ο Thibaut θεωρεί πως ήρθε η ώρα το γερμανικό έθνος να φτιάξει τους δικούς του νόμους, να πάψει να εφαρμόζει ξένους. Κίνητρό του λοιπόν είναι η Χειραφέτηση από το γάλλο νομοθέτη.

Ο Thibaut ξεκίνησε λοιπόν την πρότασή του με κίνητρο την χειραφέτηση του γερμανικού Έθνους από το γάλλο νομοθέτη. Ο Savigny του απαντά πηγαίνοντας ένα βήμα παραπέρα και αλλάζοντας κατηγορία. Αναπτύσσει τη θεωρία για την *Iστορικότητα* του δικαίου ως χειραφέτηση από το νομοθέτη γενικά και από την αυθαιρεσία του νομοθέτη ειδικότερα. Το σύγχρονό του: *Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft* (μτφ: Το κάλεσμα της εποχής μας σχετικά με τη Νομοθεσία και την Επιστήμη) μπορεί έτσι να εκληφθεί ως κριτική της νομοθέτησης του δικαίου<sup>40</sup>.

Καταρχήν στρέφεται ενάντια στην αξίωση πληρότητας ενός κώδικα,<sup>41</sup> – καθώς στη διαμάχη αυτή και στη σκέψη του Savigny γενικότερα δεν πρόκειται για την οποιαδήποτε νομοθεσία, αλλά για την Κωδικοποίηση του Δικαίου – την ανάγκη του οποίου τονίζει ο Thibaut. Ταυτόχρονα τονίζει τη δυνατότητα και τη σημασία της δογματικής πληρότητας. Το ερώτημα του όμως είναι: είμαστε έτοιμοι να παράγουμε μια δογματική τέτοιου επιπέδου;<sup>42</sup> Παράλληλα ανησυχεί και για το εξής: όλες οι πνευματικές δυνάμεις θα επικεντρώσουν το ενδιαφέρον τους στο καινούργιο νομοθέτημα και θα παραμελήσουν την πραγματική πηγή του δικαίου και την αναγκαία ιστορική του ανάλυση<sup>43</sup>. Και καταλήγει πως αυτό είναι ανεπιθύμητο επειδή: «η νομική επιστήμη, η οποία δεν βασίζεται σε βαθιά ιστορική γνώση, εκπληρώνει απλά ρόλο γραφιά για τα δικαστήρια».<sup>44</sup>

Η θεωρία του Savigny είναι μια συντηρητική θεωρία δικαίου. Εννοούμε ότι είναι εξαιρετικά επιφυλακτική απέναντι σε κάθε μεταρρυθμιστικό ρόλο του νομοθέτη. Ο ρόλος του νομοθέτη δεν είναι να εφευρίσκει νέο δίκαιο, αλλά να καταγράψει το ισχύον, θα πει ουσιαστικά, ήδη στο «Beruf», αλλά

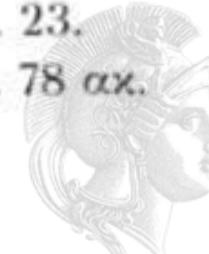
40. Βλ. και Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, σελ. 371 σημ. 80, 379 αχ, 391.

41. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 5, 21 αχ.

42. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 108, 161.

43. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 23.

44. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 78 αχ.



σαφέστερα στο «System des heutigen römischen Rechts»<sup>45</sup>. Κι αυτό βασισμένος στα ήθη, τις εσώτερες δυνάμεις του λαού και στην κοινή λαϊκή συνείδηση δικαίου. Κάθε τι άλλο θα αποτελούσε άσκηση της αυθαίρετης βούλησης του νομοθέτη<sup>46</sup>.

Ο Savigny όσο δυναμικά και αν στρέφεται ενάντια στις απόφεις του Thibaut περί ανάγκης κωδικοποίησης του δικαίου δεν είναι εχθρός του νομοθέτη γενικά, ρόλο εξάλλου που έπαιξε και ο ίδιος στην καριέρα του. Αυτό προσπαθεί να το ξεκαθαρίσει το 1840 στον πρώτο τόμο του μνημειώδους έργου του για το σύστημα του ρωμαϊκού δικαίου στην εποχή του<sup>47</sup>. Εκεί πιο συστηματικά απ' ό,τι στο «Beruf» φάχνει να ορίσει το ρόλο του νομοθέτη. Ο νόμος γενικά είναι όργανο του λαϊκού δικαίου. Αναλαμβάνει να το εξωτερικεύσει. Η σημαντική συνεισφορά του είναι η συμπλήρωση και η στήριξη της εξέλιξής του. Το πρώτο αναλαμβάνει ο νομοθέτης όταν υπάρχουν ορισμένα σκοτεινά σημεία στο ισχύον δίκαιο. Δεν προσθέτει όμως κάτι καινούργιο, που δεν θα προέκυπτε από μόνο του. Κατά δεύτερον ο Νόμος στηρίζει και την εξέλιξη του δικαίου. Κυρίως όταν σε περιόδους μεταβολής των ηθών μιας κοινωνίας, υπάρχει μια εποχή αβεβαιότητας. Ο νομοθέτης καλείται να παρέμβει ξεκαθαρίζοντας πιο είναι το ισχύον δίκαιο. Εκτός αυτού ο Νόμος καλείται να πραγματώσει εξωτερικά την εσωτερική αλληλουχία των επιταγών του δικαίου. Καλείται με άλλα λόγια να σχηματοποιήσει το σύστημα του δικαίου, ιδίως πάλι σε περιόδους που αυτό λόγω περισσότερων αλλαγών δεν είναι πια ξεκάθαρο. Σε τελική ανάλυση ο Savigny δεν αρνείται κάθε ρόλο του νομοθέτη, αλλά σίγουρα ο ρόλος που του επιφυλάσσει είναι μάλλον περιορισμένος. Κουβέντα για τη μεταρρυθμιστική πρωτοβουλία του νομοθέτη δεν κάνει πουθενά.

### ββ) Σύστημα των πηγών του Δικαίου

Φεύγοντας από το στενό πεδίο του Νόμου θα αναρωτηθούμε σε ποιο πλαίσιο τον θέτει ο Savigny, αλλιώς: Τί σύστημα πηγών του δικαίου μας δίνει; Το σημαντικό στοιχείο εδώ, διατυπωμένο ήδη από το 1814, είναι πως αναγνωρίζει ρητά περισσότερες από μία πηγές του δικαίου. Βάζει δίπλα-δίπλα νόμο, έθιμο και το λεγόμενο επιστημονικό δίκαιο, και θεμελιώνει ένα πλουραλιστικό σύστημα πηγών του δικαίου. Το περιεχόμενό τους θα το αναλύσει αργότερα ο Puchta και ο Savigny θα υιοθετήσει τα περισσότερα από αυτόν. Και εμείς θα το δούμε παρακάτω. Είναι όμως άξιο προσοχής πόσο γόνιμη μπορεί να αποδειχθεί σήμερα η σκέψη του πάνω σε αυτό το θέμα. Σήμερα, καθώς φαίνεται πια και η θεωρία του δικαίου να περνά από

45. System des heutigen römischen Rechts, (1840), τομ. 1, σελ. 39.

46. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 8 αχ., 14.

47. System des heutigen römischen Rechts, (1840), τομ. 1, σελ. 38αχ.



την εποχή του κρατικού μονοπωλίου στον εμφατικά καλούμενο «θάνατο του Κράτους». Ενώ βρισκόμαστε ενώπιον μια διεθνούς οικονομίας, στην οποία οι σχέσεις ρυθμίζονται με συμβάσεις απροσδιόριστης πηγής και οι διαφορές λύνονται εκτός δικαστηρίων (διαιτησία). Όταν αμφισβητείται θεωρητικά το νομοθετικό μονοπώλιο του Κράτους, και η συγκεκριμένη πτυχή της ιστορικής σχολή του δικαίου επιχειρεί αυτό ακριβώς<sup>48</sup>, δίνεται έμπνευση και στο «αιώνιο» ερώτημα σχετικά με την κανονιστική ισχύ της Σύμβασης και αν αυτή μπορεί να θεωρηθεί πηγή του δικαίου. Ήδη ο Eichhorn, εκκινούμενος από την ίδια θεώρηση των πηγών του δικαίου, όσον αφορά στον αριθμό τους, παρατηρεί πως κατά το γερμανικό μεσαίωνα «οι βουλήσεις.... αποκτούσαν ...συχνά την ισχύ (όφη) ενός νόμου».<sup>49</sup> Αυτό βέβαια συμβαίνει μέσα σε ένα συγκεκριμένο πλαίσιο, αυτό του φεουδαρχικού συστήματος και μάλλον έχει να κάνει με τη μορφή των συγκεκριμένων συμβάσεων που αναλύει. Συγκεκριμένα πρόκειται για συμβάσεις, στις οποίες είτε συμβάλλονται συλλογικές οντότητες με τμήματα της εξουσίας είτε τα τελευταία μεταξύ τους. Η αναλυτική διάκριση και μάλιστα κατά τη διάρκεια ιστορικής ερμηνείας δεν αλλάζει τίποτα στο αρχικό συμπέρασμα, πως μια θεωρία, η οποία προσπαθεί να θεμελιώσει την ποικιλία των πηγών του δικαίου,<sup>50</sup> όχι μόνο ανταποκρίνεται στην ιστορική πραγματικότητα,<sup>51</sup> αλλά μπορεί να αποτελέσει πηγή έμπνευσης για την κατανόηση του σημερινού λαβυρίνθου<sup>52</sup>.

### γγ) Η οργανική δομή του δικαίου

Το δίκαιο είναι οργανισμός. Εξελίσσεται οργανικά σε πλήρη αλληλουχία με το λαό, όπως ακριβώς η γλώσσα θα πει το 1814<sup>53</sup>. Η πλευρά αυτή της θεωρίας του έφερε το Savigny πολύ κοντά στο Ρομαντισμό. Ο σημαντικός ιστορικός της Φιλοσοφίας Hisrchberger μάλιστα θα θεωρήσει πως

48. Χωρίς να είναι βέβαια η μόνη θεωρία, η οποία δίνει χώρο στη Σύμβαση στο πεδίο των πηγών του δικαίου. Βλ. Καράσης, Η τελολογική ερμηνεία του δικαίου, NB 2012, σελ. 482.

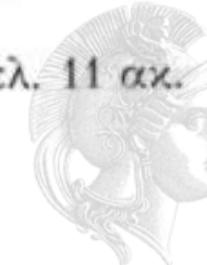
49. Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte (1835), T.2, σελ. 202.

50. Ο Puchta αργότερα θα μιλήσει για «μορφές γνώσης του δικαίου» και θα καταστήσει το σύστημά του πάλι μονιστικό, αλλά σε καμία συνάρτηση με τη δομή του μονοπωλίου ως προς την παραγωγή δικαίου.

51. Η ιστορική πραγματικότητα έδωσε αντίστοιχα παραδείγματα και σε άλλες εποχές, όπως κατέδειξε πρόσφατα η καθηγήτρια Ιουλία Βελισσαροπούλου, στο έργο της Droit Grec D'Alexandre à Auguste, τομ. 1, σελ. 105 ακ.

52. Η έννοια δεν εννοεί «μπέρδεμα» και αδιέξοδο, αλλά μάλλον δίκτυο και αλληλουχία. Βλ. Καστοριάδης, Τα σταυροδρόμια του λαβυρίνθου (1978), πρόλογος, σελ. 1: «Τίποτε δεν είναι απλώς τοποθετημένο δίπλα σε κάτι άλλο, το πιο κοντινό είναι το πιο μακρινό. οι διακλαδώσεις δεν διαδέχονται πια η μία την άλλη. Η είσοδος του Λαβύρινθου είναι αμέσως ένα από τα κέντρα του, ή μάλλον δεν ξέρουμε πια αν είναι κέντρο. τί είναι κέντρο.»

53. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 11 ακ.



εδώ έχουμε να κάνουμε με ευθεία επιρροή του Savigny από τον A. Müller (Μίλλερ), φιλόσοφο από τον κύκλο του Schlegel, με τον οποίο ο Savigny πράγματι διατηρούσε φιλικές σχέσεις<sup>54</sup>. Η τόσο ξεκάθαρη κατηγοριοποίηση όμως είναι σίγουρα βιαστική, αφού η έννοια της οργανικότητας είναι κάτι που απαντάμε και σε φιλοσόφους όπως ο Leibniz (Λάιμπνιτς), ο οποίος μάλλον βρίσκεται μακράν του να χαρακτηριστεί μέλος της σχολής του ρομαντισμού<sup>55</sup>. Επίσης πρόκειται για μια θεωρία ή καλύτερα, για ένα κομμάτι της γενικότερης θεωρητικής κατασκευής, το οποίο έχει πολλές πτυχές. Για παράδειγμα εκδηλώνει τη σημασία της όταν ο Savigny θα αναφερθεί στο πρόβλημα της σχέσης Νόμου και ατομικότητας/ετερότητας των πολιτισμών. Οι πολιτικές ιδιαιτερότητες της Γερμανίας, λέει, είναι χαρακτηριστικό της οργανικής εξέλιξης, στην οποία πρέπει να υπακούσει το δίκαιο της. Στα ελαττώματά του δεν μπορεί να απαντήσει κανείς παραπέμποντας στις εμπειρίες άλλων εθνών ή ακόμη και των προγόνων των σύγχρονών του γερμανών<sup>56</sup>. Η κατανόηση της ιστορίας, κεντρικό στοιχείο της οποίας είναι η οργανικότητα, θα μας προστατέψει από το σύνηθες λάθος, να θεωρήσουμε πως το δικό μας μπορεί να εφαρμοστεί παντού και πάντα.<sup>57</sup>

Πέρα από μια απλή αναφορά είναι χρήσιμο να παρατηρήσουμε δύο από αυτές τις πτυχές καλύτερα. Τη σχέση της οργανικής δομής με το μοντέλο της ιστορικής συνέχειας στην οποία θέτει το δίκαιο και έπειτα το ρόλο της οργανικής δομής για τη μεθοδολογία του δικαίου.

