

---

ΟΙ ΙΣΤΟΡΙΚΕΣ ΒΑΣΕΙΣ  
ΤΗΣ ΘΕΩΡΙΑΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ  
ΤΟΥ FRIEDRICH CARL von SAVIGNY

ΑΛΙΚΗ ΛΑΒΡΑΝΟΥ

Πολλά εισαγωγικά εγχειρίδια της ιστορίας της νομικής επιστήμης και της ιστορίας της φιλοσοφίας και της θεωρίας του δικαίου παρουσιάζουν τη δημιουργία και τη θεμελίωση της μοντέρνας θετικής νόμικης επιστήμης στην ηπειρωτική Ευρώπη ως άμεσα συνδεδεμένες με το όνομα του Γερμανού νομικού Friedrich Carl von Savigny και τη νίκη της «Ιστορικής Σχολής του Δικαίου» που ιδρύθηκε από τον ίδιο και τον K. Fr. Eichhorn το 1815 επί της προηγούμενης κυρίαρχης νομικής σχολής, αυτής του Φυσικού Δικαίου. Αναμφισβήτητα η Ιστορική Σχολή ιδρύεται σε συνειδητή και δεδηλωμένη αντιπαράθεση προς την φυσικοδικαιική και αποτελεί μέχρι τα τέλη του προηγούμενου αιώνα την κυρίαρχη νομική σχολή, που εκπαίδευσε γενεές Γερμανών –και όχι μόνον– νομικών. Διαστρεβλωτικά απλουστευτικές είναι όμως εκείνες οι εισαγωγικές παρουσιάσεις, οι οποίες γι' αυτόν ακριβώς το λόγο προϋποθέτουν μια απόλυτη αντιπαράθεση φυσικοδικαιικών και ιστορικιστικών θεωριών και συμπεραίνουν ακολούθως το «τέλος» των δεσμευτικών-κανονιστικών θεμελιώσεων του δικαίου και την «υπεροχή» των σχετικιστικών-ιστορικιστικών θεμελιώσεων. Απέναντι σε τέτοιες απλουστεύσεις έχουν επανειλημμένα εγερθεί εμπεριστατωμένες ενστάσεις, που έχουν καταδείξει την «επιβίωση» του φυσικού δικαίου, ιδιαίτερα δε της φυσικοδικαιϊκής συστηματικότητας μέσα στα πλαίσια της θεωρίας περί δικαίου της ιστορικής σχολής και

που έχουν επιστήσει την προσοχή στο χάσμα που υπάρχει μεταξύ των ακραίων προγραμματικών και μεθοδολογικών προτάσεων και των συγκεκριμένων αποτελεσμάτων των προσπαθειών εξέλιξης μιας συστηματικής θεωρίας δικαίου της Ιστορικής Σχολής, ωθώντας έτσι την έρευνα συνολικά σε πιο διαφοροποιημένες και πιο λεπτομερειακές θεωρήσεις της δικαιοσύνης της Ιστορικής Σχολής.

Πράγματι, αν κοιτάξει κανείς πιο συγκεκριμένα τη θεωρία δικαίου του Savigny –τις θεωρητικές βασικές αρχές του οποίου ασπάζονται και επικαλούνται όλοι οι κατοπινοί νομικοί του 19ου αιώνα– θα διαπιστώσει, ότι έχουμε να κάνουμε αφενός μεν με μια ιστορικιστική σχετικοποίηση του δικαίου που αυτόματα συνδέεται με την κριτική φυσικοδικαιϊκών θεμελιώσεων, αφ' ετέρου δε με μια απόπειρα θεμελίωσης, στην οποία εμπλέκονται τόσο κανονιστικά-δεσμευτικά όσο και ιστορικιστικά-σχετικιστικά στοιχεία. Ανάλογες έρευνες στις θεμελιώσεις των εκπροσώπων της φυσικοδικαιϊκής σχολής θα μπορούσαν να καταλήξουν σε αντίστοιχα αποτελέσματα και να επισημάνουν την εισροή ιστορικιστικών στοιχείων και επιχειρημάτων σε κατά βάση κανονιστικές θεωρίες του δικαίου. Αυτό θα σήμαινε, ότι για την κατανόηση της θεωρητικής διένεξης μεταξύ φυσικοδικαιϊκής σχολής και ιστορικής σχολής δεν μπορούμε να ανατρέχουμε σε μια απόλυτη αντιπαράθεση του τύπου ιστορικό δίκαιο versus φυσικό δίκαιο, αλλά θα πρέπει να τις επαναθεωρήσουμε κάτω από ένα ενιαίο πρίσμα: ως θεωρητικές αναζητήσεις της σχέσης κανονιστικών και ιστορικιστικών στοιχείων κατά τη θεμελίωση του δικαίου, οι οποίες προτείνουν λύσεις που κινούνται μεταξύ δύο δυνατών ακραίων θέσεων: από τη μια μια ισχυρή κανονιστικής-δεσμευτικής θεμελίωσης, η οποία υποτιμώντας την ιστορικότητα του αντικειμένου της διατρέχει τον κίνδυνο να καταλήξει σε δογματισμό· από την άλλη μιας ακραίας ιστορικιστικής θεώρησης, η οποία αξιωματικά απορρίπτει κάθε δεσμευτική θεμελίωση και διατρέχει τον κίνδυνο να καταλήξει σε ακραίο σχετικισμό, δογματικό αγνωστικισμό και άκριτο θετικισμό. Μια τέτοια θεώρηση της θεωρίας δικαίου του Savigny επιτρέπει την αξιοποίηση της προβληματικής του και των προτάσεών του στη σημερινή συζήτηση για τα προβλήματα θεμελίωσης της κοινωνικής θεωρίας εν γένει.

Η κριτική του Savigny στον Διαφωτισμό ξεκινά από μια κριτική στη φυσικοδικαιική σχολή και στις κατασκευές φυσικού δικαίου με βασικό επιχείρημα, ότι οι τελευταίες παραγνωρίζουν την πραγματική φύση και υφή του δικαίου, πράγμα που οδηγεί σε μια δυσαναλογία μεταξύ φορμαλιστικής μεθόδου και περιεχομενικά προσδιορισμένου αντικειμένου, και συνοψίζεται στην κατηγορία για αδυναμία διάγνωσης και θεμελίωσης του δικαίου εξαιτίας του αφηρημένου τους χαρακτήρα. Από την πλευρά της η κριτική αυτή στηρίζεται σε μια ιδιαίτερη ιστορικιστική αντίληψη του δικαίου ως του συγκεκριμένου, ιδιαίτερου, ιστορικού, θετικού δικαίου (σε αντιπαράθεση προς το γενικό, υπερϊστορικό και καθολικής ισχύος δίκαιο των φυσικοδικαιικών θεωριών) και σε μια «οργανικιστική» εικόνα αναφορικά προς την εξέλιξή του, η οποία στρέφεται κατ' ευθείαν κατά του αιτήματος του νομοθέτη να καθορίσει και να θέσει το θετικό δίκαιο του παρόντος ξεκινώντας από τη γνώση των αρχών του φυσικού δικαίου. Ο Savigny επιχειρεί στην συνέχεια τη συναγωγή γενικών μεθοδολογικών αρχών και το συνδυασμό τους στην λεγόμενη «αυστηρά ιστορική μέθοδο», αντιπαρατιθέμενος έτσι και μεθοδολογικά στη φιλοσοφία του διαφωτισμού, καταλήγει δε στην κατασκευή ενός συστήματος ιδιωτικού δικαίου, το οποίο κατ' απαίτηση τουλάχιστον της θεωρίας δεν δανείζεται τις θεμελιώδεις έννοιες και αρχές του από το φυσικό δίκαιο, αλλά τις έχει κερδίσει κατ' ευθείαν από την ιστορία με τη βοήθεια της «αυστηρά ιστορικής μεθόδου». Η κριτική στο φυσικό δίκαιο και στην ορθολογιστική μεθοδολογία συνδέεται έτσι με το επιστημολογικό πρόγραμμα θεμελίωσης μιας αυτοτελούς και γι' αυτό το λόγο αυτόνομης, μοντέρνας θετικής νομικής επιστήμης.

