

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^{ου} 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^{ου} και στις αρχές του 19^{ου} 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 δημοσίευσής του, Ιούνιος 1791, δεν είναι πια δυνατή η επίκληση αυτών των Δικαίων»¹. Τάδε έφη ο περίφημος και, κυρίως 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 ενότητα². 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»³. 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 σύνολο⁴. 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 Ρομαντισμό⁵.

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. Βλ. Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, σελ. 441.

4. Βλ. Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt, σελ. 441.

5. Βλ. Nipperdey, Deutsche Geschichte tom. 1, 1800-1918, Bürgerwelt und starker Staat, σελ. 500ακ. με παραπομπή στον Herder, (σελ. 502), ο οποίος μίλησε για: «*stilles Hervorgehen der kulturellen und gesellschaftlichen Zustände aus dem kollektiven*

Η μέχρι σήμερα έρευνα έχει επικεντρώσει στον Savigny, ο οποίος όντας συγγενής με την οικογένεια των Brentano (Μπρεντάνο) – κεντρικές φιγούρες 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 βρούμε κανένα στοιχείο νοσταλγίας για το Μεσαίωνα, η οποία τόσο χαρακτήριζε 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»⁶. Όπως μας εξηγεί όμως ο Wieacker, ο Savigny δεν αναζητεί στο «Λαϊκό Πνεύμα» την υποσυνείδητη βάση της ιστορίας και του πολιτισμού⁷. Θα δούμε στη συνέχεια τί ακριβώς αναζητεί. Πιο κοντά στην αλήθεια, η οποία σίγουρα δεν έχει μία όψη, θα ήταν να τονίζαμε τον κλασσικό προσανατολισμό του Savigny, ο οποίος θα εξηγούσε καλύτερα και τον ενθουσιασμό του για το ρωμαϊκό δίκαιο.⁸

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 απόψεως 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 ιστο

τικής μεθόδου, ορίζοντας το υπερβατικό ως κάτι το οποίο βρίσκεται έξω από τη γνώση⁹. 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 παίζει 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.¹⁰

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».¹¹ 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 νοησιарχία, 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.¹² 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.¹³ 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 υπο

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 λειτούργησε με τυφλή ορμή ενάντια σε καθετί παραδεδομένο, μεθυσμένη από τις απατηλές προσμονές ενός απροσδιόριστου μέλλοντος και κατέστρεψε μεγάλο μέρος του αστικού δικαίου στη Γαλλία¹⁴.

Β. 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 Savigny¹⁵. 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»¹⁶, δεν υφίσταται μεμονωμένη ύπαρξη, παρά μόνο ό,

κότητας και δεν αποτελεί συνέπεια της βούλησης των καιρών¹⁸. 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»¹⁹. Αυτή στάθηκε οδηγός στην κριτική του στον κληρονομημένο ορθολογισμό του διαφωτισμού, πνεύμα πάνω στο οποίο είχαν θεμελιωθεί ρητά οι τρεις μεγάλες κωδικοποιήσεις του δικαίου στα τέλη του 18^{ου} και τις αρχές του 19^{ου} 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 δικαίου²⁰. 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 επιτεύγματα²¹. Ας δούμε όμως ποια είναι η συν

ες επιχειρηματολογίες, αλλά πρέπει να διδάσκεται από τη ζωή. Βασική επιρροή του στη φιλοσοφική ανάλυση αποτελεί ο Καντ²². Βασιζόμενος στις αναλύσεις του τελευταίου χωρίζει την ανθρώπινη γνώση ως προς την προέλευσή της σε *a priori* και *a posteriori*,²³ και κατατάσσει τη γνώση στο πεδίο της νομικής επιστήμης στη γνώση *a posteriori*, δηλαδή στην ιστορική γνώση, τη γνώση που δημιουργείται με ερεθίσματα από τον έξω κόσμο.

Στη συνέχεια προχωρά σε κριτική των απόψεων, οι οποίες επιχειρούν να διαφυλάξουν ένα ρόλο για το φυσικό δίκαιο. Πρώτα ενάντια στην άποψη που βλέπει το φυσικό δίκαιο ως συμπλήρωμα του θετικού δικαίου²⁴. 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 άλλο 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.²⁵

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.²⁶ Σε κάθε περίπτωση πρόκειται για

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 συνέχεια²⁹ 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*.³⁰ 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 γενεσιουργός 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 φι

θεωρεί πως κατά κάποιο τρόπο η νομική επιστήμη ανήκει και στη φιλοσοφία περί φύσης. Αυτό επειδή όπως λέει η επιτυχία του κανόνα δικαίου δεν εξαρτάται από τη θέληση αυτού που τον θέσπισε³¹. Αυτό που λέει ο συγγραφέας είναι δύο ζητήματα. Πρώτον την πολυπλοκότητα του αποδέκτη του κανόνα δικαίου, της κοινωνίας, και δεύτερον την προέλευσή του. Ο Hugo αναφέρεται κατά πάσα πιθανότητα μόνο στο δεύτερο. Επειδή το δίκαιο πηγάζει από τη φύση 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 (Σάβινυ)

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

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.³² 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^{ου} 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 συμπτώσεις³³. Υπό το πρίσμα της αναγκαιότητας λύσεως πρακτικών προβλημάτων ξεκινά να καταδείξει το δρόμο, ο οποίος δεν είναι άλλος από την ιστορική θεμελίωση της κοινής καταγωγής³⁴.