### Οργανική δομή και ιστορική συνέχεια<sup>58</sup>

Ο Savigny συλλογίζεται τρόπους αντιμετώπισης του προβλήματος που δημιουργεί το καταχερματισμένο γερμανικό δίκαιο. Ενός προβλήματος που θα ταλανίζει τη γερμανική νομική σκέψη μέχρι να τεθεί σε ισχύ ο γερμανικός αστικός κώδικας. Σαφώς ο Savigny δεν υποστηρίζει τη δημιουργία κώδικα. Αναρωτιέται πάντως πως μπορεί να ξεφύγει κανείς από την κατάσταση, η αντιμετώπιση νομικών προβλημάτων να πλήγηται από ένα πλήθος νόμων από το παρελθόν. Μπορεί κανείς, ίσως με την δημιουργία ενός νέου κώδικα, να προσπαθήσει να σπάσει τους μπερδεμένους μεταξύ τους δεσμούς του παρελθόντος και να ξεκινήσει από την αρχή: «Κάθε τέτοιο εγχείρημα θα αποτελούσε αυταπάτη». Θα ήταν αδύνατο να εξαλείψει κανείς τις αντιλήψεις και την παιδεία των εν ζωή νομικών. Αδύνατο θα

54. Βλ. σχετικά Haferkamp, Puchta und die Begriffsjurisprudenz, σελ. 179.

55. Βλ. συνοπτικά Κονδύλης, Ο ευρωπαϊκός διαφωτισμός, Τ. 1 σελ. 325 ακ., Τ. 2, σελ. 290.

56. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 114.

57. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 115.

58. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 111 ακ.



ήταν επίσης να μεταλλαχτεί η φύση των υφιστάμενων έννομων σχέσεων. Αυτά ακριβώς τα στοιχεία συνιστούν την οργανική αλληλουχία των γενεών και των εποχών, αλληλουχία στην οποία είναι ενταγμένο το δίκαιο, ανάμεσα στα οποία – στις γενιές και τις εποχές – μπορεί να υπάρξει εξέλιξη, αλλά ποτέ απόλυτο τέλος και απόλυτη αρχή. Σε αυτό το πλαίσιο ιστορικής συνέχειας τα ερωτήματα και οι απαντήσεις του παρόντος επηρεάζονται από το παρελθόν. Το παρελθόν κυριαρχεί δε πάνω στο παρόν ακόμη και όταν αυτό το τελευταίο επιχειρεί ρητά να του εναντιωθεί. Αυτή είναι κατά τον Savigny μια αναπόφευκτη κατάσταση. Αυτό που μπορούμε και πρέπει να κάνουμε, είναι να γίνουμε κύριοι της ιστορίας μέσω της γνώσης της. Ο Savigny μάλιστα εδώ μιλά για τη δυνατότητα να αντιπαραθέσουμε κάτι σε αυτή τη δύναμη επιρροής από το παρελθόν. Είναι λοιπόν σαφές ότι δεν επιθυμεί να προτείνει την υποταγή στην Ιστορία. Πολύ περισσότερο επιδιώκει να καταστήσει την ιστορία εργαλείο της νομικής επιστήμης. Είπαμε ήδη πως η ουσιαστική μέριμνα του Savigny δεν ήταν η ιστορία, αλλά η δογματική του δικαίου. Αντίστοιχα, στόχος της μεθόδου που θα προτείνει είναι η εκ βαθέων ιστορική ανάλυση του δεδομένου ιστορικού υλικού, μέσω της οποίας θα γίνει προσεκτικός διαχωρισμός αυτού που έχει ακόμη «ζωή» και συνεπώς δικαιούται να αποτελέσει μέλος του σημερινού οργανισμού του δικαίου και αυτού που ανήκει πια στην ιστορία<sup>59</sup>. Βασισμένος σε αυτή τη σκέψη καθορίζει το ρόλο που θα παίξουν οι τρεις πηγές του δικαίου στις οποίες θα στηρίξει την έρευνα της η γερμανική νομική επιστήμη. Πρόκειται για το ρωμαϊκό δίκαιο, το γερμανικό δίκαιο του Μεσαίωνα και τέλος τις νεώτερες εκφάνσεις αυτών των δύο. Με αυτή τη κατηγοριοποίηση θα υπερασπιστεί τον εαυτό του απέναντι στην μομφή πως θεωρεί το ρωμαϊκό δίκαιο μοναδική αξιόλογη πηγή για τη σύγχρονη έρευνα. Πράγμα που ενισχύει η κίνηση του Savigny να προχωρήσει στην «ίδρυση» της ιστορικής σχολής του δικαίου με τον ήδη τότε εγνωσμένης ποιότητας Γερμανιστή Eichhorn, όπως είχαμε ήδη ευκαιρία να δούμε.

Άξιες αναφοράς, όσο και αν εκ πρώτης όφεως δεν ανήκει στα θεμελιώδη τμήματα της ιστορικής σχολής του δικαίου, είναι και οι σκέψεις του Savigny σχετικά με τις συνθήκες πραγματοποίησης εκείνης της νομικής επιστήμης, η οποία θα χαράξει την πρόοδο για τη δημιουργία του μελλοντικού κώδικα. Το πρώτο στοιχείο που τονίζει είναι η ανάγκη γνώσης των πηγών του σύγχρονου δικαίου. Σκοπός αυτού είναι η δημιουργία ανεξάρτητης σκέψης. Σημαντική κληρονομιά αυτής της «εμμονής» είναι η επιταγή στο σημερινό ιστορικό του δικαίου να δουλεύει ερευνώντας τις πηγές.<sup>60</sup> Θυμάται από τη ρωμαϊκή ιστορία και προτείνει τη δημιουργία σχολών.

59. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 117 αχ.

60. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 140.



Τονίζει δε πως ακριβώς από τη μελέτη του ρωμαϊκού δικαίου διαπιστώνει κανείς πως τα μεμονωμένα αποτελέσματα αποτελούν εκφράσεις μιας συλλογικής επιστημονικής ταυτότητας, μιας «κοινότητας των νομικών». Όπως λέει, στους ρωμαίους, κατά την εποχή του Παπινιανού κατέστη δυνατός ένας κώδικας ακριβώς επειδή τα νομικά γραπτά εξέφραζαν ένα οργανικό όλο. Οι νομικοί ήταν απλώς αντικαταστατά πρόσωπα. Ένας κώδικας δεν μπορεί να είναι συνονθύλευμα μεμονωμένων διατάξεων. Πρέπει να είναι ο ίδιος ένα οργανικό Όλον<sup>61</sup>. Ταυτόχρονα όμως δεν θα κληθεί ολόκληρη η κοινότητα να δουλέψει πάνω στον κώδικα. Αντιθέτως, αυτός πρέπει να προετοιμαστεί από έναν. Αυτός ο ένας όμως πρέπει να διαπνέεται σε τέτοιο βαθμό από τη συλλογικότητα, ώστε να είναι δυνατό να ειδωθεί σε αυτόν ο νομοθέτης. Αυτό ακριβώς θεωρεί ο Savigny πως δεν είναι δυνατό να βρεθεί στην κοινότητα της νομικής επιστήμης της εποχής του<sup>62</sup>.

### Οργανική δομή και Μεθοδολογία

Η οργανική εξέλιξη του δικαίου μεταβάλλεται και σε μεθοδολογική επιταγή προς το νομοθέτη. Το εκάστοτε ισχύον δίκαιο πρέπει να διέπεται από αρχές, οι οποίες βρίσκονται σε συστηματική αλληλουχία μεταξύ τους. Το ίδιο ισχύει και για τον εκάστοτε κώδικα. Ο κώδικας πρέπει να προβάλλει ως οργανική ενότητα<sup>63</sup>. Με αυτό το σημείο εκκίνησης μπορεί ίσως κανείς να ερμηνεύσει την μετέπειτα επιστημονική αναζήτηση του Savigny. Όπως τονίζει ο ίδιος πολλές φορές κυρίως στη μελέτη του „Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft“, στόχο του δεν αποτελεί να καταπολεμήσει τη δυνατότητα κωδικοποίησης του αστικού δικαίου εν γένει. Πολύ περισσότερο επιχειρεί το 1814 να καταδείξει πως η κοινωνία του και ιδιαίτερα η νομική της επιστήμη, δεν ήταν έτοιμη να αναλάβει και να φέρει εις πέρας με ικανοποιητικά αποτελέσματα ένα τέτοιο εγγείρημα. Έτσι με το μεγάλο, 8τομο, έργο του *System des heutigen römischen Rechts* θα μπορούσε να πει κανείς, πως δεν αναλαμβάνει τίποτε λιγότερο από το να θέσει τα θεμέλια για τη δημιουργία της ικανότητας για την παραγωγή ενός κώδικα αστικού δικαίου αντάξιο των κριτηρίων του.

Πότε τηρείται η επιταγή της οργανικότητας; Όταν δυνάμεθα ξεκινώντας από ένα δεδομένο σημείο, δηλαδή από μια αρχή του κώδικα, να οδηγηθούμε

61. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 157. Σχετικά με τις προϋποθέσεις δημιουργίας αυτής της κοινότητας και την ανάγκη ο εκάστοτε κώδικας να είναι αποτέλεσμα αυτής σελ. 147 ακ.

62. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 158 ακ. 161.

63. Αυτό αποτελεί κεντρικό σημείο κριτικής του Savigny απέναντι στον *Code Civil*, βλ. Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 58 ακ.

με επιστημονική βεβαιότητα σε ένα μη-δεδομένο. Έτσι ορίζει ο Savigny τη μέθοδο της αναλογίας. Η οποία με τη σειρά της, ως μέθοδος ερμηνείας, προϋποθέτει το προαναφερθέν: πώς οι δημιουργοί του κώδικα σκέφθηκαν τις βασικές αρχές του σε λογική συνέχεια την οποία μπόρεσαν να του εμφυσήσουν<sup>64</sup>.

### 3. Puchta (Πούχτα)

Ο Puchta 1798-1846, ο πιο σημαντικός συνεχιστής της ιστορικής σχολής του δικαίου μετά τα 1830, ξεκίνησε ακούγοντας Hegel (Χέγκελ) στο γυμνάσιο. Καθώς οι απόφεις του Hegel είχαν έρθει σε ευθεία σύγκρουση με την ιστορική σχολή, ο Puchta προσπαθεί για πολλά χρόνια να ξεχάσει το δάσκαλό του και αρνείται κάθε επιρροή. Θαυμάζει τον Savigny, προσπαθεί εναγωνίως να μπει στον κύκλο του, δέχεται μόνο από αυτόν και τον Hugo κριτική και γενικά συγκρούεται αρχετά. Στην κορύφωση μιας λαμπρής ακαδημαϊκής καριέρας, αλλά και λίγο πριν τον ξαφνικό του θάνατο, θα καταλάβει τη θέση του αποχωρούντος Savigny στη νομική σχολή Βερολίνου. Το έργο του Puchta είναι εκτενές. Εδώ έχοντας μπει πια σε βάθος στις έννοιες της ιστορικής σχολής θα περιοριστούμε στη δίτομη ανάλυση που μας πρόσφερε πάνω στο εθιμικό δίκαιο και ειδικότερα στον πρώτο τόμο, όπου αναλύονται όσα μας ενδιαφέρουν.

#### α) Το εθιμικό Δίκαιο ιδιαίτερα

Και για τον Puchta ο προβληματισμός που καθοδηγεί την ανάλυση του είναι πώς δημιουργείται το δίκαιο. Θα προχωρήσει σε αυτά που είχε πει ο Savigny αρχετά βήματα παραπέρα. Το δίκαιο είναι προϊόν της ανθρώπινης συνύπαρξης, της ύπαρξης κοινωνίας. Βασίζεται στην κοινή πεποίθηση δικαίου. Αυτή με τη σειρά της βασίζεται σε ένα φυσικό – σε αντίθεση με το τεχνητό – θεμέλιο. Ξεκινά την αναζήτησή του από την ιστορία της δημιουργίας στην Παλαιά διαθήκη για να καταδείξει πως αυτό το θεμέλιο βρίσκεται στο λαό<sup>65</sup>. Δεν βρίσκεται στο άτομο, αλλά ούτε και στην οικογένεια. Κοινή πεποίθηση βρίσκουμε και στην οικογένεια, αλλά όχι κοινή πεποίθηση δικαίου<sup>66</sup>. Η σύνδεση της οικογένειας ως μία εκ των πρώτων μορφών συλλογικότητας με τις πηγές του δικαίου είναι πράγματι θεμελιώδης για τον Puchta. Υπάρχει για αυτόν μια ευθεία γραμμή από την οικογένεια ως πρώτη μορφή συνύπαρξης, στο Έθνος, του οποίου οι αντιλήψεις

64. System des heutigen römischen Rechts. (1840), τομ. 1, σελ. 44.

65. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 133.

66. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 140.



αποτελούν την πηγή του δικαίου<sup>67</sup>. Δεν επιτρέπεται όμως η ταύτιση των δύο περιοχών, της οικογένειας και του Έθνους. Ο διαχωρισμός στον οποίο οδηγείται δεν είναι ξένος στις αντιλήψεις του αιώνα του. Πρόκειται συγκεκριμένα για μια αντίληψη, η οποία μάλλον συνδέεται με τον διαδεδομένο στη γερμανική φιλοσοφία του δικαίου στις αρχές του 19<sup>ου</sup> αιώνα διαχωρισμό του ιδιωτικού-ηθικού χώρου της οικογένειας και του δικαίου<sup>68</sup>. Αυτό επιβεβαιώνεται, αν λάβουμε υπόψη μας και τις έννοιες που χρησιμοποιεί ο Puchta αποκλειστικά σε σχέση με την οικογένεια και με σκοπό να εκφράσει την πηγή της λειτουργίας της (το εσωτερικό της «δίκαιο»), οι οποίες δεν είναι άλλες από την έννοια της εξουσίας (Herrschaft) και συγκεκριμένα του ανδρός επί της γυναικός, με την οποία η οικογένεια είναι δεμένη εσωτερικά<sup>69</sup>. Αντίθετα στο επίπεδο του Έθνους βλέπει τη δυνητική αντίθεση των βουλήσεων. Δηλαδή ο συγκερασμός των απόψεων είναι εξωτερικός<sup>70</sup>. Ο χώρος του δικαίου δεν μπορεί να εκληφθεί ως κλειστός, αναγκαστικά αποτελούμενος από μία μονάδα, όπως είναι ο χώρος της ηθικής. Έτσι θα διαχωρίσει τελικά την οικογένεια, αλλά ταυτόχρονα τόσο το άτομο όσο και το Έθνος από το δίκαιο.