Στα επόμενα επιχειρείται μια αναλυτική παρουσίαση αυτής της στρατηγικής θεμελίωσης του Savigny που προσπαθεί να ανιχνεύσει τα ιστορικιστικά και τα κανονιστικά στοιχεία στη θεωρία του και να κατανοήσει τα μεθοδολογικά προβλήματα που θέτει, όπως και τα μεθοδολογικά αδιέξοδα στα οποία οδηγείται, ως συνέπειες της επιλογής από αυτόν μεθοδολογίας. Δεν θα επεκταθώ σε επιμέρους θέματα ανάλυσης του «συστήματος», όπως είναι η έκθεση των βασικών νομικών εννοιών (παραπέμπω σχετικά στην εργασία του Π. Σούρλα που αναφέρεται στην υποσ. 2)

και η θεωρία ερμηνείας του δικαίου, τα οποία εν μέρει δεν συσχετίζονται άμεσα με την προβληματική μας, και εν μέρει απαιτούν μια πιο εκτεταμένη ανάλυση.

---

## 1. Η θεωρία περί «λαϊκού πνεύματος» και η αντίληψη της ιστορίας στον Savigny

---

Το ερώτημα, τι είναι δίκαιο, βρίσκει στο έργο του Savigny δύο διαφορετικές απαντήσεις. Η μία εξ αυτών απαντά στο ερώτημα, πώς ορίζεται το δίκαιο μέσα στα πλαίσια του «Συστήματος του σημερινού Ρωμαϊκού δικαίου»,<sup>1</sup> μ' έναν ορισμό του δικαίου, που έχει χαρακτηριστεί ως παραλλαγή του καντιανού ορισμού.<sup>2</sup> Η άλλη ωστόσο απαντά στο γενικότερο ερώτημα παραπέμποντας σε μια θεωρία περί των πηγών του δικαίου, η οποία και αποτελεί τον κατ' εξοχήν ιστορικιστικό πυρήνα της δικαιοκής θεωρίας

---

1. F.C.v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, VIII, τόμοι, Berlin 1840-1849 («Σύστημα»).

2. Σύστημα I, σελ. 331 επ.: «Ο άνθρωπος περιβάλλεται από τον εξωτερικό κόσμο και το σημαντικότερο στοιχείο σ' αυτό το περιβάλλον του είναι γι' αυτόν η επαφή με εκείνους οι οποίοι είναι όμοιοί του από τη φύση και τον προορισμό τους. Αν τώρα πρέπει σε τέτοια επαφή να συνυπάρχουν το ένα δίπλα στο άλλο ελεύθερα όντα, τα οποία να αλληλοεπικουρούνται στην εξέλιξή τους, όχι να κωλύονται, τούτο είναι δυνατό μόνο με την αναγνώριση ενός άορατου ορίου, μέσα στο οποίο η ύπαρξη και η δραστηκότητα κάθε ατόμου να αποκτά έναν ασφαλή, ελεύθερο χώρο. Ο κανόνας με τον οποίον προσδιορίζεται εκείνο το όριο και μαζί μ' αυτό αυτός ο ελεύθερος χώρος, είναι το δίκαιο». Για το ζήτημα του επηρεασμού του Savigny από τον Kant πρβλ. Η. Kiefner, «Der Einfluss Kants auf Theorie un Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, v. εις *Philosophie und Rechtswissenschaft, Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, J. Blühdorn και J. Ritter, (επιμ.) Frankfurt 1969, σσ. 3-25, J. Blühdorn, «Kantianer und Kant. Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur "Wissenschaft" vom positiven Recht», *Kant-Studien*, 64, 1973, σσ. 363-394. Αντιρρήσεις εκφράζουν μεταξύ άλλων οι J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984, W. Nörr, *Eher Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, Paderborn 1991 (πρβλ. και την κριτική του O. Behrends σ' αυτή την εργασία εις: *Juristen-Zeitung*, τόμ. 22, 1991, 1073-1074), Π. Σούρλας, *Kant και Savigny*, εις: *Αφιέρωμα στον Κωνσταντίνο Τσάτσο*, Αθήνα 1980, σσ. 791-811).

της Ιστορικής Σχολής. Η θεωρία αυτή έχει αναπτυχθεί εκτενώς στον πρώτο τόμο του «Συστήματος»,<sup>3</sup> ως προς τις βασικές της αρχές εντούτοις είχε ήδη διατυπωθεί νωρίτερα.<sup>4</sup>

Σύμφωνα μ' αυτήν το δίκαιο χαρακτηρίζεται από δύο διαστάσεις, τη θετικότητα και την ιστορικότητά του. Σε αντίθεση με τη σημερινή χρήση του όρου «θετικό δίκαιο» ο Savigny χρησιμοποιεί τον όρο αυτό με μια κατ' αρχάς πλατύτερη σημασία: *θετικότητα* δεν σημαίνει ούτε κατά αποκλειστικότητα ούτε πρωτίστως τη θετότητα του δικαίου, την προέλευσή του από μια νομικά τυποποιημένη διαδικασία, αλλά τον τρόπο ύπαρξης του δικαίου (Dasein) εν γένει, την πλευρά της εξωτερικότητας και της πραγματικότητάς του. Θετικό είναι το πραγματικά ισχύον, το δεδομένο δίκαιο. Ταυτόχρονα χρησιμοποιεί τον όρο αυτό με μια οξυμένη πολιτική χροιά. Αν και ο Savigny δέχεται ότι και ο νόμος αποτελεί έναν τρόπο ύπαρξης του δικαίου, το δεδομένο και ισχύον δίκαιο είναι κυρίως το παραδεδομένο δίκαιο σε ρητή αντιπαράθεση με τις θετότητες του πολιτικού νομοθέτη. Από την άλλη πλευρά και η *ιστορικότητα* του δικαίου δεν παροτρύνει στην αναζήτηση των πραγματικών ιστορικών λόγων της δημιουργίας του σημερινού θετικού δικαίου. Ιστορικοί παράγοντες –βία, αυθαιρεσία, υπολογισμός, σύμπτωση κλπ.– έχουν μεν πράγματι και κατά τον Savigny μερίδιο στη γένεση και στην εξέλιξη του δικαίου και ως εκ τούτου μια σχετική νομιμοποίηση, ώστε να παρατίθενται ως αίτια του δικαίου. Από μόνοι τους όμως δεν μπορούν να αποδείξουν τίποτα άλλο, παρά το τυχαίον του θετικού δικαίου. Μια πραγματιστική αντίληψη της ιστορίας και της ιστορικότητας του δικαίου δεν θα μπορούσε ποτέ να αποτελέσει το υπόβαθρο της κριτικής των φυσικοδικαιικών θεωριών και να αντικρούσει το αίτημα της δεσμευτικής αξιολόγησης του θετικού δικαίου με βάση το φυσικό και σε προκειμένη περίπτωση το αίτημα της ριζικής αλλαγής του. Η ανα-

3. Σύστημα I, σ. 6 επ.

4. F.C.v. Savigny, «Περί του επαγγέλματος της εποχής μας για νομοθεσία και νομική επιστήμη» (Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) 1814, εις: *Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften*, (επιμ.) H. Hattenhauer, Μόναχο 1973, σσ. 95-192 [«Περί του επαγγέλματος»].