Οι επόμενες σκέψεις του εστιάζουν στο ερώτημα ως προς την ιστορική γνώση και της εφαρμογής της στο παρόν³⁵. 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, δη

κού δικαίου, δίπλα στην αυξανόμενη κρατική παρουσία, αναφέρει και δίνει ιδιαίτερη σημασία στο γεγονός της ύπαρξης μιας κοινής επιστημονικής βάσης.³⁶ 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 δίκαιο³⁷. 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^{ου} 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^{38</}

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, κλήθηκε 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 απόψεών του προσφέρει και αυτός σε άρθρο του στο προαναφερθέν περιοδικό, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*³⁹. 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

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 μορφή 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 Ιστορικότητα του δικαίου ως χειραφέτηση από το νομοθέτη γενικά και από την αυθαιρεσία του νομοθέτη ειδικότερα. Το σύγγραμμά 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 δικαίου⁴⁰.

Καταρχήν στρέφεται ενάντια στην αξίωση πληρότητας ενός κώδικα,⁴¹ – 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;⁴² Παράλληλα ανησυχεί και για το εξής: όλες οι πνευματικές δυνάμεις θα επικεντρώσουν το ενδιαφέρον

σαφέστερα στο «System des heutigen römischen Rechts»⁴⁵. 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 νομοθέτη⁴⁶.

Ο Savigny όσο δυναμικά και αν στρέφεται ενάντια στις απόψεις 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 του⁴⁷. 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

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 ακριβώς⁴⁸, 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 (όψη) ενός νόμου».⁴⁹ 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,⁵⁰ όχι μόνο ανταποκρίνεται στην ιστορική πραγματικότητα,⁵¹ αλλά μπορεί να αποτελέσει πηγή έμπνευσης για την κατανόηση του σημερινού λαβυρίνθου⁵².

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 1814⁵³. Η πλευρά αυτή της θεωρίας του έφερε το Savigny πολύ κοντά στο Ρομαντισμό. Ο σημαντικός ιστορικός της Φιλοσοφίας Hirschberger μάλιστα θα θεωρήσει πως

48. Χωρίς να είναι βέβαια η μό

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 σχέσεις⁵⁴. 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 μακριά του να χαρακτηριστεί μέλος της σχολής του ρομαντισμού⁵⁵. 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 δίκαιό της. Στα ελαττώματά του δεν μπορεί να απαντήσει κανείς παραπέμποντας στις εμπειρίες άλλων εθνών ή ακόμη και των προγόνων των σύγχρονών του γερμανών⁵⁶. Η κατανόηση της ιστορίας, κεντρικό στοιχείο της οποίας είναι η οργανικότητα, θα μας προστατέψει από το σύννηθες λάθος, να θεωρήσουμε πως το δικό μας μπορεί να εφαρμοστεί παντού και πάντα.⁵⁷

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 συνέχεια⁵⁸

Ο Savigny συλλογίζεται τρόπους αντιμετώπισης του προβλήματος που δημιουργεί το κατακερματισμένο 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 πλήττεται από ένα

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 εμφυσήσουν⁶⁴.

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 απόψεις 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 αρκετά. 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 αρκετά 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 λα

αποτελούν την πηγή του δικαίου⁶⁷. 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^{ου} αιώνα διαχωρισμό του ιδιωτικού-ηθικού χώρου της οικογένειας και του δικαίου⁶⁸. 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 γυναίκας, με την οποία η οικογένεια είναι δεμένη εσωτερικά⁶⁹. Αντίθετα στο επίπεδο του Έθνους βλέπει τη δυνητική αντίθεση των βουλήσεων. Δηλαδή ο συγκερασμός των απόψεων είναι εξωτερικός⁷⁰. 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 Puchta⁷¹. 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 Νυρεμβέργης⁷². Η, 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^{73</}

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 ο 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 να φτιάξουν Κώδικα Νόμων..... θα αποτελούσε μία εκ των μεγαλύτερων προσβολών, που μπορεί να απευθύνει κάποιος σε ένα Έθνος ή σε αυτή την τάξη»⁷⁴. 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....»)⁷⁵. 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. Αλλά και ο Puchta, όπως είπαμε, διαμορφώνει την έννοια του δικαίου εκκινώντας από την ατομικότητα των κοινωνιών του, θεωρώντας το γεγονός των αντικρουόμενων βουλήσεων έστω 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 του⁷⁶.

γ) Ο Hegel και η ιστορική Σχολή

Ήδη έχουμε ασχοληθεί αρκετά με τον Hegel και αξίζει να πούμε δυο λόγια παραπάνω. Η σχέση του και των μαθητών του με την ιστορική σχολή είναι εξάλλου ένα γεγονός του γερμανικού 19^{ου} αιώνα ιστορικά διακριτό.

</

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)⁷⁷. Η βασική παραδοχή της τελευταίας και σήμα κατατεθέν της αντίθεσής της με την αντικειμενικότητα και γραμμική εξέλιξη της ιστορίας στον Hegel⁷⁸ 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»⁷⁹. 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 του⁸⁰.

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 λα

της «φυσικής συγγένειας των πεποιθήσεων».⁹⁸ 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 εξ αρχής, 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.⁹⁹ 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**¹⁰⁰. 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 δίκαιο¹⁰¹, 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.¹⁰²

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 σύν

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 μονοπώλιο την εποχή της γέννησής του. Μάλλον ο Kelsen (Κέλσεν) ταίριαζε 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 μας¹⁷⁶.

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.