### β) Η Θεωρία του *Volksgeist*

Στη θεωρία των πηγών του δικαίου ο Puchta θεωρείται ο ουσιαστικός θεμελιωτής της έννοιας του «*Volksgeist*», δηλαδή όπως μας είπε, του «Λαϊκού Πνεύματος», το οποίο αποτελεί πηγή κάθε μορφής δικαίου και άμεση πηγή του εθιμικού δικαίου. Η έννοια ως γνωστόν δεν είναι καινούργια. Ο Savigny την υιοθετεί μετά την ανάλυση της από τον Puchta<sup>71</sup>. Έχει όμως χρησιμοποιηθεί ήδη ευρέως από φιλοσόφους διαφόρων κατευθύνσεων. Χρήστης της υπήρξε και ο Hegel, τον οποίο, όπως αναφέρθηκε, ο Puchta είχε δάσκαλο στο Γυμνάσιο της Νυρεμβέργης<sup>72</sup>. Ή, σε καμία περίπτωση ξεκαθαρισμένη, πολυπλοκότητα της έννοιας διαφαίνεται όμως και από το γεγονός πως ο Puchta δεν επιθυμούσε να θεωρείται το προϊόν της σκέψης του απόφθεγμα της επαφής του με το μεγάλο φιλόσοφο<sup>73</sup>. Πράγματι οι

67. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 133, 139.

68. Βλ. σχετικά Kitsakis, Breadwinners und Housekeepers, σελ. 282 ακ.

69. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 140

70. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 139.

71. Η ανάλυση των πηγών του δικαίου στο έργο του System des heutigen römischen Rechts (T. 1, § 6 ακ.) ακολουθεί σε κεντρικά σημεία και όσον αφορά το εθιμικό δίκαιο ρητά (βλ. System des heutigen römischen Rechts, T. 1, § 12), την ανάλυση του Puchta, την οποία θα δούμε αμέσως στη συνέχεια.

72. Haferkamp, Puchta und die Begriffsjurisprudenz, σελ. 17.

73. Χαρακτηριστική η περίπτωση που περιγράφει ο Haferkamp (Puchta und die ΑΚΑΔΗΜΙΑ ΑΘΗΝΩΝ)

διαφορές ανάμεσα στην έννοια του «*Volksgeist*» στον Puchta και τον Hegel είναι σημαντικές, όπως είναι και αυτές ανάμεσα στον Hegel και την ιστορική σχολή του δικαίου. Για την τελευταία o Hegel εκφράζεται με σαφείς υπαινιγμούς στην «Φιλοσοφία του Δικαίου» του, εν έτη 1821: «Το να αρνηθείς σε ένα (δια)μορφωμένο Έθνος ή στην τάξη των Νομικών την ικανότητα για φτιάξουν Κώδικα Νόμων....., θα αποτελούσε μία εκ των μεγαλύτερων προσβολών, που μπορεί να απευθύνει κάποιος σε ένα Έθνος ή σε αυτή την τάξη»<sup>74</sup>. Εξίσου ξεκάθαρη είναι και η αντίθεσή του στο επίπεδο της έννοιας που αναλύουμε επί του παρόντος. Χαρακτηριστική διατύπωση του Hegel είναι η εξής: Το Κράτος είναι το πνεύμα του Έθνους («....der Staat, als Geist eines Volkes....»)<sup>75</sup>. Ήδη στον Savigny έγινε αναφορά στην κριτική στάση του απέναντι στο Κράτος και την παντοδυναμία του. Αυτή η, κατά κάποιο τρόπο φιλελεύθερη, αντίληψη αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο της δημιουργίας μιας πλουραλιστικής θεωρίας του δικαίου, σύμφωνα με την οποία ο κρατικός νόμος χάνει την απόλυτη ισχύ του. Άλλα και ο Puchta, όπως είπαμε, διαμορφώνει την έννοια του δικαίου εκκινώντας από την ατομικότητα των κοινωνών του, θεωρώντας το γεγονός των αντικρουόμενων βουλήσεων ύστορο και σε μια συνεκτική κοινωνία ως την ειδοποιό διαφορά του δικαίου από το χώρο της ηθικής. Έτσι φαίνεται ορθό, όταν ο διαχωρισμός της έννοιας στους δύο διανοητές ή ανάμεσα στην ιστορική σχολή και τον Hegel επιχειρείται με τα κριτήρια της ατομικότητας και του ρόλου του Κράτους. Για τον Hegel το Έθνος (ή ο Λαός) καθίσταται Πνεύμα του Έθνους, δηλαδή αποκτούν υπόσταση/σημασία, μόνο μέσω του Κράτους και ως Κράτος. Μόνο έτσι μπορεί να έχει το Πνεύμα του Έθνους την ιστορία του<sup>76</sup>.

### γ) Ο Hegel και η ιστορική Σχολή

Ήδη έχουμε ασχοληθεί αρκετά με τον Hegel και αξιζει να πούμε δύο λόγια παραπάνω. Η σχέση του και των μαθητών του με την ιστορική σχολή είναι εξάλλου ένα γεγονός του γερμανικού 19<sup>ου</sup> αιώνα ιστορικά διακριτό.

Αρχικά ως σημείο εκκίνησης μπορεί να θεωρηθεί κάτι κοινό. Και οι δύο, ο Hegel και ο Savigny, έχουν θέσει στο επίκεντρο της ενασχόλησής τους την

Begriffsjurisprudenz, σελ. 127), όπου ο Puchta δεν κρύβει τον εκνευρισμό του, όταν κάτι αντίστοιχο επιχειρεί ο Hugo.

74. G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §211 a.

75. G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §274.

76. Haferkamp, Puchta und die Begriffsjurisprudenz, σελ. 185; Πολύ πιο εμφατικά Jakobs, Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft, σελ. 101 αχ.



ιστορία. Και ο Hegel θεωρεί, όπως και ο Savigny, ότι το κωδικοποιημένο δίκαιο θα ξεπηδήσει από το ήδη υπάρχον. Η διαφωνία λοιπόν των δύο διανοούμενων έγκειται στην κρίση του εάν το γερμανικό έθνος μπορεί να θεωρηθεί, ότι έφτασε αυτό το σκαλί της ωριμότητας, που απαιτείται για την κωδικοποίηση του εθνικού δικαίου. Αντίστοιχα εξηγείται και η επιμονή του φιλοσόφου στο θετικό δίκαιο. Η διαφορά τους όμως δεν έχει να κάνει απλά με το ρόλο του Κράτους, όπως ήδη αναλύθηκε. Τη στιγμή που ο Savigny, ο Puchta και η ιστορική σχολή γενικότερα ασχολούνται με την ιστορία, ο Hegel αναλύει την Ιστορία. Τη στιγμή που ο Φιλόσοφος αναζητεί, και ως γνωστόν θεωρεί πως βρήκε, το αντικειμενικό πνεύμα της ιστορίας, αυτό που την καθοδηγεί και εγκολπώνεται το στόχο της, την ίδια στιγμή αποτελεί η αποστροφή απέναντι στην οποιαδήποτε *a priori* κατασκευή της ιστορίας του κόσμου, τη στιγμή γέννησης της κατεξοχήν ιστορικής σκέψης και αυτού που χαρακτηρίστηκε ιστορική σχολή (όχι μόνο του δικαίου)<sup>77</sup>. Η βασική παραδοχή της τελευταίας και σήμα κατατεθέν της αντίθεσής της με την αντικειμενικότητα και γραμμική εξέλιξη της ιστορίας στον Hegel<sup>78</sup> θα μπορούσε να αποδοθεί με τα λόγια του Gadamer: «Είναι το εύρος και η ποικιλία του Ανθρώπινου, η οποία προκαλεί την ανάδυση της ατέρμονης εναλλαγής στα πεπρωμένα των ανθρώπων»<sup>79</sup>. Η διαφορές δεν θα μπορούσαν να είναι βαθύτερες. Εκφράστηκαν δε και στην πραγματικότητα της Νομικής σχολής του Πανεπιστημίου του Βερολίνου, όπου βρέθηκαν αντιμέτωποι ο Puchta με τον Eduard Gans (Εντουαρντ Γκανς), εξέχοντα μαθητή του Hegel και όπου ο πρώτος δεν σταμάτησε να αντιμάχεται τον δεύτερο ούτε μετά το θάνατό του<sup>80</sup>.

### δ) Η Θεωρία του Λαϊκού Πνεύματος στον Puchta

Ας επιστρέψουμε τώρα στην έννοια του Λαϊκού Πνεύματος ή Πνεύματος του Έθνους ή του Λαού, όπως αυτή εμπλουτίστηκε και διαμορφώθηκε μέσα από την ανάλυση του Puchta. Η συνεισφορά του έγκειται στο ότι επιχειρεί να κάνει την έννοια πιο συγκεκριμένη. Ήδη από την αρχή των αναλύσεών του θα συνδέσει την έννοια του λαϊκού πνεύματος με την έννοια της εθνι-

77. Gadamer, Wahrheit und Methode, σελ. 204.

78. Με την οποία δεν πρέπει να συνχέεται η έννοια της προόδου, η οποία αποτελεί σημαντικό κομμάτι και για την ιστορική σχολή.

79. Όπου πολύ σωστά ο Gadamer διατυπώνει το «ανθρώπινο» ως ουσιαστικό και το γράφει (εξαναγκασμένος από τους κανόνες της Γερμανικής) με κεφαλαίο, αφού η αναφορά στον άνθρωπο, στην ανθρώπινη ιστορία αποτελεί και για την ιστορική σχολή ύστατη σχετικοποίηση της σχετικότητάς της.

80. Bλ. Haferkamp, Puchta und die Begriffsjurisprudenz, σελ. 128.



κότητας<sup>81</sup>. Στην ιστορική του ανάλυση, στο σημείο του ρωμαϊκού δικαίου προχωρά, αναγκασμένος από τη μορφή της εθνικότητας των υπηκόων της ρωμαϊκής αυτοκρατορίας, στη διάκριση ενός τυπικού και ενός ουσιαστικού μέρους της εθνικότητας. Το ουσιαστικό μέρος της αποτελείται δε, και μόνο αυτό έχει σημασία για τη θεωρία του Puchta, από την κοινή συνείδηση/πεποίθηση δικαίου. Η ουσιαστική έννοια της εθνικότητας, μας λέει, συνίσταται στην συγγένεια και την ιδιαιτερότητα του πνεύματος, απέναντι σε άλλους<sup>82</sup>. Στην ιδιαίτερα σύντομη ανάλυση που αφιερώνει στο γερμανικό δίκαιο του Μεσαίωνα, βλέπει έντονη τη σημασία της εθνικής συνείδησης. «Ο Γερμανός στράφηκε στο κοινό και το εθνικό, πριν στραφεί σε οτιδήποτε άλλο», θα πει, μια εικόνα παραμένη από τις διαδεδομένες, στα χρόνια της φαντασιακής θέσμισης του γερμανικού Έθνους κατά το 19<sup>ο</sup> αιώνα, μυθοπλασίες σχετικά με τη γερμανική φυλή του Μεσαίωνα. Όσο κι αν αντίστοιχα με την τότε ισχύουσα μορφή οργάνωσης των διαφόρων περιοχών της γερμανικής επικράτειας, οι κοινωνίες δεν είχαν κοινό σημείο αναφοράς. ο Puchta θεωρεί πως είχαν έντονη την αίσθηση της εθνικής συνύπαρξης, η οποία μέσω των οργανωμένων κοινοτήτων εκφραζόταν ως κοινή συνείδηση δικαίου<sup>83</sup>. Η τότε κοινωνία παρουσιάζει ακόμη εξαιτίας της μορφής της, εξαιτίας δηλαδή του γεγονότος πως το δίκαιο πηγάζει άμεσα από αυτή, ένα ακόμη χαρακτηριστικό που τον δικαιώνει στην αναζήτησή του. «Για τον άνθρωπο αυτής της κοινωνίας δεν ισχύει δίκαιο, αν δεν προέρχεται από αυτόν τον ίδιο»<sup>84</sup>. Πρόκειται για την ίδια έννοια της ελευθερίας, την οποία εντόπισε ο Savigny ως βασικό κριτήριο του λαϊκού δικαίου. Το εθιμικό δίκαιο είναι η βάση και άμεση απόρροια της ατομικής ελευθερίας<sup>85</sup>. Μια ελευθερία όμως που χάνεται μόλις χαθεί η άμεση σχέση του λαού και του ατόμου με τη δημόσια ζωή<sup>86</sup>. Για τον Puchta βέβαια αυτό, όπως θα δούμε, δεν σημαίνει πως χάνεται και η δυνατότητα λαϊκού δικαίου. Σημαίνει μόνο πως χάνεται η αμεσότητα της ισχύος του.

Στη συνέχεια ο Puchta θα επιχειρήσει να κάνει πιο συγκεκριμένο τι εννοεί με την έννοια του Λαού, πρώτα θετικά, δίνοντας τα κεντρικά χαρακτηριστικά του<sup>87</sup>, και ύστερα σε αντιπαράθεση με αντίστοιχες έννοιες από την ιστορία των λαών και των ιδεών.

Λαός σημαίνει κατ' αρχάς κοινή καταγωγή<sup>88</sup>. Από αυτή δεν προκύπτει

81. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 138.

82. Das Gewohnheitsrecht, T. 1, σελ. 5.

83. Βλ. σχετικά Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 125 ακ.

84. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 128.

85. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 128, 156

86. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 131.

87. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 134 ακ

88. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 134 ακ.



μόνη η σωματική, αλλά και η πνευματική συγγένεια. Έτσι δημιουργείται ένα φυσικό και όχι τεχνητό σύνολο. Η κοινή βούληση αυτού του συνόλου μπορεί να δημιουργήσει έπειτα μορφές οργάνωσης, όπως το κράτος, οι οποίες έπονται αυτού και δεν το αντικαθιστούν, ούτε το παράγουν.