ζήτηση του φυσικού δικαίου ξεκινά ακριβώς από την εμπειρία της συμπτωματοκότητας του θετικού δικαίου, της μεταβλητότητάς του και του πλουραλισμού των ισχυουσών εννόμων τάξεων. Γι' αυτό το λόγο το ενδιαφέρον του Savigny κατά τη συγκρότηση της ιστορικότητας του δικαίου επικεντρώνεται στη θεμελίωση μιας «απόλυτης αναγκαιότητας», η οποία θα εκφράζεται μέσω της ιστορίας, ή όπως γράφει ο ίδιος, της «εσωτερικής αναγκαιότητας» του δικαίου, βάσει της οποίας το δεδομένο δίκαιο θα μπορεί να παρουσιασθεί ως το ιστορικά δημιουργημένο και παραδεδομένο δίκαιο και ταυτόχρονα όχι ως το ιστορικά τυχαίο, αλλά ως το αναγκαίο.<sup>5</sup>

Τον κύριο αντίπαλο αυτής της αντίληψης περί δικαίου αποτελούν βέβαια οι θεωρίες δικαίου που στηρίζονται στη φιλοσοφία του Διαφωτισμού.<sup>6</sup> Οι θεωρίες αυτές, οι οποίες μέσω κατασκευών, που στηρίζονται στην έννοια της ελευθερίας και του συμβολαίου, προσπαθούν να θεμελιώσουν το δίκαιο (και το κράτος), είναι για τον Savigny κατά βάση εσφαλμένες, διότι παραγνωρίζουν τη θετικότητα του δικαίου, το γεγονός «...ότι παντού, όπου μια έννομη σχέση τίθεται ως ερώτημα και γίνεται συνειδητή, εκεί είναι ήδη δεδομένος και ένας κανόνας γι' αυτήν, έτσι ώστε να μην είναι ούτε αναγκαίο ούτε δυνατό να ανακαλύψουμε εμείς κάποιον».<sup>7</sup> Το δίκαιο, θεωρούμενο ως κατ' ουσίαν θετικό δίκαιο, είναι το πραγ-

---

5. Ο Savigny αντιπαρατίθεται έτσι όχι μόνο στην φυσικοδικαιική αντίληψη περί δικαίου, αλλά και τη θετικιστική του Gustav Hugo, τον οποίο εντούτοις ο ίδιος αργότερα θα χαρακτηρίσει ως προοιωνό της Ιστορικής Σχολής του Δικαίου (Πρβλ. F.C.v. Savigny, «Der zehnte Mai 1788-1838», 1838, εις: F.C.v. Savigny, *Vermischte Schriften*, 5 τόμοι, 2η έκδ. (επανέκδοση της 1ης έκδ. του 1850), Aalen 1981 [*Vermischte Schriften*], τομ. 4, σσ. 195-208). Για τον Hugo η ιστορική διάσταση του θετικού δικαίου συνίσταται ακριβώς στην εμπειρική-ιστορική δεδομενικότητά του, η οποία σαφώς αρνείται μια «απόλυτη αναγκαιότητα». Το θετικό δίκαιο μετατρέπεται σε κάτι το κατά τύχην δημιουργηθέν, πράγμα που έχει ως συνέπεια, ότι ένα οποιοδήποτε περιεχόμενο θα μπορούσε να γίνει περιεχόμενο δικαίου, του «προσωρινού δικαίου» (Πρβλ. Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts* (4η έκδ., 1819), εισαγωγή Th. Vieweg, Glashütten im Taunus 1971, § 91, σσ. 114 επ.)

6. Ο Savigny μιλά για τη νέα «παντελώς αδιαφώτιστη ορμή για μόρφωση» (völlig unerleuchteter Bildungstrieb) στο: Περί του επαγγέλματος, σσ. 110.

7. Σύστημα, I, σσ. 14.

ματικό, το συγκεκριμένο δίκαιο και ως εκ τούτου το ιδιαίτερο και ιντιβιντουαλιστικό: το δίκαιο όπως αυτό εμφανίζεται στην ιστορία, ως το δίκαιο ενός συγκεκριμένου λαού, ως «λαϊκό δίκαιο» (Volksrecht).<sup>8</sup> Ο λαός είναι εκείνο το (συλλογικό) υποκείμενο, για το οποίο το δίκαιο είναι πραγματικότητα, έχει συγκεκριμένο τρόπο ύπαρξης. Το ότι το δίκαιο είναι «λαϊκό δίκαιο» σημαίνει για τον Savigny, ότι αποτελεί μέρος ενός ιδιαίτερου και ανεπανάληπτου (ιντιβιντουαλιστικού) ιστορικού-πολιτιστικού μορφώματος, που χαρακτηρίζεται ως ολότητα (λαός). Το δίκαιο άρα α) ως ιστορικό φαινόμενο είναι άμεσα συνδεδεμένο με την ιδιαίτερη, ατομική ιστορία ενός συγκεκριμένου λαού και β) ως πολιτιστικό φαινόμενο συνδέεται με τον ιδιαίτερο χαρακτήρα του λαού αυτού και διαπλέκεται ως τέτοιο με άλλα πολιτιστικά φαινόμενα – κυρίως με την γλώσσα –, με τα οποία έχει την ίδια πηγή προέλευσης.<sup>9</sup>

Ο Savigny έχει ωστόσο μια ιδιάζουσα αντίληψη τόσο της ιστορίας εν γένει όσο και της ιστορίας του δικαίου. Όταν μιλά για ιστορία, εννοεί πάντα μια ιστορία βασισμένη σε γραπτές μαρτυρίες.<sup>10</sup> Στη θεωρία του δεν υπάρχει η έννοια της «φυσικής κατάστασης», ούτε με τη σημασία μιας προ-αστικής κατάστασης, ούτε με αυτήν μιας προ-κρατικής κοινωνικής κατάστασης.<sup>11</sup> Οι μεμονωμένοι λαοί εμφανίζονται στην ιστορία πλήρως εξοπλισμένοι με μια έννομη τάξη. Το δίκαιο τους έχει δοθεί, όπως και η γλώσσα, ήδη εξ αρχής. Το ίδιο ισχύει για το κράτος, το οποίο στο «Σύ-

---

8. Σύστημα, I, σ. 14.

9. Βλ. F.C.v. Savigny, «Rezension zu Th. v. Gönner, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, 1815» [«Gönner-Rez.»], εις: *Vermischte Schriften*, τόμ. 2, σ. 164. Σύγκρινε και Περί του επαγγέλματος, σ. 102: «Εκεί, όπου πρωτοβρίσκουμε ιστορία βασισμένη σε γραπτές μαρτυρίες, το αστικό δίκαιο έχει ήδη ένα συγκεκριμένο χαρακτήρα, ο οποίος είναι ιδιάζων για το λαό, όπως η γλώσσα, τα ήθη και το σύνταγμά του. Ναι, αυτά τα φαινόμενα δεν έχουν ένα διαχωρισμένο τρόπο ύπαρξης, είναι μόνον οι μεμονωμένες δυνάμεις και δραστηριότητες του ενός λαού, αδιάρρηκτα συνδεδεμένα στη φύση και μόνο κατά την παρατήρησή μας ως ιδιαίτερες ιδιότητες εμφανιζόμενα. Αυτό, που τα συνθέτει σε ένα όλον, είναι η κοινή πεποίθηση του λαού, το κοινό αίσθημα εσωτερικής αναγκαιότητας, το οποίο αποκλείει κάθε σκέψη μιας τυχαίας και αυθαίρετης δημιουργίας».

10. Περί του επαγγέλματος, σ. 102.

11. Πρβλ. Σύστημα, I, σ. 23.

στημα» χαρακτηρίζεται ως η «ανώτατη βαθμίδα της έννομης τάξης». <sup>12</sup> Μια φυσική κατάσταση, η οποία θα προηγείτο του κράτους, αποτελεί για τον Savigny μια «κακή» αφαίρεση, μια αφαίρεση κενή περιεχομένου: είναι η κατάσταση ενός λαού, που απομένει στη σκέψη μας, όταν αφαιρέσουμε κατά τεχνητό τρόπο από την ιδιότητά του να είναι κρατικά συντεταγμένος. Αυτή η αφαίρεση στερείται κάθε πραγματικότητας: ξεχνά, ότι «κάθε λαός, στο βαθμό που εμφανίζεται ως τέτοιος, εμφανίζεται ταυτόχρονα ως κράτος». <sup>13</sup>

Οι σκέψεις αυτές γίνονται βέβαια ενδιαφέρουσες, αν τεθεί το ερώτημα για τη δυνατότητα προόδου στην ιστορία. Αξιοσημείωτο είναι εδώ όχι μόνον το γεγονός ότι η ιστορία φαίνεται να έχει μια απόλυτη αρχή στο χρόνο, αλλά και ότι η «ανώτερη βαθμίδα» δημιουργίας δικαίου τοποθετείται ήδη στην αρχή της ιστορίας. Τα δύο αυτά χαρακτηριστικά της θεώρησης της ιστορίας υποδηλώνουν, ότι η ιστορία «αρχίζει» με μια πράξη θεϊκής αποκάλυψης και ότι συνεπώς η «εσωτερική αναγκαιότητα του δικαίου» θεμελιώνεται από ένα θεολογικό-ανθρωπολογικό κίνητρο. <sup>14</sup> Το δίκαιο δεν είναι αναγκαίο κακό –όπως και το κράτος δεν είναι μια κατασκευή ανάγκης– που θα μπορούσε να γίνει περιττό με την εξάπλωση ενός φρονήματος δικαιοσύνης, <sup>15</sup> αλλά αναγκαία προϋπόθεση της ανθρώπινης ύπαρξης εν γένει, που –όπως και η γλώσσα– είναι άμεσα δεδομένη και συνυφασμένη με την ύπαρξη μιας ανθρώπινης τάξης πραγμάτων: «Η ανάγκη και η ύπαρξη [Dasein] δικαίου είναι συνέπεια της ατέλειας της κατάστασής μας, όχι μιας τυχαίας, ιστορικής ατέλειας, αλλά μιας τέτοιας, που

---

12. Σύστημα I, σ. 27.

13. Σύστημα I, σ. 23.

14. Πρβλ. Σύστημα VII, σ. VI. Τη θέση αυτή υποστηρίζει ο O. Behrends, «Geschichte, Politik und Jurisprudenz in F.C.v. Savignys System des heutigen römischen Rechts», εις: *Römisches Rechts in der europäischen Tradition*, O. Behrends, (επιμ.), M. Diesselhorst, W.-E. Voss, Ebelsbach am Main 1985, σσ. 257-321, σσ. 263 επ. Για τα χριστιανικά-θρησκευτικά κίνητρα της θεωρίας του Savigny πρβλ. ήδη την εργασία του D. Strauch, *Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny*, Βόννη 1960.

15. Σύστημα I, σ. 333.



είναι αδιάρρηκτα συνυφασμένη με την παρούσα βαθμίδα της ύπαρξής μας [Dasein]». <sup>16</sup>

Κάτω απ' αυτές τις προϋποθέσεις είναι φανερό, ότι δεν μπορεί να γίνεται λόγος για πρόοδο στην ιστορία, π.χ. με την έννοια της προσέγγισης ενός ιδεώδους, αλλά ή για παρακμή και έκπτωση, <sup>17</sup> η οποία βέβαια θα συνδεόταν τότε με το αίτημα της διαφύλαξης ή της ανάκτησης των πρωταρχικών αρχών (Prinzipien) του δικαίου, ή το πολύ-πολύ για μια ανάπτυξη των αρχών αυτών με τη σημασία μιάς διαφοροποίησής τους, <sup>18</sup> η οποία θα ακολουθούσε τις διαφοροποιήσεις των πραγματικών σχέσεων ζωής (Lebensverhältnisse) στο εκάστοτε παρόν. Και στις δύο περιπτώσεις όμως είναι εμφανές, ότι κάθε «αληθής» θεώρηση του δικαίου οφείλει να ανατρέξει στις ιστορικές ρίζες, στην αρχή της ιστορίας, γιατί εκεί βρίσκεται το «ύψιστον», το «αληθές» δίκαιο – έστω και αν αφορά μόνον τα βασικά του χαρακτηριστικά. <sup>19</sup>

Κατά τα άλλα ο Savigny διατυπώνει την εικόνα που έχει για την ιστορία και για τη γένεση του δικαίου μέσα σ' αυτήν ως μια ομολογία πίστεως, η οποία λειτουργεί ως αξίωμα, πάνω στο οποίο θεμελιώνεται η νομική επιστήμη. Προς ενίσχυσή του, τονίζει, δεν μπορούν να παρατεθούν αποδείξεις, παρά μόνον ενδείξεις, όπως η «κοινή πεποίθηση του λαού», το «αίσθημα εσωτερικής αναγκαιότητας», «κοινή πεποίθηση του λαού», το «αίσθημα εσωτερικής αναγκαιότητας», η «γενική και ομοιόμορφη αναγνώριση του θετικού δικαίου» και ο παμπάλαιος ισχυρισμός μιας θεϊκής προέλευ-

---

16. Σύστημα I, σ. 332 (υπογράμμιση δική μου).

17. Προβλ. Strauch, *ό.π.*, σ. 115 επ.

18. Προβλ. Behrends, *ό.π.*, σ. 263.

19. Σ' αυτή τη ριζική στροφή του Savigny προς τις πρωταρχικές-ιστορικές ρίζες του δικαίου στηρίζεται η νωρίς εγερθείσα καταγγελία της Antiquiertheit της θεωρίας του (βλ. H. Kantorowicz, «Was ist uns Savigny?» (1911), εις: του ιδίου, *Rechtshistorische Schriften*, H. Coing, G. Immel, (επιμ.) Καρλσρούη 1970, σσ. 397-417. Εσφαλμένη είναι αυτή η καταγγελία μόνο στο βαθμό που παραβλέπει, ότι η «στροφή προς τις ρίζες» συνδέεται με το στόχο της θεμελίωσης του σημερινού θετικού δικαίου και ότι η ιστορία του δικαίου –τουλάχιστον σύμφωνα με τις απαιτήσεις της συνολικής θεωρίας του Savigny– δεν αποτελεί αυτοσκοπό, αλλά οφείλει να υπηρετεί τελικά τη θεμελίωση και συστηματικοποίηση του σημερινού δικαίου και άρα τη Rechtsdogmatik.

σης του δικαίου και των νόμων.<sup>20</sup> Τα στοιχεία αυτά θεωρούνται ως μορφές έκφρασης και ως αναγνωριστικά χαρακτηριστικά του βαθύτερου αιτίου του θετικού δικαίου, μιας «εσωτερικής αναγκαιότητας», η οποία βέβαια υπερβαίνει όλες τις εκφράσεις της και που τελικά χαρακτηρίζεται ως «πνεύμα του λαού» ή «λαϊκό πνεύμα»: «Στην κοινή συνείδηση του λαού ζει το θετικό δίκαιο, και άρα θα πρέπει να το ονομάζουμε λαϊκό δίκαιο. Με κανένα τρόπο όμως δεν θα έπρεπε να θεωρήσουμε ότι το δίκαιο δημιουργείται από τη βούληση των μεμονωμένων μελών του λαού... Είναι μάλλον το σε όλους από κοινού ζων και δρων λαϊκό πνεύμα [Volksgeist], το οποίο δημιουργεί το θετικό δίκαιο, που για τη συνείδηση του κάθε ενός μεμονωμένου ατόμου δεν είναι τυχαία, αλλά αναγκαία, ένα και το αυτό δίκαιο».<sup>21</sup> Ούτε η έννοια του λαού ούτε βέβαια η έννοια του λαϊκού πνεύματος κατανοούνται εδώ ως εμπειρικές έννοιες. Η έννοια του λαού είναι μια «ιδεατή έννοια».<sup>22</sup> Δεν χαρακτηρίζει απλώς το σύνολο των ατόμων που ζουν μαζί,<sup>23</sup> αλλά την «πνευματική κοινότητά» τους, η οποία εκφράζεται κυρίως από την κοινή γλώσσα και την από αυτήν διαμεσολαβημένη κοινή πολιτιστική παράδοση: το λαό ως ένα ιντιβιντουαλιστικό ιστορικό-πολιτιστικό μόρφωμα, ως ένα μη περαιτέρω διασαφηνιζόμενο «φυσικό όλον» Naturganzen, ως «φυσική ενότητα» natürliche Einheit). Μόνο με αυτό το νόημα αποτελεί την «αληθινή έδρα της δημιουργίας του δικαίου».<sup>24</sup> Ο ανορθολογικός χαρακτήρας αυτής της έννοιας του λαού καθίσταται τέλος σαφής με την κατοπινή εισαγωγή της έννοιας του «λαϊκού πνεύματος».<sup>25</sup> Γιατί αυτή πλέον παραπέμπει ρητά σε «εσωτερικές, σιωπηρά δρώσες δυνάμεις»,<sup>26</sup> οι οποίες θε-

---

20. Σύστημα I, σ. 14 επ. 21. Σύστημα I, σ. 14.

22. Σύστημα I, σ. 31.