Το δίκαιο αποτελεί μία έκφανση της δράσης του λαού ή μια κατεύθυνση του λαϊκού πνεύματος. Έτσι ταυτίζει κατ' αρχάς το λαό με το λαϊκό πνεύμα. Η εθνικότητα, από την οποία προκύπτει όπως είπαμε η κοινή συνείδηση δικαίου, το λαϊκό δίκαιο και πάλι, επηρεάζει την πνευματική ικανότητα του ανθρώπου κατά συγκεκριμένους τρόπους. Πρώτον στη δυνατότητα γνώσης που αυτός αναπτύσσει. Ακόμη και οι αναφορές στην επιρροή του χλίματος, όπου ακούμε τον Μοντεσκιέ, ουσιαστικά αναφέρονται στην επιρροή της εθνικότητας, ώστε στην ουσία μέσω αυτού δεν πρόκειται για επιρροή στο άτομο, αλλά στο σύνολο, στο λαό. Κατά δεύτερον από την εθνικότητα επηρεάζονται τα ήθη. Εφόσον αυτά τα ήθη δεν είναι ατομικά, αλλά έχουν τη βάση τους στο γεγονός πως κάποιος ανήκει σε μια συλλογική οντότητα, τότε πηγή τους είναι πάλι το λαϊκό πνεύμα<sup>89</sup>.

Ήδη με αυτά τα τελευταία λόγια έχει υπεισέλθει στο σημαντικό πρόβλημα, κατά πόσο το δίκαιο μπορεί να πηγάξει από το άτομο ή, όπως αυτός υποστηρίζει από το κοινωνικό σύνολο. Θα προσπαθήσει να διαλευκάνει το θέμα πρώτα με επανάληψη των κεντρικών εννοιών του και έπειτα σε αντιπαράθεση με άλλες απόψεις και έτσι θα κλείσει τη σχετική αναζήτηση.

Επιστρέφει λοιπόν στην ιστορία της Βίβλου<sup>90</sup>, για να υποστηρίξει και πάλι πως το δίκαιο είναι κοινωνικό φαινόμενο. Δίκαιο υφίσταται μόνο σε οργανωμένη κοινωνία. Ούτε από το άτομο, αλλά ούτε από την οικογένεια προκύπτει δίκαιο. Από την οικογένεια προκύπτουν σχέσεις εξουσίας, αλλά όχι δίκαιο. Έτσι βάση του δικαίου μπορεί να είναι μόνο η συνύπαρξη ως λαός, με τα στοιχεία της κοινής πεποίθησης δικαίου και της ελευθερίας σε κοινωνία δικαίου. Το τελευταίο δεν σημαίνει τίποτε διαφορετικό από την πραγματικότητα της συνύπαρξης με άλλες ελεύθερες βουλήσεις και την έκφραση της κοινής συνισταμένης τους στο δίκαιο.

Πιο ξεκάθαρες καθιστά τις έννοιές του με την αντιπαράθεση με άλλες προσπάθειες θεμελίωσης του λαϊκού δικαίου.

Πρώτα απ' όλα αρνείται την εννοιολογική ταύτιση του λαού με τους «υπηκόους»<sup>91</sup>. Αυτό διότι το σύνολο των υπηκόων είναι σύνολο που προκύπτει με την άσκηση της βούλησης και όχι με φυσικότητα. Αυτός όμως φάχνει για τη φυσική κοινότητα δικαίου. Μόνο τότε προκύπτει το δίκαιο

89. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 139.

90. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 139 ακ.

91. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 149 ακ.



ως οργανισμός. Το οποιοδήποτε Σύνταγμα δεν μπορεί να κατασκευάσει λαό επειδή «αυτό που υπάρχει ήδη, δεν μπορεί να κατασκευαστεί»<sup>92</sup>.

Η κοινότητα του λαού δεν μπορεί να προκύψει ούτε μέσω σύμβασης. Διότι το δίκαιο δεν μπορεί να προκύψει με τη σύμφωνη γνώμη ατόμων. Είναι προϊόν κοινωνικό. Θα αποκρούσει ρητά μυθολογικές ερμηνείες των εκπροσώπων του ρομαντισμού (Schlegel)<sup>93</sup>, οι οποίοι εκκινούμενοι από το σύμβολο του «ηρωισμού» και του «ήρωα» αποδίδουν δημιουργική ικανότητα μόνο στο άτομο. Εδώ αποκαλύπτεται ακόμη ένα στοιχείο της θεωρίας του Puchta, ήδη σαφές από την αρχή. Η συλλογική οντότητα έχει την ικανότητα να δημιουργήσει. Δεν απορροφά απλά την ατομική δημιουργικότητα.<sup>94</sup> Αντιθέτως λαϊκές πεποιθήσεις και συνεπώς η κοινή πεποιθηση δικαίου προκύπτουν από την οργανική σύνδεση των ατόμων σε κοινωνία κατά τρόπο, ώστε οι πεποιθήσεις να διαχέονται ή μία από την άλλη, να μην ενώνονται απλώς με το εξωτερικό στοιχείο της βιούλησης<sup>95</sup>.

Σε αυτή τη βάση ουσιαστικά, στη διαφορά δηλαδή πως κατά τη σύμβαση οι βιούλησεις αντιπαρατίθενται, ενώ στο λαϊκό δίκαιο συνενώνονται θα στηρίξει και τη απόρριψη άλλων μορφών παραγωγής δικαίου ως ουσιαστικές πηγές του, όπως για παράδειγμα τη δυνατότητα των διάφορων ενώσεων προσώπων να δημιουργούν αυτόνομα τους κανόνες που θα διέπουν τις σχέσεις τους, την οποία δυνατότητα βέβαια δεν αρνείται. Η συζήτηση αυτής της αυτονομίας και του ρόλου της Σύμβασης στο σύστημα των πηγών του δικαίου είναι μια συνήθηση συζήτηση στη Γερμανία του 19<sup>ο</sup> αιώνα. Την αγγίξαμε λίγο με τον Eichhorn. Ο Puchta αντιμετωπίζει αυτή την πραγματικότητα με μια ιστορική εξήγηση. Η αναγκαιότητα αναγνώρισης κανονιστικής ισχύος, όπως θα λέγαμε σήμερα, στη Σύμβαση προέχει, όπως λέει, ως ανάγκη, εξαιτίας της έλλειψης κοινού νομοθέτη στην κατακερματισμένη γερμανική επικράτεια. Άλλα και θεωρητικά η σύμβαση δεν χωρά στο σύστημά του ως πηγή δικαίου. Επειδή, όπως λέει χαρακτηριστικά, «ο συγκερασμός των απόψεων, ο οποίος επέρχεται με τη σύμβαση αναλύεται πράγματι σε περισσότερες βιούλησεις, όσοι και οι αντισυμβαλλόμενοι. Η βιούληση όμως, την οποία τα ίδια άτομα ως μέλη ενός Λαού, ενός Κράτους έχουν, είναι μία».<sup>96</sup> Το άλλο κριτήριο διαχωρισμού του δικαίου (με ρητή αναφορά στο εθιμικό δίκαιο) από τη σύμβαση είναι βέβαια το εξής: «Το δίκαιο της αυτονομίας είναι δίκαιο που προκύπτει ως αποτέλεσμα της βιούλησης». Ενώ το εθιμικό δίκαιο<sup>97</sup> είναι το αποτέλεσμα

92. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 152.

93. Βλ. σχετικά Haferkamp, Puchta und die Begriffsjurisprudenz, σελ. 180.

94. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 154.

95. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 155.

96. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 159.

97. Εδώ ο Puchta μιλάει μόνο για το εθιμικό δίκαιο. Θα δούμε όμως αμέσως πα-



της «φυσικής συγγένειας των πεποιθήσεων».<sup>98</sup> Η θέση σχετικά με τη φυσικότητα της διαδικασίας παραγωγής του δικαίου παραμένει κεντρική.

### ε) Ποικιλία των πηγών του δικαίου

Η πηγή του δικαίου για τον Puchta, πρέπει να τονιστεί αυτό εξαρχής, είναι μία. Είναι η κοινή λαϊκή πεποίθηση. Είναι όμως αλήθεια πως για αυτή δεν χρησιμοποιεί τον όρο πηγή του δικαίου (Rechtsquelle), αλλά μιλάει για «βάση προέλευσης του δικαίου» (Entstehungsgrund), το σημείο απ' όπου προκύπτει το περιεχόμενο του δικαίου. Η κοινή λαϊκή πεποίθηση εκδηλώνεται σε διαφορετικές μορφές. Εδώ πια, σε σχέση με αυτές τις μορφές, μιλά για πηγές του δικαίου, εννοώντας τους κοινωνικούς παράγοντες από τους οποίους εκδηλώνεται και τις μορφές με τις οποίες εκδηλώνεται το δίκαιο.<sup>99</sup> Έτσι μιλώντας για πηγές του δικαίου δεν εννοεί αυτό που με την πρώτη ματιά γίνεται αντιληπτό και επίσης δεν μιλά για αυτό το οποίο εμείς εδώ αναζητούμε, το οποίο είναι η βάση προέλευσης του δικαίου.

Τρεις είναι λοιπόν οι μορφές εκδήλωσης του δικαίου. **Το εθιμικό δίκαιο, η νομοθεσία και τέλος το δίκαιο των νομικών**<sup>100</sup>. Στην ιστορική ανάλυση του πρώτου μέρους του βιβλίου του θα αναζητήσει τη σημασία τους ιστορικά. Στο αρχαίο ρωμαϊκό δίκαιο για παράδειγμα βρίσκει μόνο το εθιμικό και το νομοθετημένο δίκαιο<sup>101</sup>, όπου, σπεύδει να τονίσει, πως η σύγκλιση του περιεχομένου τους υπήρξε τόσο έντονη, στη βάση της σύγκλισης την κοινής εθνικής ταυτότητας, ώστε η διαφορά τους δεν υπήρξε ουσιαστικά ποτέ συνειδητή.<sup>102</sup>

Στο θεωρητικό πεδίο του εθιμικού δικαίου ειδικότερα μας λέει πως το περιεχόμενο του εκάστοτε συγκεκριμένου δικαίου πηγάζει άμεσα από τον ίδιο το λαό. Είναι η κοινή πεποίθηση δικαίου, η οποία εκφράζεται α) στη συνείδηση των τμημάτων, από τα οποία αποτελείται το σύνολο, και β) στις ενέργειές τους, δηλαδή στην εφαρμογή του δικαίου, στη συνήθεια. Οι ενέργειες είναι πάντα ενέργειες μεμονωμένων ατόμων. Έχουν όμως κοινό κοινωνικό υπόβαθρο και σε αυτή την περίπτωση αποτελούν τα ήθη. Πρόκειται λοιπόν για το δίκαιο των ηθών, το οποίο είθισται να ονομάζεται εθιμικό δίκαιο.<sup>103</sup>

ρακάτω πως τα χαρακτηριστικά στα οποία αναφέρεται, είναι τα χαρακτηριστικά του λαϊκού δικαίου ως μοναδικής πηγής του δικαίου.

98. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 160.

99. Bλ. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 144.

100. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 78.

101. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 12.

102. Bλ. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 15 ακ.

103. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 145



### στ) Έθιμο και ήθος

Ο Puchta δεν θα παραβλέψει να προσεγγίσει και το ερώτημα της σχέσης εθίμου και ήθους<sup>104</sup>. Το εθιμικό δίκαιο υπάρχει μέσω των ηθών. Οι πεποιθήσεις, οι σχετικές με το δίκαιο, αποτυπώνονται στα ήθη του λαού. Αναφέροντας αυτό ο Puchta αποστασιοποιείται από κάποιους σύγχρονούς του, οι οποίοι ταυτίζουν την έννοια του ήθους με την έννοια της συνήθειας. Αυτό γιατί η συνήθεια ορίζεται ως πράξη και συνεπώς πράξη ενός ατόμου. Τα ήθη όμως, είτε πράξη είτε όχι, έχουν τη βάση τους στην συλλογική και φυσική πεποίθηση περισσοτέρων.<sup>105</sup>

Αυτός ο διαχωρισμός είναι καθοριστικός και για τη σχέση του δικαίου με τα ήθη και τη συνήθεια.<sup>106</sup> Το δίκαιο δεν μπορεί να προκύψει από τη συνήθεια, επειδή αυτή έχει ως βάση της τη μεμονωμένη πεποίθηση. Όμως ούτε από τα ήθη γεννάται δίκαιο. Πολύ περισσότερο συμβαίνει το αντίστροφο<sup>107</sup>. Τα λαϊκά ήθη μπορούν να είναι άμεση απεικόνιση της λαϊκής συνείδησης. Συνεπώς δεν δημιουργεί η συνήθεια του ατόμου τα λαϊκά ήθη. Η συνήθεια λοιπόν δεν αποτελεί στοιχείο του δικαίου, τα ήθη όμως συνδέονται μαζί του. Πως; Η κοινή πεποίθηση δικαίου κατατάσσει συγκεκριμένες πράξεις στην κατηγορία των ηθών. Η εξοικείωση με τα λαϊκά ήθη ονομάζεται συνήθεια. Εδώ επιστρέφει η σημασία της συνήθειας, η οποία με αυτό τον τρόπο συνδέεται μόνο με τα ήθη και όχι με το δίκαιο. Το άτομο μπορεί να δει η συνήθειά του να γίνεται πεποίθησή του, πιστεύω του. Αυτό όμως, λέει ο Puchta δεν μπορεί να αποκτήσει ποτέ κοινωνική υπόσταση. Δεν υπάρχει κίνηση από το άτομο στην κοινωνία. Έτσι ο Puchta θα καταλήξει εδώ σε ένα πολύ σημαντικό αποτέλεσμα για τη θεωρία της σχολής σχετικά με το εθιμικό δίκαιο. Αντίθετα με τη διαδεδομένη άποφη της εποχής του θα υποστηρίξει, πως η συνήθεια δεν αποτελεί κριτήριο της ισχύος του εθιμικού δικαίου. Το μόνο κριτήριο είναι η κοινή πεποίθηση δικαίου. Η συνήθεια όμως διατηρεί το ρόλο της. Είναι μέσο γνώσης του δικαίου<sup>108</sup>.

Αυτή η κατάληξη είναι σημαντική για τη συνέχεια και το ρόλο του Νόμου. Πέραν από το ότι ξεφεύγει από τις φιλοσοφικές απλοϊκότητες του ακραίου ατομικισμού, η απόρριψη της συνήθειας ως βάσης του ήθους και κατά συνέπεια του δικαίου έχει να κάνει και με την αποστασιοποίηση από μια θετικιστική στάση, η οποία, σύμφωνα με την ιστορική του ανάλυση,<sup>109</sup> χρειάστηκε την επέμβαση του νομοθέτη ώστε να δικαιολογήσει τη μετάβα-

104. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 167 αχ.

105. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 167 αχ.

106. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 167 αχ

107. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 167, 169 αχ.

108. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 171.

109. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 177.



ση από το ατομικό στο κοινωνικό στοιχείο, άλλως αδυνατεί να τη συλλάβει.

Ένα άλλο στρατηγικό αποτέλεσμα της μέχρι τώρα αναλυθείσας επιχειρηματολογίας του Puchta φανερώνεται από τη διάκριση ανάμεσα στις πηγές του δικαίου και τους μηχανισμούς αντίληψής του ή τις μορφές εκδήλωσής του, στις οποίες αναφερθήκαμε εισαγωγικά του κεφαλαίου. Διάκριση την οποία, παρεμπιπτόντως, επιχειρεί ήδη στην ιστορική του ανάλυση σχετικά με το ρωμαϊκό δίκαιο.<sup>110</sup> Η ύπαρξη πηγών γνώσης του δικαίου, δίνουν τη δυνατότητα απεξάρτησης αυτών από το ερώτημα της προέλευσης του δικαίου. Καθίσταται δυνατό δηλαδή για τον Puchta να πει πως άλλο πράγμα είναι πως ο νομοθέτης όρισε κάποια πράγματα και άλλο το ερώτημα από που πηγάζει η ιδέα και ταυτόχρονα η νομιμοποίηση του Νομοθέτη να νομοθετήσει τις συγκεκριμένες ρυθμίσεις. Η ιδιότητά του (νομοθέτης) πάντως σίγουρα δεν απαντά το δεύτερο ερώτημα. Και ίσως είναι η ίδια θεωρητική πρόληψη, η οποία δημιουργεί τη δυνατότητα στον Puchta, στο πλαίσιο της ιστορικής του ανάλυσης να απαλείψει τη διχοτόμηση ανάμεσα στο νόμο και το εθιμικό δίκαιο<sup>111</sup>. Έτσι φέρνει τον Ουλπιανό να κάνει το διαχωρισμό ανάμεσα σε γραπτό και άγραφο δίκαιο, αναφερόμενος σαφώς στον τρόπο γνώσης του δικαίου<sup>112</sup>. Το ίδιο και με τον Γάιο,<sup>113</sup> καθιστώντας παράλληλα σαφές πως ο θεωρητικός διαχωρισμός δεν ανήκει στους ρωμαίους νομικούς, αποκαλύπτοντας τον έτσι ως στοιχείο της ιστορικής του ερμηνείας<sup>114</sup>. Η ακολουθία των επιταγών της εθνικής συνείδησης είναι δυνατό να συμβεί και με τη θέσπιση νόμου. Έτσι μπορεί εύκολα να δικαιολογήσει την ύπαρξη νόμων, αποδίδοντας την, εν τέλει, στο πνεύμα του λαού, δηλαδή να εντάξει το νόμο στο ίδιο σύστημα πηγών του δικαίου και ισάξιο του το έθιμο.

Με βάση το διαχωρισμό αυτό και ενώ όπως είπαμε παράλληλα υιοθετεί ποικιλία πηγών του δικαίου ή καλύτερα μορφών εκδήλωσης του δικαίου – νόμος, έθιμο, επιστήμη –, τονίζει ότι ανάμεσα στις δύο κατηγορίες – πηγή του δικαίου/πηγές γνώσεις του δικαίου – δεν υπάρχει αντιστοιχία, αλλά πολύ περισσότερο αναμειγνύονται. Έτσι, όπως είπαμε, αποκολλά υπόρρητα το νόμο ως πηγή του δικαίου από τη απόλυτη κυριαρχία της βούλησης του νομοθέτη. Ο νόμος μπορεί έτσι να είναι και αποτέλεσμα καταγραφής εθίμων. Με αυτό τον τρόπο βλέπει να δημιουργείται η νομική παράδοση του γερμανικού Μεσαίωνα, η οποία – αποτέλεσμα βέβαια και αυτή ζύμωσης ανάμεσα στην ατομική βούληση και τη συλλογική συνείδη-

110. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 54, 58.

111. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 51, 59.

112. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 61.

113. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 60.

114. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 68.



ση δικαίου – βρίσκοντας έκφραση για αιώνες στις δικαστικές αποφάσεις, ελλείψει κρατικής εξουσίας, καταγράφεται τελικά από την αναδυόμενη κεντρική γραφειοκρατία.<sup>115</sup>

Αναφορικά με την **νομοθεσία** δεν έχει πολλά να πει και σε όσα λέει προβάλλει έντονα, όπως μάλλον θα υποφιαζόμαστε, η επιφυλακτικότητα της ιστορικής σχολής. Ο νομοθέτης είναι όργανο της γενικής βούλησης. Καλείται να τη διαπιστώσει και ανάλογα να νομοθετήσει. Δεν δικαιούται όμως να εφαρμόσει καινούργιο δίκαιο.<sup>116</sup> Ο νόμος έχει το ξεχωριστό στοιχείο πως η στιγμή της ισχύος, δηλαδή της δημιουργίας του κανόνα δικαίου συμπίπτει χρονικά με την εμφάνισή του. Ταυτόχρονα είναι όμως μόνο τύποις πηγή του δικαίου. Αυτό επειδή λαμβάνει το περιεχόμενο του από το λαϊκό πνεύμα ή, από την τρίτη πηγή του δικαίου, το επιστημονικό δίκαιο/το δίκαιο των νομικών. Ο Νομοθέτης δεν έχει ο ίδιος συνείδηση του δικαίου, νομοθετεί το ήδη υπάρχον δίκαιο.

Είναι κατανοητό πως εδώ έχουμε να κάνουμε και πάλι με μια ιδιαιτέρως συντηρητική θεωρία του δικαίου, όσον αφορά το ρόλο του νομοθέτη και ακόμη πιο ειδικά, τη δυνατότητα ριζικής μεταρρύθμισης του δικαίου. Αναφερθήκαμε ήδη στην κριτική του Rudolf Stammler σχετικά με την έλλειψη δυνατότητας από την πλευρά της θεωρίας της ιστορικής σχολής του δικαίου να ασκήσει κριτική στο παραδεδομένο δίκαιο. Η αντίληψη αυτή, δηλαδή τα όρια που θέτει η παράδοση στο Νομοθέτη, απέκτησαν ιδιαίτερη σημασία όταν στα τέλη του 19<sup>ου</sup> αιώνα το γυναικείο κίνημα απαίτησε την αλλαγή του ισχύοντος οικογενειακού δικαίου προς όφελος της θέσης της συζύγου. Ο νομοθέτης τότε απάντησε μεταξύ άλλων πως δουλειά του δεν είναι να εφευρίσκει νέο δίκαιο, αλλά να καταγράφει το ισχύον.<sup>117</sup>

### ζ) Η νομική επιστήμη ως πηγή του δικαίου - Juristenrecht

Μια σημαντική για τη εποχή του απόφαση του Puchta υπήρξε το να συμπεριλάβει το λεγ. «δίκαιο των νομικών» στις πηγές του δικαίου.<sup>118</sup> Αυτό δε το επιτυγχάνει, όχι παραχάμπτοντας την υπόλοιπη θεωρία του περί του εθιμικού δικαίου. Πολύ περισσότερο βλέπει την επιστήμη του δικαίου, στα πλαίσια της νέας, διαφοροποιημένης (*ausdifferenziert*) κοινωνίας και

115. Βλ. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 126-132.

116. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 145 ακ.

117. Βλ. σχετικά Kitsakis, Breadwinners und Housekeepers, σελ. 303-310, ειδικά σελ. 307.

118. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 146 ακ.



του αναλόγως διαφοροποιημένου δικαίου.<sup>119</sup> να αναλαμβάνει το ρόλο του φορέα του εθίμου, του μεταφορέα του στο χώρο του δικαίου. Σε αυτό το ρόλο παρατηρούμε την επιστήμη να δρα παθητικά. Μέσω της πράξης των ατόμων που την αποτελούν εκφράζεται το ισχύον δίκαιο. Εδώ δεν πρόκειται ακόμη για αληθινή επιστήμη. Είναι ιστορικά η εποχή, όπου υπάρχουν πολίτες, οι οποίοι έχουν λόγω της θέσης τους ειδικότερες γνώσεις για το δίκαιο και φροντίζουν αυτό να τηρείται και να μεταδίδεται.

Όμως η επιστήμη γίνεται και παραγωγική, και τότε μόνο ως συλλογικότητα. Αυτή η παραγωγικότητά της εκφράζεται με δύο τρόπους:

Πρώτον με το να δημιουργήσει από τους σκόρπιους κανόνες δικαίου, ένα οργανικό όλο. Εδώ ακούγεται η έννοια του **συστήματος δικαίου**. Με την έννοια του συστήματος του δικαίου θα ασχοληθεί ο Puchta ήδη πολύ νωρίς στην ακαδημαϊκή του καριέρα, στα 1822<sup>120</sup>. Η συζήτηση του περιεχομένου της – αν και θα ήταν ιδιαίτερα ενδιαφέρουσα για την ελληνική επιστήμη, καθώς θα κατέρριπτε αρκετούς μύθους σχετικά με την επονομαζόμενη «εννοιοκρατική μέθοδο», για την οποία η ελληνική μεθοδολογία του δικαίου κατηγορεί μέχρι σήμερα τον Puchta – δεν μπορεί να λάβει χώρα εδώ. Ενώ είναι βαθιά φιλοσοφική, οι λεπτομέρειές τις δεν προσθέτουν κάτι σχετικά με τη θεωρία των πηγών του δικαίου. Η βάση της όμως βρίσκεται σίγουρα στην απαίτηση τόσο του Puchta όσο και του Savigny το ιστορικό-κοινωνικά συνεκτικό Όλον να παρουσιαστεί ως τέτοιο.

Η παραγωγικότητα της επιστήμης παρουσιάζεται κατά δεύτερον επηρεάζοντας το περιεχόμενο του δικαίου, αναμορφώνοντας το<sup>121</sup>. Αυτό που δεν αναγνωρίζει λοιπόν στο νομοθέτη, δεν το απαρνείται στην επιστήμη. Ενώ λέει ρητά πως ο Νομοθέτης δεν δικαιούται να θεσπίζει καινούργιο δίκαιο, δεν θέτει ανάλογο περιορισμό στην επιστήμη.

Το επόμενο βήμα που κάνει είναι η διαφοροποίηση ανάμεσα σε εθιμικό δίκαιο και δίκαιο των νομικών<sup>122</sup>. Οι σύγχρονοι του τείνουν να τα ταυτίζουν, εφόσον βέβαια αναγνωρίζεται η ύπαρξη του τελευταίου. Αυτό έχει να κάνει σύμφωνα με τον Puchta με το γεγονός ότι η επιστήμη της εποχής του χώριζε το δίκαιο σε *ius scriptum* και *ius non scriptum* κατατάσσοντας και τα δύο, σε αντιπαράθεση με το νόμο, στο *ius non scriptum*. Δεν αμφισβητεί κάθε σχέση του δικαίου των νομικών με το εθιμικό δίκαιο. Και τα δύο είναι αποτέλεσμα πραγματικής κοινής πεποίθησης. Επίσης αντλούν

119. Διατυπώνουμε προφανώς προσφεύγοντας σε έντονα σημερινή ορολογία

120. Σε ένα γράμμα του στον Savigny ονομάζει δε εμμονή με το σύστημα την φυχική του ανάγκη για τάξη. Bλ. Haferkamp, Puchta und die Begriffsjurisprudenz, σελ. 257.

121. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 147.

122. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 161 αχ.



το περιεχόμενό τους άμεσα, είτε από τη λαϊκή είτε από την επιστημονική πεποίθηση. Αποτελούν λοιπόν και τα δύο ουσιαστικές πηγές του δικαίου, δηλαδή τμήματα της μίας ουσιαστικής/αληθινής πηγής του δικαίου.

Παρ' όλα αυτά δεν εξαλείφονται οι διαφορές τους. Το δίκαιο των νομικών προέρχεται μόνο έμμεσα από το λαό. Αυτό όμως δεν συμβαίνει επειδή το δίκαιο αυτό ισχύει λόγω της συνήθειας εφαρμογής του. Αντιμαχόμενος και εδώ τον ουσιαστικό ρόλο της συνήθειας, του εθίμου, λέει πως δεν είναι δυνατόν, να αναγνωριστεί autoritas σε κάτι απλά εξαιτίας των εξωτερικών γνωρισμάτων του<sup>123</sup>. Έτσι επιχειρηματολογεί διαφορετικά. Το δίκαιο της επιστήμης είναι κάτι δημιουργικό. Δημιουργεί κανόνες δικαίου. Ως τέτοιο όμως δεν έχει εθνικό χαρακτήρα. Δεν δημιουργεί το λαϊκό πνεύμα. Γι' αυτό πρόκειται για διαφορετική πηγή του δικαίου από την κοινή πεποίθηση δικαίου του λαού. Όμως το αντικείμενό της είναι εθνικό. Μόνο τότε πρόκειται για πραγματική επιστήμη, όταν επεξεργάζεται το εθνικό δίκαιο. Και όταν οι νομικοί θέλουν να ασκήσουν επιρροή στο δίκαιο, πρέπει να λειτουργούν ως εκπρόσωποι του Λαού<sup>124</sup>.