23. Τα πραγματικά μέλη του λαού δεν είναι για τον Savigny τα μεμονωμένα άτομα, αλλά οι γενεές που διαδέχονται η μία την άλλη και έτσι αποτελούν τη «φυσική ενότητα» του λαού. Πρβλ. Σύστημα I, σ. 20.

24. Σύστημα I, σ. 19 επ.

25. Η έννοια αυτή απαντάται για πρώτη φορά στο «Σύστημα», ενώ στο «Περί του επαγγέλματος» ο Savigny μιλά μόνο για την «κοινή πεποίθηση» και την «πνευματική κοινότητα» του λαού.

26. Περί του επαγγέλματος, σ. 105.

ωρείται ότι δημιουργούν τον όλον της κουλτούρας ενός λαού και το θετικό δίκαιο ως μέρος της.

Η έννοια του λαϊκού πνεύματος και η κατανόησή της στο έργο του Savigny, ιδίως όσον αφορά την προέλευσή της και τις σχέσεις της με τη φιλοσοφία του Herder, το ρεύμα του ρομαντισμού και την ιδεαλιστική φιλοσοφία, έχει γίνει αντικείμενο πολλών εργασιών.<sup>27</sup> Εδώ ενδιαφέρει μόνον η λειτουργία της όσον αφορά τη θεμελίωση της θεωρίας του δικαίου. Ο Savigny εισάγει την έννοια αυτή γιατί προφανώς θεωρεί ότι οφείλει να διευκρινίσει την έννοια της «κοινής πεποίθησης», έτσι ώστε να αποφευχθούν παρανοήσεις.<sup>28</sup> Αν η τελευταία δεν είναι τίποτε άλλο παρά η εμπειρικά διαπιστώσιμη κοινή γνώμη, τότε θα επρόκειτο για κάτι, το οποίο είναι

---

27. Για τη σχέση του με την εγγελιανή έννοια του λαϊκού πνεύματος πρβλ. S. Brie, «Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule», *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, τόμ. II, 1908/09, σσ. 1-10, 179-202 και W. Metzger, *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des deutschen Idealismus*, Χαϊδελβέργη 1917, σ. 282. Κατά τον E. Löning («Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshistorischen Schule», *Internationale Wochenschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik*, τόμ. 4, 1910, σσ. 65 επ., 115 επ.) η έννοια αυτή προέρχεται από τη φιλοσοφία του Schelling και βρίσκεται σε αντίθεση με αυτήν του Hegel, επειδή ο Savigny τονίζει τη «μη-συνειδητή δημιουργία του δικαίου» και τον ανορθολογικό χαρακτήρα της. Στο ίδιο συμπέρασμα καταλήγει και ο W. Schönfeld, «Puchta und Hegel», εις: *Rechtsidee und Staatsgedanke. Beiträge zur Rechtsphilosophie und zur politischen Ideengeschichte. Festgabe für Julius Binder*, K. Larenz (επιμ.), Βερολίνο 1930, σελ. 1-62. Πρβλ. επίσης H.-H. Jakobs, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Πάντερμπορν 1992, σελ. 92, όπου η εισαγωγή της έννοιας του λαϊκού πνεύματος ανάγεται στην επιρροή του Puchta και αξιολογείται ως «βασικό λάθος» του τελευταίου, το οποίο και «κατέστρεψε τη θεωρία του Savigny του 1814». Η τελευταία αξιολόγηση είναι τουλάχιστον υπερβολική, διότι παραγνωρίζει ότι το πρόβλημα δεν έγκειται στη χρήση ή όχι του όρου, αλλά στην αποδοχή της ύπαρξης και δράσης μυστικών, μη ορθολογικά διαγνώσιμων δυνάμεων. Η αποδοχή αυτή είναι όμως ήδη υπαρκτή στη «θεωρία του Savigny του 1814», δηλ. στο «Περί του επαγγέλματος». Πρβλ. επίσης τις εργασίες των F. Haymann, «Naturrecht und positives Recht», *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis*, τόμ. 1, 1914, σσ. 233-252, σ. 245 επ. και A. Manigk, *Savigny und der Modernismus im Recht*, Βερολίνο 1914, σσ. 69 επ.

28. Σε μια τέτοια παρανόηση οφείλεται τμήμα της κριτικής του Th. Gönner (*Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, 1915) στη θεωρία του Savigny. Η κοινή πεποίθηση του λαού δεν έχει καμιά σχέση με την έννοια της λαϊκής βούλησης, όπως αυτή εισάγεται σε θεωρίες δημοκρατίας – εκτός βέβαια από τη νο-

μεν σε μια συγκεκριμένη χρονική στιγμή δεδομένο, αλλά εμπειρικά τυχαίο. Η θεμελίωση του θετικού δικαίου σε αυτή θα σήμαινε την παραίτηση από κάθε αναγκαιότητα, θα σήμαινε ακριβώς την εμπειρική συμπτωματοκότητα του δικαίου. Μόνο μια κατασκευή που κατανοεί την «κοινή λαϊκή συνείδηση» ως έκφραση και σημάδι ενός «αναγκαίου», μπορεί να παρουσιάσει και το θετικό δίκαιο ως αναγκαίο. Το «λαϊκό πνεύμα» έχει ακριβώς αυτή τη λειτουργία, παραπέμπει στα υπερ-εμπειρικά αίτια, στις υπερ-εμπειρικές δυνάμεις της δημιουργίας του θετικού δικαίου και παρέχει έτσι την εγγύηση της απόλυτης αναγκαιότητάς του<sup>29</sup> – πληρώνοντάς την βέβαια με το τίμημα του μυστικοποίησης των θεμελιών της συνολικής θεωρίας.

Η αντίληψη του Savigny περί της ιστορίας χαρακτηρίζεται αφενός μεν από την άρρητη υπόθεση μιας «απόλυτης χρονικής αρχής» (θεϊκή αποκάλυψη) της ιστορίας, αφετέρου δε από την κατασκευή ενός σχήματος δύο βαθμίδων της ιστορικής εξέλιξης. Η ιστορία εν γένει και η ιστορία του δικαίου ιδιαίτερα υπόκειται σε ένα σχήμα, που περιέχει τη διάκριση μεταξύ φύσης και τέχνης (φύση-τέχνη-σχήμα).<sup>30</sup> Σ' αυτό το σχήμα θα μπορούσε να δει κανείς ένα υποκατάστατο για τη διάκριση μεταξύ φυσικής και αστικής κατάστασης, που είναι χαρακτηριστική των δικαιοκτών θεωριών του Διαφωτισμού και που λείπει από τη θεωρία του Savigny. Στο «Περί του επαγγέλματος» – αλλά και στις κάπως συντομότερες αναπτύξεις του «Συστήματος»<sup>31</sup> – ο Savigny διακρίνει το δίκαιο ως προς την ιστορική του διάσταση σε «φυσικό δίκαιο» και

---

μιμοποιητική λειτουργία που έχουν και οι δύο. Ακόμη λιγότερο δε συσχετίζεται με ένα είδος εμπειρικά διαπιστώσιμης δημόσιας γνώμης.

29. Η αναγκαιότητα του αντικειμένου της επιστήμης αποτελεί για τον Savigny τόσο προϋπόθεση της δυνατότητας γνώσης του, όσο και προϋπόθεση της σύστασης των νομικών γνώσεων σε επιστήμη. Πρβλ. D. Nörr, «Savignys Anschauung und Kants Urteilskraft», εις: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70. Geb.*, τόμ. 1, Μόναχο 1982, σσ. 615-636, σ. 627 επ. και E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Halbbd 2, Άλεν 1978, σ. 249.

30. Πρβλ. J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Έμπελσπαχ 1984, σ. 335 επ., όπου το σχήμα αυτό ερμηνεύεται ως παραλλαγή ενός τριαδικού σχήματος (φυσική ενότητα, διχασμός, επανένωση), που αποτελεί Grundmuster κάθε ιδεαλιστικής κατανόησης της ιστορίας.

31. Πρβλ. Σύστημα I, σ. 13-18, 45-50.

σε «τεχνητό» ή «δίκαιο των λογίων».<sup>32</sup> Η διάκριση αυτή αντιστοιχεί στη διάκριση δύο βαθμίδων της ιστορικής εξέλιξης των λαών: της «νεανικής ηλικίας» και της «ώριμης ηλικίας» ή της ηλικίας της σε υψηλό βαθμό αναπτυγμένης κουλτούρας.

Η «νεανική ηλικία των λαών είναι φτωχή σε έννοιες, αλλά χαρακτηρίζεται από ξεκάθαρη συνείδηση των καταστάσεων και των σχέσεών της, αισθάνεται και ζει μέσα σ' αυτές ολοκληρωτικά και πλήρως, ενώ εμείς, μέσα στην τεχνητά πολύπλοκη ύπαρξή μας, συντριβόμαστε κάτω από τον ίδιο τον πλούτο μας, αντί να τον απολαμβάνουμε και να κυριαρχούμε επάνω του».<sup>33</sup> Το δίκαιο δημιουργείται εδώ άμεσα ως μια «πνευματική λειτουργία» του λαού έτσι ώστε «οι ίδιοι οι κανόνες του αστικού δικαίου [να ανήκουν] στα αντικείμενα της λαϊκής πίστης».<sup>34</sup> Τη μορφή εξωτερικής αυτής της άμεσης πνευματικής λειτουργίας αποτελούν οι «συμβολικές πράξεις», οι οποίες εμφανίζονται παντού όπου γεννιέται ή εξαφανίζεται ένα δικαίωμα και οι οποίες πρέπει να θεωρηθούν «ως η πραγματική γραμματική του δικαίου αυτής της περιόδου».<sup>35</sup> Στη θέση τους εμφανίζονται σε νεότερους χρόνους οι διατυπωμένες αρχές του δικαίου, οι νομικοί τύποι, οι οποίοι αφενός μεν προϋποθέτουν ένα σημαντικό βαθμό αφαιρετικής ικανότητας, αφετέρου δε δεν έχουν πια τα πλεονεκτήματα των παλαιότερων τύπων, την «αισθητική εποπτικότητα» και τη «γενική λαϊκή πίστη», και γι' αυτό το λόγο «τους αισθανόμαστε ως κάτι αυθαίρετο και γι' αυτό το λόγο ως βάρος».<sup>36</sup>

Αυτή την άμεση σχέση μεταξύ δικαίου και λαού της πρώτης περιόδου ο Savigny την περιγράφει ως «οργανική συνεκτικότητα» (*organischen Zusammenhang*) του δικαίου με την «ουσία και το χαρακτήρα του λαού».<sup>37</sup> Από αυτήν την «οργανική συνεκτικότητα»,

---

32. Περί του επαγγέλματος, σ. 104. Να σημειωθεί ότι ο Savigny μιλά για «*natürliches Recht*» και όχι για «*Naturrecht*».

33. Περί του επαγγέλματος, σ. 102.

34. Περί του επαγγέλματος, σ. 102.

35. Περί του επαγγέλματος, σ. 102.

36. Περί του επαγγέλματος, σ. 103.

37. Περί του επαγγέλματος, σ. 103 επ.: «Το δίκαιο εξελίσσεται [*fortwachsen*] μαζί με το λαό, σχηματίζεται μαζί του [*bildet sich aus mit diesem*] και πεθαίνει τέλος, όταν ο λαός χάσει την ιδιαιτερότητά του».

από την άμεση σχέση του δικαίου με το λαό, μπορούν ωστόσο να κατανοηθούν «οργανικά» μόνο τα «βασικά χαρακτηριστικά» του, διότι μόνο γι' αυτά θα μπορούσε να στηριχθεί ο ισχυρισμός, ότι ζουν στην κοινή συνείδηση του λαού, όχι όμως για τις «άπειρες λεπτομέρειες» του δικαίου. Ο Savigny ενδιαφέρεται εντούτοις γι' αυτές ακριβώς τις λεπτομέρειες του δικαίου, «από τις οποίες κατέχουμε μόνον ένα τμήμα στους Πανδέκτες»: να δείξει ότι και αυτές ακόμη μπορούν να θεωρηθούν ότι έχουν οργανικά αναφύει και άρα να νομιμοποιηθούν ως αναγκαίες. Κατά τον Savigny αυτές προέρχονται από την ώριμη ηλικία του λαού, την εποχή της ανάπτυξης και διαμόρφωσής του (Bildung) ή της δεύτερης βαθμίδας της ιστορικής εξέλιξης του δικαίου, η οποία χαρακτηρίζεται από μια αυξανόμενη διαφοροποίηση του κοινωνικού καταμερισμού εργασίας. Οι κοινές δραστηριότητες του λαού στην πρώτη βαθμίδα γίνονται στη δεύτερη αποκλειστικό περιεχόμενο της δραστηριότητας μεμονωμένων τάξεων. Για το δίκαιο είναι πλέον υπεύθυνη η τάξη των νομικών: «Το δίκαιο σχηματίζεται πλέον στη γλώσσα, παίρνει μια επιστημονική κατεύθυνση, και όπως πρώτα ζούσε στη συνείδηση ολόκληρου του λαού, έτσι τώρα περιπίπτει στη συνείδηση των νομικών, από τους οποίους εκπροσωπείται τώρα πια ο λαός ως προς αυτή τη λειτουργία. Η ύπαρξη [Dasein] του δικαίου είναι από δω και πέρα πιο τεχνητή και περίπλοκη, γιατί έχει μια διπλή ζωή, τη μια φορά ως τμήμα της συνολικής ζωής του λαού, πράγμα που δεν παύει ποτέ να είναι, μετά ως ιδιαίτερη επιστήμη στα χέρια των νομικών. Από τη συνεκτικότητα αυτής της «διπλής αρχής ζωής» (Lebensprinzip) εξηγούνται όλα τα κατοπινά φαινόμενα και έτσι είναι πλέον κατανοητό πώς μπόρεσαν να δημιουργηθούν εκείνες οι άπειρες λεπτομέρειες κατά εντελώς οργανικό τρόπο, χωρίς πραγματική συνειδητή βούληση και πρόθεση. Λόγω συντομίας θα ονομάζουμε στο μέλλον τη συνεκτικότητα του δικαίου με τη γενική ζωή του λαού το *πολιτικό* στοιχείο του, τη διαχωρισμένη επιστημονική ζωή του δικαίου όμως το *τεχνικό* στοιχείο του».<sup>38</sup>

Με αυτή την κατασκευή των δύο βαθμίδων επιτυγχάνεται κατ' αρχάς η υποστήριξη της πρωτοκαθεδρίας του εθνικού δικαίου

---

38. Περί του επαγγέλματος, σ. 104.

έναντι όλων των άλλων μορφών δικαίου – πρωτίστως βέβαια έναντι της νομοθεσίας<sup>39</sup>. Η μετάβαση όμως από την πρώτη στη δεύτερη βαθμίδα επιφέρει τη μετάβαση της αρμοδιότητας για δημιουργία δικαίου από τις «εσωτερικές, σιωπηρά δρώσες δυνάμεις» του λαϊκού πνεύματος και την «κοινή συνείδηση του λαού» στην κοινή «συνείδηση των νομικών». Υποδηλώνει ταυτόχρονα, ότι το ενδιαφέρον του Savigny –όσον αφορά τη δημιουργία δικαίου στο παρόν– στρέφεται όχι προς το εθνικό, αλλά προς το επιστημονικό δίκαιο.