Η άποφη αυτή των Savigny και Puchta οδήγησε σε πολύ κριτική. Ένα σημαντικό σκέλος αυτής έχει να κάνει με το πρόβλημα των πηγών του δικαίου και θα το δούμε αμέσως παρακάτω. Ένα άλλο έχει κυρίως μεθοδολογικές εκφάνσεις και μπορεί να συζητηθεί μόνο επιγραμματικά. Συγκεκριμένα, όπως ήδη αναφέρθηκε, ο Puchta θεωρείται ευρέως εκπρόσωπος της εννοιοκρατικής μεθόδου ερμηνείας του δικαίου και η συγκεκριμένη άποφη του έφερε στο παρελθόν πιο κοντά σε αυτή τη μορφή. Συγκεκριμένα, το να είναι κάποιος χρήστης της εννοιοκρατικής μεθόδου σημαίνει συνήθως δύο πράγματα: είτε υπερβολική χρήση της συστηματικής ερμηνείας είτε, και αυτό είναι το κυριότερο, πλήρη ενασχόληση με την επιστημονική αλήθεια και αποκοπή από την πραγματικότητα. Πρόσφατη ιστορική μελέτη, μας αποκάλυψε πόσο πλασματική είναι αυτή η εικόνα όταν γίνεται αναφορά στη μέθοδο και τις έννοιες του Puchta. Όταν, εν έτη 1827 τον ρώτησε ο Hugo, που τοποθετεί την Πράξη, δηλαδή τη Νομολογία, στο σύστημα του, η απάντηση του Puchta ήταν αποκαλυπτική για το τί εννοεί με την έννοια του «δικαίου των νομικών»: Με το να αναγνωρίσει το Juristenrecht ως πηγή του δικαίου, αναφερόταν στην αξία της πράξης κατά τη διαδικασία δημιουργίας του δικαίου.<sup>125</sup> Και όταν λίγο αργότερα επιχειρεί να καθορίσει την πηγή γνώσης του δικαίου της επιστήμης, μιλάει για τη res judicata και ονομάζει ρητά το «δίκαιο των νομικών» ως το δίκαιο της πράξης<sup>126</sup>.

123. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 164.

124. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 166. Βλ. σχετικά Meder, Ius non scriptum, 146 ff.

125. Bλ. Haferkamp, Puchta und die Begriffsjurisprudenz, σελ. 139.

126. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 166 αχ.



#### 4. Η απάντηση των Γερμανιστών - Beseler

Το δίκαιο των νομικών ήταν η αφορμή να ξεσπάσει διαμάχη ανάμεσα στις δύο κατευθύνσεις της ιστορικής σχολής. Όπως είδαμε ήδη στην αρχή της μελέτης οι δύο ιδρυτές της σχολής εκπροσωπούσαν δύο διαφορετικές κατευθύνσεις με το ίδιο θεωρητικό υπόβαθρο. Ο Savigny στράφηκε στη μελέτη του ρωμαϊκού δικαίου και έτσι είναι εκπρόσωπος της τάσης των Ρωμανιστών και ο Eichhorn αφιερώθηκε στην ανάλυση του λεγόμενου γερμανικού δικαίου, δηλαδή του δικαίου που γενικότερα συμπλήρωνε τα κενά του ρωμαϊκού δικαίου και διαφοροποιούταν ανάλογα με την γεωγραφική περιοχή αναζήτησής του και έτσι εκπροσώπησε τους Γερμανιστές. Στα πρώτα κείμενα αυτών των δύο η συμβίωση των δύο τάσεων είναι αρμονική. Ο Savigny στο ιδρυτικό κείμενο της σχολής<sup>127</sup> τοποθετεί και τις δύο κατευθύνσεις τη μία δίπλα στην άλλη.<sup>128</sup> Εξάλλου ένας από τους πιο περίφημους Γερμανιστές, ο Jakob Grimm, εκ των τριών διάσημων για τις ιστορίες τους αδελφών Γκριμ, ήταν μαθητής του Savigny.<sup>129</sup> Ήδη όμως στο κείμενο του Puchta, το οποίο αναλύθηκε παραπάνω, διαφαίνεται η ύπαρξη διχόνοιας.<sup>130</sup> Αυτή γίνεται περισσότερο από σαφής, όταν ο σημαντικότερος συνεχιστής του Eichhorn, ο Georg Beseler (Γκέοργκ Μπέσελερ) παίρνει το συγκεκριμένο έργο ως αφορμή για να δημιουργήσει σε κάθε επίπεδο επιχειρηματολογίας δύο διαφορετικές σχολές.

Ο Beseler (1809-1888) είναι μέλος της φιλελεύθερης κίνησης που εκδηλώθηκε στον ακαδημαϊκό χώρο στα μέσα του αιώνα με κεντρικό σταθμό το Πανεπιστήμιο του Κίελου. Ανακηρύχτηκε υφηγητής Χαιδελβέργης και πέρασε από αρκετούς αξιόλογους ακαδημαϊκούς σταθμούς. Δεν εγκατέλειψε ποτέ την πολιτική δραστηριότητα και στα 1848 βρισκόταν μέσα στην εκκλησία του Αγ. Παύλου, σύμβολο της κορύφωσης και του τέλους του γερμανικού φιλελεύθερου κινήματος κατά το 19<sup>ο</sup> αιώνα<sup>131</sup>.

#### Στοιχεία της διδασκαλίας του Beseler

Πριν υπεισέλθουμε στη διαμάχη πρέπει να τονιστεί πως και ο Beseler, παρά το ότι αυτό που έμεινε στην ιστορία ήταν η αντιπαράθεσή του με

127. Savigny, Ueber den Zweck dieser Zeitschrift, σε: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 1 (1815), σελ. 7 ακ.

128. Βλ. επίσης Vom Beruf unserer Zeit über Gesetzgebung und Wissenschaft (1815), σελ. 139, καθώς και τη σύντομη αναφορά του Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, σελ. 378.

129. Βλ. M. Schmoeckel, Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung, σελ. 374.

130. Das Gewohnheitsrecht, T. 1, σελ. 56 ακ. υποσημ. 1.

131. M. Schmoeckel, Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung, σελ. 376.

ον Puchta, αποτελούσε γνήσιο τέχνο της ιστορικής σχολής του δικαίου: δίκαιο είναι και για αυτόν μόνο η κοινή λαϊκή πεποίθηση δικαίου και το δίκαιο είναι ένα οργανικό σύνολο. Είναι αναπόσπαστο κομμάτι της κοινωνίας του, του εθνικά καθορισμένου κοινωνικού συνόλου. Ταυτόχρονα στον Beseler έχουμε την ευκαιρία να παρατηρήσουμε κλασσικά στοιχεία της τάσης των Γερμανιστών ως προς την ιστορικότητα του δικαίου. Αυτή η τάση σκέψης δεν ασχολήθηκε ποτέ αφηρημένα με το ερώτημα του Savigny χρειακά με την Ιστορικότητα του δικαίου. Αυτό που τους απασχολεί είναι η συγκεκριμένη ιστορικότητα του γερμανικού δικαίου. Η προσέγγισή τους βασίζεται περισσότερο στην ιστορική ανάλυση. Αναπολούν το γερμανικό δίκαιο του Μεσαίωνα.

Ο Beseler λοιπόν φάχνει την πεποίθηση της κοινότητας, την οποία θεωρεί υπέρτατη πηγή δικαίου, στο γερμανικό δίκαιο του Μεσαίωνα.<sup>132</sup>. Σε επόμενα κεφάλαια του έργου του θα εξετάσει τα στοιχεία εκείνα αυτού του δικαίου, τα οποία κατά την άποφή του δέον να αποτελούν κομμάτι του δικαίου της εποχής του. Και εδώ μπορούμε να δούμε τόσο τον παραλληλισμό όσο και την αντίθεση με το Savigny. Ξεκινούν ιστορικά, αλλά και οι δύο έχουν στραμμένη τη ματιά τους στο δίκαιο της εποχής τους. Η ιστορία είναι το εργαλείο της επιχειρηματολογίας τους. Και έπειτα η αντίθεση. Ένα από τα πρώτα έργα του Savigny μετά τη γνωστοποίηση του μεθοδολογικού του προγράμματος είναι η πολύτομη ιστορία του ρωμαϊκού δικαίου στο Μεσαίωνα. Ο Beseler και οι υπόλοιποι ξακουστοί γερμανιστές (Stobbe) ξεκινούν, όπως ειπώθηκε με την ιστορία του γερμανικού δικαίου στο Μεσαίωνα. Ο καθένας προσπαθεί να θεμελιώσει το ισχύον δίκαιο στην ιστορία. Μόνο που πρόκειται για διαφορετικές ιστορίες. Η ιστορία του Beseler φτάνει στο πρόβλημά της όταν αναλύει το ρόλο του ρωμαϊκού δικαίου στη γερμανική έννομη τάξη.

#### α) Η υιοθέτηση του ρωμαϊκού δικαίου στη Γερμανία - Το ρωμαϊκό δίκαιο ως «ξένο» δίκαιο

Οι ρωμανιστές βρίσκονται σε συνεχή προβληματισμό ως προς τη νομιμοποίηση της ισχύος του, πάντα εν μέρει «ξένου», ρωμαϊκού δικαίου. Αυτό τους οδηγεί σε μια πιο κριτική στάση απέναντι στην ιστορία. Ήδη το πρόγραμμα του Savigny ήταν να ξεκαθαρίσει μετά από ιστορική ανάλυση αυτό που έχει λόγο ισχύος από αυτό που έχει μόνο ιστορική αξία. Οι ρωμανιστές φάχνουν λοιπόν οδηγό για τη δημιουργία της σωστής δογματικής. Οι γερμανιστές από την πλευρά τους φάχνουν για την πηγή αυτού που έχουν

132. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 11 ωκ.



και του οποίου η ισχύς, στη βάση της θεωρίας τους, δεν μπορεί να τεθεί σε αμφισβήτηση από κανέναν. Δεσμεύονται έτσι περισσότερο από το πόρισμα της ιστορικής ανάλυσης.

Για τους Γερμανιστές και τον Beseler το ρωμαϊκό δίκαιο είναι «ξένο» δίκαιο<sup>133</sup> και για αυτό το λόγο δεν μπορεί να αποτελεί αποτέλεσμα του λαϊκού πνεύματος. Δεν αμφισβητεί πως ρυθμίσεις του ρωμαϊκού δικαίου κάνουν την εμφάνισή τους στους σημαντικότερους νόμους των μεσαιωνικών πόλεων. Επιμένει όμως πως οι μεμονωμένες αυτές ρυθμίσεις δεν απέκτησαν ποτέ σημαντική επιρροή στην πραγματική ζωή και συνεπώς το ρωμαϊκό δίκαιο δεν ίσχυσε ποτέ ως σύνολο στην γερμανική επικράτεια<sup>134</sup>. Στη συνέχεια δέχεται πως ιδιαίτερα από το 16<sup>ο</sup> αιώνα και μετά η ισχύς του ρωμαϊκού δικαίου, τουλάχιστον θεωρητικά, ενδυναμώνεται. Αυτό το εξηγεί ως εξής: Πρόκειται για το αποτέλεσμα της κυριαρχίας μιας συγκεκριμένης ελίτ, η οποία δεν είχε σχέση με το λαϊκό δίκαιο και αδυνατούσε να συλλάβει το πνεύμα του<sup>135</sup>. Η ίδρυση δε του πρώτου ομοσπονδιακού δικαστηρίου (Reichskammergericht) ενίσχυσε αυτή την πορεία, σύμφωνα με το συγγραφέα, αφού άνω του ήμισυ των θέσεων κατελήφθησαν από εκπροσώπους της ίδιας ελίτ. Εφαρμόζοντας λοιπόν δίκαιο για πρώτη φορά σε όλη τη γερμανική επικράτεια, έχοντας όμως τη γνώση κυρίως του ρωμαϊκού δικαίου και με την έλλειψη κοινού γερμανικού δικαίου φτάνουμε στην κατάσταση, όπου το τελευταίο εκλαμβάνεται πια, από τους δικαστές και νομικούς, ως κάτι αποσπασματικό, το οποίο καλείται να συμπληρώσει τα κενά του ρωμαϊκού δικαίου<sup>136</sup>. Πάνω σε αυτή την κατάσταση θα αναπτύξει στη συνέχεια ο Beseler την άποφή του για την ατυχή αφομοίωση του ρωμαϊκού δικαίου από τη γερμανική κοινωνία. Κεντρικό απόφθεγμα της ανάλυσής του είναι πως το ρωμαϊκό δίκαιο ως ξένο δίκαιο δεν ήρθε ποτέ σε επαφή με το γερμανικό λαϊκό πνεύμα. Συμβολικά συλλαμβάνει την απόσταση μεταξύ του λαϊκού δικαίου και του ρωμαϊκού δικαίου όπως αυτή ανάμεσα στο άγραφο και το γραπτό δίκαιο, όπου το δεύτερο έρχεται να επιβληθεί στο πρώτο<sup>137</sup>.

Η θεωρία του βέβαια σχετικά με την αφομοίωση του ξένου στοιχείου από τη γερμανική κοινωνία δεν ολοκληρώνεται με την εικόνα της σύγκρουσης. Η βαθύτερη παρατήρηση της ιστορικής εξέλιξης των γεμίζει «παρηγοριά και ηρεμία».<sup>138</sup> «Οσο σημαντικό και αν φαίνεται ένα ιστορικό γεγονός

133. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 32.

134. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 29 ακ.

135. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 35.

136. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 36 ακ.

137. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 39 ακ.

138. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 42.



και όσο βαθιά κι αν επιδρά στις ανθρώπινες καταστάσεις, σίγουρα χάνει με το πέρας του χρόνου την αρχική δύναμη της επίδρασης που ασκούσε». Εξυπηρετώντας έναν υψηλότερο νόμο, απορροφάται από το στρόβιλο της εξελικτικής διαδικασίας. Αυτή ακριβώς η κατάσταση θα βρει εφαρμογή και αναφορικά με την αφομοίωση του ρωμαϊκού δικαίου στη Γερμανία. Ούσα αυτή μια διαδικασία δυναμική θα οδηγήσει εν τέλει στο ιστορικό συμπέρασμα, πως η κυριαρχία του ρωμαϊκού δικαίου στη Γερμανία δεν υπήρξε παρά ένα επεισόδιο της γερμανικής ιστορίας του δικαίου».<sup>139</sup> Με αυτές τις σκέψεις ο Beseler φτάνει παρ' ότι γνήσιος μαθητής της σκέψης του Savigny στα ακριβώς αντίθετα αποτελέσματα από αυτόν σχετικά με το ρωμαϊκό δίκαιο.<sup>140</sup>

Πάνω στην αντίθεση του με την ισχύ του ρωμαϊκού δικαίου θα αναλύσει ο ίδιος τις διαφορές του με τις απόψεις των Savigny και Puchta. Πρώτα ως προς τη θέση του νομοθέτη:

Ο Beseler αντιμετωπίζει το νομοθέτη εξ' αρχής πολύ πιο ήπια απ' ότι ο Savigny. Η διαφορά βέβαια φαίνεται μόνο σε επίπεδο ρητορικής. Ο Savigny πιστεύει, όπως είπαμε, πως ο νομοθέτης είναι όργανο του λαϊκού δικαίου. Συνεπώς δεν αρνείται το ρόλο του. Ο Beseler επιβεβαιώνει σε γενικές γραμμές αυτή την άποψη: «Η επιρροή του Νομοθέτη στο δίκαιο φαίνεται

139. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 42 ακ.

140. Η επιμονή του Beseler στη συγκεκριμένη ιδιότητα του ρωμαϊκού δικαίου, δηλαδή πως πρόκειται για ένα δίκαιο ξένο προς την κοινωνία, η οποία καλείται να το εφαρμόσει και το γεγονός πως οι ρωμανιστές δεν αρνούνται αυτό αλλά φάχουν διαφορετικούς τρόπους επιχειρηματολογίας (παγκόσμιο, ορθολογικό κλπ.). δείχνει κατ' αρχάς πως η προέλευση της εκάστοτε προτεινόμενης διάταξης αποτελεί κεντρική πτυχή της θέσπισης δικαίου (βλ. γενικά και πάνω σε συγκεκριμένες ιστορικές πηγές Kitsakis, *Breadwinners und Housekeepers*, 314 ακ. 326 ακ., όπου επιχειρείται μια πρώτη σκιαγράφηση των στοιχείων μιας θεωρίας σχετικά με την «ιιοθέτηση» δικαίου ως αναπόσπαστο κομμάτι θέσπισης δικαίου).

Πάνω στη δομή της εκάστοτε επιχειρηματολογίας αναφορικά με την προέλευση του προτεινόμενου δικαίου ή της προτεινόμενης διάταξης, μπορεί κανείς να διακρίνει εν τέλει διαφορετικές μορφές ή διαδικασίες «ιιοθεσίας» νομικών διατάξεων. Η υπόθεση που στηρίζει αυτή την ερευνητική προοπτική είναι, πως δεν περνά μόνο το «ξένο» δίκαιο από αυτή τη διαδικασία. Συγκεκριμένα ο χαρακτηρισμός ενός νομικού συστήματος ή μια διάταξης ως «ξένης» ή ως «ιδίας» είναι το αποτέλεσμα αυτής της διαδικασίας. Αυτό μπορεί να γίνει σαφές από την παραπέρα συγκριτική μελέτη της ισχύος του ρωμαϊκού δικαίου στην Ελλάδα και στη Γερμανία κατά το 19<sup>ο</sup> αιώνα. Πολύ πρόχειρα θα μπορούσε να πει κανείς πως στη μία περίπτωση γίνεται προσπάθεια – με αναφορά στους βιζαντινούς αυτοκράτορες – το συγκεκριμένο νομικό σύστημα να χαρακτηριστεί κομμάτι της ελληνικής παράδοσης/ιστορικής συνέχειας ή έστω ως επεξεργασμένο από αυτή. Στην περίπτωση της Γερμανία αντιθέτως το ίδιο σύστημα ισχύει ως «ξένο» και επιστρατεύονται διαφορετικής φύσης επιχειρήματα, απαραίτητα να στηρίξουν την «ανώμαλη» κατάσταση ισχύος ξένου δικαίου.



με δύο τρόπους: ως συμπληρωματική συνδρομή του θετικού δικαίου,<sup>141</sup> και, ακόμη πιο σημαντικό, ως στήριγμα της σταδιακής εξέλιξής του».<sup>142</sup>

Με αυτή την τοποθέτηση ο ίδιος ο Beseler θεωρεί πως περιορίζει το ρόλο του Νομοθέτη απέναντι στη θεώρηση του Savigny.<sup>143</sup> Αυτή την εντύπωσή (του) την αντιστρέφει με την επόμενη διάκριση που επιχειρεί σχετικά με το ρόλο του νομοθέτη ειδικότερα στο πεδίο του δημοσίου δικαίου. Ο διαχωρισμός αυτός όμως μάλλον λιγότερο έχει στόχο την αναβάθμιση του Νόμου στο σύστημα των πηγών του δικαίου και περισσότερο, ακόμη μία φορά, την περιστολή της σημασίας του ρωμαϊκού δικαίου. Στην επιχειρηματολογία του ενάντια στην ευρεία ισχύ του ρωμαϊκού δικαίου, θα μας πληροφορήσει πως αυτή η διαπίστωση είναι έγκυρη μόνο σε σχέση με το ιδιωτικό δίκαιο, με το οποίο κυρίως ασχολούνται η ρωμανιστές<sup>144</sup>. Μέσα όμως από την εμμονή του με την ισχύ του ρωμαϊκού δικαίου θα εκφράσει απόφεις σχετικά με το ρόλο του νομοθέτη, οι οποίες ξεφεύγουν από το μέχρι τώρα σχήμα. Συγκεκριμένα θα αναφέρει σε επίπεδο ιστορικής ανάλυσης πως η νομοθεσία στο πεδίο του δημοσίου δικαίου εμφανίστηκε ως παράγοντας παραγωγής δικαίου.<sup>145</sup> Και δεν θα διστάσει να ερμηνεύσει παρελθούσες παρεμβάσεις του εκάστοτε γερμανού νομοθέτη ως «μεταρρυθμίσεις, οι οποίες έκαναν την εμφάνισή τους ως επαναστάσεις».<sup>146</sup>

### β) Ατομικότητα/ετερότητα των πολιτισμών.

Ο Beseler θα αναφερθεί σε ακόμη ένα θέμα, θεμελιώδες όπως είδαμε για τη συνολική θεώρηση της ιστορικής σχολής: Αυτό της ετερότητας των πολιτισμών. Ο Savigny είχε ήδη τονίσει την αντιστοιχία της τελευταίας με την ιστορικότητα του δικαίου. Ο Beseler τονίζει με έμφαση πως η άποψη αυτή έχει ως κίνητρο να καταπολεμήσει το φυσικό δίκαιο και το νομοθέτη του 18<sup>ου</sup> αιώνα που θεώρησε πως η θεωρούμενη ως δεδομένη, ύπαρξη του φυσικού δικαίου νομιμοποιούσε το έργο του. Εδώ όμως διαπιστώνει την αντίφαση στην οποία οδηγούνται τόσο ο Savigny όσο και ο Puchta, όταν αναζητούν τη νομιμοποίηση του ρωμαϊκού δικαίου. Ο Puchta, αναγνωρίζοντας ίσως τη δυσκολία που αντιμετωπίζει κάθε νομιμοποίηση του «ξένου»,<sup>147</sup> καταφεύγει όχι στη γερμανοποίηση του ρωμαϊκού δικαίου, αλλά

141. Σχεδόν εντυπωσιακή πρόταση για τα σημερινά δεδομένα, όπου με φυσικότητα διατυπώνεται διαφορά ανάμεσα στο Νόμο και το θετικό δίκαιο.

142. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 60.

143. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 65.

144. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 65.

145. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 66.

146. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 60.

147. Βλ. από θεωρητικής απόφεως Kitsakis, *Breadwinners und Housekeepers*, σελ. 314 αχ.



στην ταύτιση του με το παγκόσμιο<sup>148</sup>. δηλαδή το δίκαιο, που δύναται να ισχύσει ανεξάρτητα από το χώρο. Ακριβώς αυτό είναι για τον Beseler όχι μόνο αδιανόητο, αλλά έρχεται και σε ευθεία σύγκρουση με την αντιπαράθεση της ιστορικής σχολής με τη σχολή του φυσικού δικαίου<sup>149</sup>. Άξιο αναφοράς είναι πως στη βάση αυτής της θεωρητικής προσέγγισης της ιστορικής σχολής ο Beseler καταπιάνεται σύντομα με το συγχριτικό δίκαιο, το οποίο εκείνη την εποχή μάλλον «μπουσουλάει» ακόμη: «Όσο οι Λαοί διατηρούν μια συγχεκριμένη εθνικότητα, αυτή θα εκφράζεται και στο σχηματισμό του δικαίου και κάθε γενικότερα γνωστό σε όλα τα έθνη τμήμα του δικαίου θα διατηρεί πάντα την ιδιαιτερότητα του, η παράκαμψη της οποίας θα έχει τις χειρότερες συνέπειες. Γι' αυτό είναι τόσο σημαντικό, κάθε δίκαιο, ακόμη και το ξένο, όταν καταπιανόμαστε μαζί του, να μην αναλύεται απλώς αποσπασματικά, αλλά να συλλαμβάνεται και να αναλύεται στην ολότητά του – μία προτροπή, την οποία η συγχριτική θεωρία των νεώτερων ετών δεν ακολουθεί πάντα».<sup>150</sup>

### γ) Εθιμικό δίκαιο και λαϊκό δίκαιο

Τέλος τονίζει τις διαφορές του σε σχέση με το πιο σημαντικό θέμα για όλους: Το εθιμικό και το λαϊκό δίκαιο. Ο Beseler προωθεί εκ πρώτης όφεως, όπως στην ουσία και ο Puchta την ισχύ του εθιμικού δικαίου. Η διαφορά έγκειται στο ότι η αντίθεσή που χρησιμοποιεί δεν είναι εθιμικό – νομοθετημένο δίκαιο, αλλά εθιμικό/γερμανικό – ρωμαϊκό δίκαιο. Έτσι στρέφεται ενάντια στους νομικούς, οι οποίοι κατασκεύαζαν τις θεωρίες τους περί εθιμικού δικαίου για να προστατέψουν την ισχύ του ρωμαϊκού δικαίου. Η ανάλυση του Beseler έχει όμως συνολικά αξιολογικό περιεχόμενο, πολύ περισσότερο εμφανές απ' ότι στον Savigny. Θέλει να επιχειρηματολογήσει ενάντια στην ισχύ του ρωμαϊκού δικαίου. Έτσι, ενώ ο Savigny έχει ως κίνητρό του την αντίθεσή του με τον Thibaut και μπορεί να αναπτύξει μια γενικότερη θεωρία των πηγών του δικαίου, αναφερόμενος εκ παραδρομής μόνο στις πηγές του ισχύοντος δικαίου στη Γερμανία της εποχής του, ο Beseler αντιδρά στην παντοκρατορία των ρωμανιστών και κατασκευάζει μια θεωρία που θα τους απονομιμοποιούσε. Σε τελική ανάλυση λοιπόν ο Beseler χρησιμοποιεί ή αναγκάζεται να χρησιμοποιήσει ρητά μια διαφορετική έννοια του εθιμικού δικαίου από το Savigny και τον Puchta, τοποθετώντας το ταυτόχρονα και σε διαφορετικό επίπεδο στη σκάλα των πηγών του δικαίου, συγχέοντας – από την οπτική γωνία του Puchta – το με το έθιμο.

148. Das Gewohnheitsrecht, τομ. 1, σελ. 202.

149. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht (1843), σελ. 74.

150. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht (1843), σελ. 82..



Γι' αυτόν το εθιμικό δίκαιο μπορεί να είναι και λάθος, να μην πρέπει να ισχύει, εφόσον αντιτίθεται στο Volksrecht, στο λαϊκό δίκαιο. Μόνο το τελευταίο είναι η σωστή πηγή του δικαίου. Έτσι αντιμετωπίζει την αντίληφη πως το ρωμαϊκό δίκαιο με τον ένα ή τον άλλο τρόπο ισχύει στη Γερμανία βάση εθίμου και μάλιστα με τον καιρό ως δίκαιο των νομικών. Το έθιμο μπορεί κάλιστα να βρίσκεται, και στην προκειμένη περίπτωση βρίσκεται, σε αντίθεση με το λαϊκό δίκαιο, και για τον Beseler είναι σαφές πως αυτό είναι λάθος. Επιστημονικός σκοπός του είναι λοιπόν να ερευνήσει το λαϊκό δίκαιο και ανάλογα με το τί θα βρει, να κρίνει την ισχύ του δικαίου των νομικών/της επιστήμης.<sup>151</sup>

Αντίθετα συνεπώς με τους Savigny και Puchta ο Beseler δεν ταυτίζει το εθιμικό με το λαϊκό δίκαιο. Κοινό τους σημείο αποτελεί σίγουρα, πως και τα δύο είναι τμήματα του άγραφου δικαίου.<sup>152</sup> Οι αντιθέσεις τους όμως είναι σημαντικές. Το εθιμικό δίκαιο αντιμετωπίζει την ίδια μορφή που αντιμετωπίζει και ο νόμος. Μπορεί να είναι αποτέλεσμα τυχαίας απόφασης.<sup>153</sup> Νομιμοποιός λόγος της ισχύς του είναι μόνο η συνήθεια. Μια συνήθεια βεβαίως η οποία μπορεί εξαιτίας της διάρκειάς της, να καθίσταται αναπόσπαστο κομμάτι του λαϊκού δικαίου.

Το λαϊκό αντιθέτως είναι κάτι διαφορετικό. Η συνήθεια και η διάρκειά της δεν αποτελούν ούτε γνωρίσματά του ούτε κριτήρια για την απόκτηση της γνώσης του.<sup>154</sup> Έχει εξελιχθεί ως θεμέλιο της πλατιάς και φυσικής βάσης της ζωής του λαού. Η εξέλιξή του υπήρξε οργανική, όπως έχει πει αλλού. Ως εκ τούτου είναι και για τον Beseler σαφές πως το λαϊκό δίκαιο είναι σημαντικότερο από το εξ' αρχής μόνο τυχαίο.

### δ) Το δίκαιο των Νομικών

Ο Beseler θα ασκήσει κριτική σε σχέση με τη νομιμοποίηση των νομικών να εκπροσωπήσουν κάτι που πηγάζει μόνο από το λαό.<sup>155</sup> Προσπαθεί να κάνει πιο συγκεκριμένη την κριτική του ορίζοντας τι μπορεί να είναι το Juristenrecht του Savigny και του Puchta.<sup>156</sup> Πρόκειται για το δίκαιο που προκύπτει από την επιστημονική ανάλυση του δικαίου και μέσω της οποίας παράγεται νέο δίκαιο. Φτάνοντας σε αυτό τον ορισμό ο Beseler δεν συνεχίζει με το να αρνηθεί την ύπαρξη τέτοιου δικαίου. Η τέτοιου είδους

151. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 79.

152. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 80.

153. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 80 ακ.

154. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 81.

155. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 69 ακ.

156. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 87 ακ.