Η διάκριση μεταξύ του «πολιτικού» και του «τεχνικού στοιχείου» ή «αρχής ζωής» είναι συγκροτησιακή του καθορισμού του πεδίου αντικειμένου και του πεδίου αρμοδιότητας της νομικής επιστήμης. Νομοθεσία και νομική επιστήμη είναι –τουλάχιστον στο «Σύστημα»– τα δύο «όργανα», τα οποία αναπτύσσει το δίκαιο σύμφωνα με τη διπλή του «αρχή ζωής».<sup>40</sup> Η νομική επιστήμη επικεντρώνεται εδώ στο «τεχνικό» στοιχείο. Οφείλει να βεβαιωθεί για τις «βασικές αρχές» του δικαίου ως του «πολιτικού» του στοιχείου, που ζει στη λαϊκή συνείδηση, και μπορεί μετά εντελώς αυτόνομα να εξελίξει ένα σύστημα δικαίου, που θα στηρίζεται σε αυτές τις «καθοδηγητικές βασικές αρχές».<sup>41</sup> Η νομοθετική δραστηριότητα αντιθέτως οφείλει να περιορισθεί στο «πολιτικό» στοιχείο του δικαίου και δεν μπορεί να εγείρει καμιά απαίτηση επηρεασμού του τεχνικού-επιστημονικού στοιχείου. Με τον τρόπο αυτό επιχειρείται η οριοθέτηση μιας αυτόνομης περιοχής του αστικού δικαίου, η οποία περιέρχεται κατ' αποκλειστικό τρόπο στην αρμοδιότητα της νομικής επιστήμης και των εκπροσώπων της, και η απόκρουση των δυνητικών παρεμβάσεων του πολιτικού νομοθέτη σ' αυτήν. Η διάσπαση του δικαίου σε ένα πολιτικό και σε ένα τεχνικό-επιστημονικό τμήμα είναι θεμελιακή για τη δικαιοκή θεωρία του Savigny. Γιατί ακριβώς μέσω της αποσύνδεσης ενός στενότερου πεδίου του αστικού δικαίου από την πολιτική αναδεικνύεται το πρώτο σε αντικείμενο της επιστήμης. Η εικόνα του δικαίου ως ενός ενιαίου ερευνητικού-επιστημονικού

39. Πρβλ. Περί του επαγγέλματος, σ. 105.

40. Βλ. Σύστημα I, σ. 17 επ.

41. Περί του επαγγέλματος, σ. 110.

αντικειμένου διαφυλάσσεται βέβαια στην αρχική θεμελίωσή του ως έκφραση και απόρροια του «λαϊκού πνεύματος», η οποία νομιμοποιεί το αίτημα ισχύος του θετικού δικαίου γενικότερα – έθιμο, επιστήμη και νομοθεσία ισχύουν ως πηγές δημιουργίας δικαίου στο βαθμό που τα είδη δικαίου που παράγονται από αυτές εμφανίζονται ως μορφές θετικοποίησής του κατά την «κοινή λαϊκή συνείδηση» ζώντος δικαίου. Η μετάβαση όμως από την πρώτη στη δεύτερη ιστορική βαθμίδα δεν αποτελεί για τον Savigny μια μετάβαση που οφείλει να αρθεί, αλλά αντιθέτως μια ιστορικά τετελεσμένη και αποδεκτή μετάβαση, η οποία αποτελεί την ιστορική προϋπόθεση της γένεσης της νομικής επιστήμης. Χαρακτηριστική είναι η σχεδόν μηδαμινή επιρροή, την οποία εξασκεί τελικά η θεωρία περί «λαϊκού πνεύματος» τόσο στο συνολικό σχέδιο όσο και στις μεμονωμένες αναπτύξεις του «Συστήματος».

---

## 2. Εθιμικό, επιστημονικό και νομοθετικό δίκαιο:

---

### η ιεράρχηση των πηγών δικαίου

---

Η πρωταρχική πηγή του θετικού δικαίου είναι για τον Savigny ενιαία, η «κοινή πεποίθηση» του λαού ή το «λαϊκό πνεύμα», από το οποίο δημιουργείται το θετικό δίκαιο, χωρίς «βούληση και πρόθεση» με τη μορφή του εθιμικού δικαίου. Η μετάβαση στη δεύτερη βαθμίδα ιστορικής εξέλιξης συνδέεται με έναν πλουραλισμό των πηγών δικαίου, την ύπαρξη τριών ειδών δικαίου: το εθιμικό, το νομοθετικό και το επιστημονικό. Τίθεται έτσι η αναγκαιότητα της διευκρίνισης των σχέσεών τους –κυρίως της σχέσης μεταξύ επιστημονικού δικαίου και νόμου– ως πρόβλημα ιεράρχησής τους. Στον τρόπο με τον οποίο ο Savigny λύνει αυτό το πρόβλημα γίνονται σαφείς τόσο οι προθέσεις όσο και οι συνέπειες της θεωρίας του περί λαϊκού πνεύματος.

Ο Savigny συνοψίζει το κεφάλαιο για τη θεωρία γένεσης του δικαίου με τη θέση: «Η σύνοψη αυτής της άποψης είναι, ότι κάθε δίκαιο δημιουργείται με τον τρόπο τον οποίο η κυρίαρχη, όχι εντελώς αρμόζουσα χρήση της γλώσσας χαρακτηρίζει εθιμικό δί-



καιο, δηλ. ότι δημιουργείται πρώτα από το ήθος (έθιμο, Sitte) και τη λαϊκή πίστη, μετά από τη νομική επιστήμη (Jurisprudenz), παντού δηλαδή από εσωτερικές, σιωπηρά δρώσες δυνάμεις, όχι από την αυθαιρεσία ενός νομοθέτη». <sup>42</sup> Η πρωτοκαθεδρία του εθιμικού δικαίου σίγουρα δεν είναι μια θέση που υποστηρίχθηκε πρώτα από τον Savigny. Για τον Hugo π.χ. το δίκαιο δημιουργείται (και ισχύει) ως εθιμικό δίκαιο. Σε αντίθεση προς τον Hugo όμως, για τον οποίο το ίδιο το γεγονός του εθίμου αναδεικνύεται σε αποκλειστικό λόγο δημιουργίας και νομιμοποίησης του δικαίου, για τον Savigny το έθιμο είναι μόνο γνωσιακό αίτιο, ενώ ο πραγματικός λόγος ύπαρξης, δημιουργίας και ισχύος του δικαίου είναι η «κοινή συνείδηση του λαού». <sup>43</sup> Επειδή όμως σ' αυτήν το δίκαιο έχει μόνον μια «πνευματική», «αόρατη» ύπαρξη, είμαστε αναγκασμένοι να ανατρέξουμε στις εξωτερικεύσεις αυτής της αόρατης ύπαρξης, αν θέλουμε να αποκτήσουμε τη γνώση του. Το έθιμο είναι μια τέτοια εξωτερίκευση, ένα μέσο της διάγνωσης του δικαίου και μάλιστα ως ενός ιδιαίτερου είδους γνώσης. Ο Savigny διακρίνει μεταξύ «άμεσης» και «έμμεσης» γνώσης του δικαίου. Μόνον εκείνοι οι οποίοι δεν είναι οι ίδιοι μέλη του λαού, το δίκαιο του οποίου θέλουν να γνωρίσουν, είναι αναγκασμένοι να ανατρέχουν σε τέτοια μέσα γνώσης. Η γνώση του δικαίου για τα μέλη του λαού, ωστόσο, είναι άμεση, γιατί τα μέλη παίρνουν μέρος στην «πνευματική κοινότητα» του λαού· η γνώση τους στηρίζεται σε άμεση «εποπτεία». <sup>44</sup> Αυτό όμως σημαίνει ότι, ενώ για τη διάγνωση του δικαίου του παρελθόντος, π.χ. του ρωμαϊκού δικαίου της κλασικής εποχής, οφείλουμε να στηριχθούμε σε τέτοιες «εξωτερικεύσεις» –και άρα κατ' αρχάς να αποδείξουμε μέσω της ιστορικής έρευνας την ύπαρξή τους– από τις οποίες μετά μπορούμε να συναγάγουμε συμπεράσματα για το δίκαιο, η γνώση του «σημερινού» δικαίου του λαού, μέλη του οποίου είμαστε και

42. Περί του επαγγέλματος, σ. 105.

43. Σύστημα I, σ. 35.

44. Σύστημα I, σ. 38.