μη-συνειδητή (σε αντίθεση με τη συνειδητή των ρωμαίων νομικών) συμβολή των γερμανών νομικών υπήρξε βασικός παράγοντας διαμόρφωσης του γερμανικού δικαίου. Η ισχύς της συμβολής αυτής βασίστηκε, όσον αφορά στην υιοθέτηση του ρωμαϊκού δικαίου, στην συνήθεια. Σε κάθε περίπτωση, δέχεται ο συγγραφέας, οι νομικοί λειτουργησαν ως «όργανο του λαϊκού δικαίου». <sup>157</sup> Αυτό που δεν μπορεί να δεχτεί είναι αυτό που φαίνονται πράγματι να λένε οι Savigny και Puchta. Πως δηλαδή το δίκαιο των νομικών είναι η συνέχεια του λαϊκού δικαίου. <sup>158</sup> Και έρχεται μέσα από αυτή την αντίθεση να διατυπώσει θετικά τη θέση του σχετικά με την αξία του Juristenrecht. Μόνο τότε έχει αξιώση να ισχύει, όταν το περιεχόμενό του αντιπροσωπεύει πράγματι το λαϊκό πνεύμα. Όταν το περιεχόμενό του αποτελεί κατά κάποιο τρόπο «φυσική» εξέλιξη από το λαό, όπως το ίδιο ισχύει και για το δίκαιο του νομοθέτη. <sup>159</sup> Αν αυτό το πέτυχαν οι ρωμαίοι νομικοί ή όχι, δεν μπορεί να αποτελεί οδηγό ούτε για την κατανόηση της γερμανικής κατάστασης ούτε για γενικά συμπεράσματα. Και εδώ καταλήγει με την κριτική στη νομική επιστήμη της εποχής του. Οι ρωμαίοι νομικοί είχαν κατά τον Beseler συνείδηση της ιστορικής συνέχειας μέσα στην οποία δρούσαν. <sup>160</sup> Οι νομική επιστήμη της εποχής του αντιθέτως έχει χάσει κάθε σύνδεση με την εξέλιξη του γερμανικού δικαίου. Ότι έμαθαν οι νομικοί της, το έμαθαν μέσω ενός ξένου βιβλίου (εννοεί τον Πανδέκτη). Η θεωρία έχει απομακρυνθεί από τη ζωή. <sup>161</sup> Την ίδια κριτική ασκεί ο Beseler και στους άλλους γερμανιστές. Διότι σε καμία περίπτωση δεν έχουν καταφέρει μέχρι τη στιγμή που μιλάει να επανασυνδέουν την επιστήμη με τη ζωή. <sup>162</sup> Εν τέλει λοιπόν το διακύβευμα για τον Beseler είναι το εξής: δεδομένης της επιστημονικής επάρκειας στη Γερμανία, τίθεται μόνο το ερώτημα, αν θα καταφέρουν οι νομικοί της εποχής του να ξεφύγουν από την απομόνωσή τους και να επανέλθουν σε ένωση με το έθνος, ώστε λαϊκό δίκαιο και δίκαιο των νομικών να εξισωθούν. <sup>163</sup>

Ο Puchta απάντησε στον Beseler και ο τελευταίος ανταπάντησε στον πρώτο<sup>164</sup>. Η ανταλλαγή αυτή ούτε εποικοδομητική ούτε καλαισθητη υπήρξε

157. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 88.

158. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 89.

159. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 345. Το ίδιο βέβαια είχε πει τελικά και ο Puchta.

160. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 350.

161. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 351.

162. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 354.

163. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), σελ. 363.

164. Puchta, *Kritik von Georg Beseler's Volksrecht und Juristenrecht* (1844) και Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht, erster Nachtrag* (1844).



και δεν κρίνεται πως η παρουσίασή της θα προσέθετε κάτι στην παρούσα μελέτη.

### Γ. Η ΙΣΤΟΡΙΚΗ ΣΧΟΛΗ ΚΑΙ Η ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΠΙΣΤΗΜΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Το θέμα αυτής της παραγράφου είναι τεράστιο. Για λόγους χώρου μπορεί στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης να κερδηθεί μονάχα μια πρώτη εντύπωση. Μπορεί να δοθεί μια πρώτη απάντηση στο ερώτημα, αν οι κεντρικές ιδέες της σχολής, όπως παρουσιάσθηκαν παραπάνω, βρήκαν αποδέκτες στην ελληνική επιστήμη του δικαίου. Το μεγάλο ερώτημα, δηλαδή, αν οι ιδέες αυτές βρήκαν και συνεχιστές, δηλαδή αν η ελληνική σκέψη πάνω στην ιστορικότητα του δικαίου έχει ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, πρέπει και αξίζει να τύχει ενδελεχούς μελέτης στο μέλλον.

Η απάντηση στο ερώτημά μας δεν είναι δύσκολη. Αρχεί κανείς να ανοίξει μια έκδοση του αστικού δικαίου του Παπαρρηγόπουλου<sup>165</sup> για να διαπιστώσει την συνέχεια των εννοιών. Ήδη το «Βιβλίον Πρώτον», σχετικά με την έννοια και τις πηγές του δικαίου, ανοίγει με τη διαπίστωση, πως δίκαιο «ονομάζομεν τους από της κοινής συνειδήσεως των ανθρώπων παραγομένους κανόνας»<sup>166</sup>. Αμέσως παρακάτω θα μιλήσει για την εσφαλμένη εντύπωση πως μόνη πηγή του δικαίου είναι η πολιτεία και θα κάνει λόγο για τρεις πηγές του δικαίου: το νόμο, την έμμεση ή άμεση συνείδηση του έθνους και την επιστήμη<sup>167</sup>. Βεβαίως, με τη ρητή αναγνώριση της επιστήμης ως πηγής του δικαίου, φαίνεται να έχει ήδη προβεί σε υιοθέτηση των απόψεων του Puchta, στον οποίο εξάλλου πρώτα θα παραπέμψει στην αμέσως επόμενη σελίδα. Προηγουμένως έχει, όπως αναφέρθηκε, τοποθετήσει την εθνική συνείδηση και το έθνος στο επίκεντρο της εννοιολογικής του εικόνας, όπως αυτές κυριάρχησαν σε κάθε αναζήτηση των γερμανών θεωρητικών στο πλαίσιο της ιστορικής σχολής του δικαίου.

Η ίδια εντύπωση διατηρείται και ενδυναμώνεται διαβάζοντας το κείμενο του νεαρού Παύλου Καλλιγά «Περί συντάξεως πολιτικού κώδικος εις την Ελλάδα», γραμμένο εν έτει 1839.<sup>168</sup> Το ερώτημα του Καλλιγά αναφορικά με τη σύνταξη αστικού κώδικα είναι το ίδιο ακριβώς με το οποίο ξεκίνησε την κριτική του στον Thibaut o Savigny 25 χρόνια περίπου νωρί-

165. Εδώ γίνεται χρήση της 3<sup>ης</sup> έκδοσης (1889): Παπαρρηγόπουλος. Το εν Ελλάδι ισχύον Αστικόν Δίκαιον, Βιβλίον Α.Β. και Γ. Περιέχοντα τας Γενικάς Αρχάς.

166. Παπαρρηγόπουλος. Το εν Ελλάδι ισχύον Αστικόν Δίκαιον, σελ. 55.

167. Παπαρρηγόπουλος. Το εν Ελλάδι ισχύον Αστικόν Δίκαιον, σελ. 58 ακ.

168. Εδώ παραπέμπεται από Παύλου Καλλιγά, Μελέται και Λόγοι, Τομ. 1, σελ. 443-463. Βλ. σχετικά και Marie-Paule Masson-Vincourt, Ο Παύλος Καλλιγάς και η Ίδρυση του Ελληνικού Κράτους, σελ. 228 ακ.



τερα: δεν αρνείται στο έθνος «το δικαίωμα να νομοθετείται». Διερωτάται μονάχα, αν «ήγαι καιρός συντάξεως πολιτικού κώδικος».<sup>169</sup> Η έννοια του έθνους καταλαμβάνει και στον Καλλιγά κεντρική θέση εξ' αρχής και δεν αγνοεί, αλλά υποστηρίζει την κοινωνική διάσταση του δικαίου όταν τονίζει, πως «δια της νέας νομοθεσίας» πρόκειται να «εμπλάσωμεν τον χαρακτήρα του εις το σώμα των νόμων»<sup>170</sup>. Τέλος η ανάγκη του για συστηματική ακρίβεια, η οποία εν προκειμένω διαφαίνεται από την κριτική του στο βυζαντινό δίκαιο<sup>171</sup> και ο θαυμασμός του για το «καθαρό» ρωμαϊκό δίκαιο<sup>172</sup> μαρτυρούν πως οι επιρροές είναι τόσο ευδιάκριτες, ώστε καθίσταται πια ξεκάθαρο πως δεν μπορούμε να καταλάβουμε τον Καλλιγά χωρίς την κατανόηση του δασκάλου του, Savigny. Πώς εξάλλου θα κατανοήσουμε την ιδιαιτερότητα, χωρίς να την αναγνωρίσουμε μέσα στην ιστορική συνέχειά της; Ωστόσο, όπως ελέχθη εισαγωγικά η προσπάθεια αυτή κατανόησης δεν μπορεί να λάβει χώρα στην παρούσα μελέτη, η οποία όμως έδειξε, πως η ελληνική νομική σκέψη μετείχε πλήρως κατά το 19<sup>ο</sup> αιώνα στην αναζήτηση του ρόλου του δικαίου ως ιστορικού φαινομένου.<sup>173</sup>

#### Δ. ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Η ιστορική σχολή του δικαίου έθεσε το δίκαιο στο πλαίσιο που απαιτούσε η εποχή της, η εποχή της ιστορίας. Καταπολέμησε τη λογική του φυσικού δικαίου και απαίτησε, αν μη τι άλλο, ενδελεχή μελέτη των διατάξεων που η εκάστοτε νομοθετική εξουσία προτείνει να ισχύσουν. Τονίζοντας την ιστορικότητα του δικαίου, συνεισφέρει αποφασιστικά στη συνειδητοποίηση της κοινωνικής διάστασης του δικαίου<sup>174</sup>. Η κοινωνιολογία του δικαίου βρήκε εδώ πρόσφορο έδαφος. Τροφή για προβληματισμό έχει δώσει η έννοια του λαϊκού δικαίου τέλος και στο πεδίο του συγκριτικού δικαίου<sup>175</sup>.

Ταυτόχρονα η ιστορική σχολή του δικαίου στράφηκε εναντίον ενός πολύ

169. Μελέται και Λόγοι, Τομ. 1, σελ. 443.

170. Μελέται και Λόγοι, Τομ. 1, σελ. 449.

171. Μελέται και Λόγοι, Τομ. 1, σελ. 447: «...ο δεινότερος όλων είναι ο αντιφατικός, παράλογος και μωρός νόμος».

172. Μελέται και Λόγοι, Τομ. 1, σελ. 444.

173. Οι σχετικές συζητήσεις και οι θεωρητικές τους βάσεις δεν έχουν μελετηθεί αρκετά ακόμη. Ένα πρώτο, σημαντικό βήμα κάνει η μελέτη της Χαρίκλειας Δημακοπούλου, Η Πορεία προς Σύνταξιν του Ελληνικού Αστικού Κώδικος, 2008.

174. Wieacker, 358 αχ.

175. Bλ. Baxi, The colonial heritage, σε: Legrand/Munday, Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, σελ. 47 και (πιο αρνητικά) Legrande, The Same and the Different, σε: Legrand/Munday, Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions, σελ. 267 αχ.



ισχυρού προτάγματος της εποχής της, της κωδικοποίησης του δικαίου και μας πρόσφερε μια θεωρία των πηγών του δικαίου τόσο ρεαλιστική όσο και πολύπλοκη. Κυρίως όμως επιχειρηματολόγησε ενάντια στο Κρατικό μονοπάλιο την εποχή της γέννησής του. Μάλλον ο Kelsen (Κέλσεν) ταιριάζει περισσότερο στην εποχή. Και η ιστορική σχολή μάλλον ταιριάζει σήμερα καλύτερα, όπου στην Ενωμένη Ευρώπη δείχνουμε, πολίτες και κράτη, ακόμη έντονη αμηχανία μπροστά στην μορφή διακυβέρνησης που διέπει τις ζωές μας<sup>176</sup>.

**Λέξεις κλειδιά:** Ιστορική Σχολή του Δικαίου, Κωδικοποίηση, Σαβινύ, Πούχτα, Λαϊκό Πνεύμα, Εθιμικό δίκαιο, Καλλιγάς, Παπαρρηγόπουλος.

176. Βλ. σχετικά με αφορμή το ρόλο του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου Κιτσάκης/Ξυλάκη. Ο νέος ρόλος των εθνικών κοινοβουλίων στο ευρωπαϊκό οικοδόμημα κατά τη Συνθήκη της Λισαβόνας: Μια «πολύπλοκη» μορφή διακυβέρνησης, σε: Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου, 2010, σελ. 491 ακ. ειδικότερα σελ. 491-493.



## SUMMARY

S. KITSAKIS: *Historicity of Law. Law as a phenomenon of history in the theory of the German Historical School*

By the end of the 18th and at the outset of the 19th century two of the most famous Codifications of law made their appearance: The Prussian “Landrecht” and the Code Civil. The inherent claim of such a systematic collection of legal rules was to comprehensively regulate various aspects of social life. That claim provoked the emergence of a school of legal thought: The school of Historical jurisprudence. Friedrich Carl von Savigny, the undisputed leader of that school, argued against a codification of German law, in his essay “Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft”, written in 1815, where he laid the ground for the analysis of law as a socio-historical phenomenon and shaped the language of such analysis with expressions such as: “Volksgeist” and “Recht als Organismus” (law as an organism). His theory on the sources of law emphasises the complexity of law creation drafting it as a multilayered procedure. His most important follower, Georg Friedrich Puchta, focused on the most innovative part of this theory, on customary law, and gave to it the necessary depth that linked it directly with major movements of philosophical thought of the 19th century (Hegel, Fichte). The school of Historical Jurisprudence advanced to significant influence in Greece already in the 1830ies through the writings of two of the most distinguished Professors of Law of that time: Pavlos Kalligas and Petros Paparrigopoulos.

**Key-words:** Historical Jurisprudence, Codification, Savigny, Puchta, Volksgeist, customary law, Kalligas, Paparrigopoulos