45. Πράγματι η «εποπτεία», η οποία προφανώς πρέπει στον Savigny να ερμηνευθεί ως ένα είδος γνώσης που δεν είναι εννοιακά διαμεσολαβημένο, παίζει έναν απο-

εμείς οι ίδιοι, δεν έχει καν την ανάγκη μιας τέτοιας έρευνας, προέρχεται κατ' ευθείαν από την άμεση εποπτεία.<sup>45</sup>

Σε μια κατοπινή παράγραφο του «Συστήματος»<sup>46</sup> ο Savigny συζητά εκτενώς τις συνθήκες κάτω από τις οποίες μεμονωμένες πράξεις μπορούν να θεωρηθούν ως χαρακτηριστικά ενός υπάρχοντος λαϊκού δικαίου.<sup>47</sup> Η επιχειρηματολογία του καταλήγει στην απόδειξη ότι κάτω από αυτές τις συνθήκες ο κανόνας δικαίου προηγείται του γεγονότος του εθίμου, στο οποίο απλώς αποκαλύπτεται: «Ο κανόνας δικαίου δημιουργείται από την κοινή δικαιοκή συνείδηση ή από την άμεση πεποίθηση περί της αλήθειας και της καθεαυτής (χωρίς εξωτερική κύρωση) δεσμευτικής δύναμης του κανόνα».<sup>48</sup> Το εθιμικό δίκαιο πηγάζει από την «κοινότητα της πεποίθησης, όχι από τη βούληση των μεμονωμένων ατόμων», τα φρονήματα και οι ενέργειες των οποίων θα πρέπει να θεωρηθούν μόνον ως αναγνωριστικά χαρακτηριστικά εκείνης της κοινότητας».<sup>49</sup> Μόνο σε μεμονωμένες περιπτώσεις αναγνωρίζει ο Savigny το εθιμικό δίκαιο ως «συνδρών αίτιο δημιουργίας» του θετικού δικαίου. Πρόκειται για τέτοιους κανόνες δικαίου, που υπηρετούν αποκλειστικά την ασφάλεια του δικαίου και χαρακτηρίζονται από μια «σχετική αδιαφορία» του περιεχομένου τους.<sup>50</sup>

Στο επίκεντρο της θεωρίας του Savigny περί των πηγών του δικαίου ωστόσο<sup>51</sup> δεν βρίσκεται το εθιμικό, αλλά το επιστημονικό δίκαιο. Η πρωτοκαθεδρία του εθιμικού δικαίου ως της πρω-

---

φασιστικό ρόλο στο «Σύστημα». Πρβλ. Σύστημα I, σσ. 7, 10, 16, 44, 82, Περί του επαγγέλματος, σ. 114 επ.46. Σύστημα I, §29, σ. 171 επ.

47. Οι συνθήκες,, στις οποίες καταλήγει, είναι οι ίδιες με εκείνες της κλασικής θεωρίας περί εθιμικού δικαίου: πρέπει να πρόκειται πάντα για περισσότερες πράξεις, που να είναι ομοιόμορφες και να εξασκούνται κατά μεγάλο χρονικό διάστημα χωρίς διακοπές. Οι σημαντικότερες προϋποθέσεις όμως είναι, ότι αυτές οι πράξεις πρέπει να γίνονται πάντα με το «αίσθημα δικαιοκής αναγκαιότητας» (*necessitatis opinio*) και να μην βασίζονται σε πλάνη. Η τρίτη κλασική προϋπόθεση, η *Rationabilität* των πράξεων, παραμένει κάπως αδιασαφήνιστη.

48. Σύστημα I, σ. 117.

49. Σύστημα I, σ. 82.

50. Βλ. Σύστημα I, σ. 36.

51. Σε αντίθεση π.χ. με τον Puchta. Πρβλ. G. Fr. Puchta, *Gewohnheitsrecht*, II τόμ., Erlangen 1828.

ταρχικής, φυσικής και γνήσιας μορφής του λαϊκού δικαίου αποτελεί μεν το θεμέλιο της θεωρίας του περί των πηγών του δικαίου, το πραγματικά καινούργιο στοιχείο της όμως συνίσταται στην αναγνώριση της επιστήμης –αν όχι ως της θεμελιώδους, αλλά πάντως– ως της σημαντικότερης πηγής δικαίου στο παρόν. Όπως προκύπτει από το παραπάνω απόσπασμα από το «Περί του επαγγέλματος», εδώ το αποφασιστικό στοιχείο δεν έγκειται τόσο στη δημιουργία του θετικού δικαίου ως εθιμικού, αλλά στην «όχι εντελώς αρμόζουσα χρήση» αυτού του όρου, και στη χρονική διάταξη των δύο πηγών δικαίου: Το δίκαιο δημιουργείται πρώτα από τη λαϊκή πίστη, μετά από τη νομική επιστήμη. Το «μη αρμόζον» στοιχείο αυτής της έκφρασης αναφέρεται αρχικά στην εσφαλμένη αντίληψη, ότι το δίκαιο γεννάται από το έθιμο, δηλ. από ένα γεγονός. Έχει όμως και μian άλλη σημασία. Κάτω από τον όρο εθιμικό δίκαιο συμπεριλαμβάνονται εδώ τόσο το με τη «στενή σημασία» εθιμικό δίκαιο, όσο και το επιστημονικό, υποδηλώνοντας ταυτόχρονα την πρόθεση της θεωρίας να μεταφέρει την πηγή νομιμοποίησης της πρώτης μορφής δικαίου και στη δεύτερη. Η χρονική διάταξη των δύο πηγών, που αναφέρεται στην κατασκευή των δύο βαθμίδων της ιστορικής εξέλιξης, δηλώνει τόσο τη θεωρητική υποστήριξη της αξιωματικής πρωτοκαθεδρίας του με τη «στενή σημασία» εθιμικού δικαίου, όσο και τη μειούμενη σημασία του για τη δεύτερη βαθμίδα, δηλ. για το σήμερα. Ο Savigny πράγματι είναι της άποψης, ότι στο παρόν έχουμε να κάνουμε με μια σε μεγάλο βαθμό προχωρημένη ταύτιση του εθιμικού με το επιστημονικό δίκαιο<sup>52</sup>.

Η επίδραση της επιστήμης στο θετικό δίκαιο είναι κατ' αρχάς τυπική, αφορά την γλωσσική επεξεργασία του δικαίου. Επεξεργάζεται το ήδη υπάρχον δίκαιο ως προς τη μορφή του, το επιστημονικοποιεί και το καθιστά συνειδητό. Αποκτά όμως και μια υλική επιρροή, στο βαθμό που η τάξη των νομικών δρα ως «εκπρόσωπος του λαού»<sup>53</sup> και επιδρά έτσι στην εξέλιξη του περιεχομένου (Fortbildung) του. Ο Savigny αναγνωρίζει στη νομική επιστήμη όχι

52. Βλ. Σύστημα I, σ. 91.

53. Σύστημα I, σ. 46.

μόνον ως προς την «υλική», αλλά και ως προς την «τυπική» δραστηριότητά της μια δικαιοπλαστική λειτουργία. Διότι κατ' αυτήν τη δεύτερη δραστηριότητά της παίρνει μεν το δίκαιο ως δεδομένο, αλλά καθώς του προσδίδει μια επιστημονική μορφή, η οποία «προσπαθεί να αποκαλύψει και να τελειοποιήσει την εσωτερική του ενότητα, δημιουργείται μια νέα οργανική ζωή, η οποία επιδρά πάλι στο δίκαιο, έτσι ώστε να προκύπτει διαρκώς από την επιστήμη καθεαυτή ένα νέο είδος δημιουργίας δικαίου».<sup>54</sup> Η επιστήμη είναι δηλαδή ακόμα και τότε παραγωγική, όταν ασχολείται μόνο με τη μορφή του δικαίου, π.χ. όταν προσπαθεί να εξελίξει και να διατυπώσει από έναν αριθμό παρόμοιων δικαιοκτών περιπτώσεων τους γενικούς κανόνες, σύμφωνα με τους οποίους κρίνονται.

Ο Savigny διακρίνει δύο είδη επιστημονικού δικαίου: το θεωρητικό και το πρακτικό.<sup>55</sup> Η θεωρητική δραστηριότητα είναι κατ' αρχάς αποδεκτική-παθητική, γιατί δεν παράγει περιεχομενικά νέο δίκαιο, αλλά επεξεργάζεται το ήδη υπάρχον. Εντούτοις μετατρέπεται σε πηγή δικαίου στο βαθμό που τα αποτελέσματά της απολαμβάνουν γενικής αποδοχής και η ίδια αναγνωρίζεται ως αυθεντία. Ως πολύ σημαντικότερη πηγή δικαίου αξιολογεί ο Savigny την πρακτική επιστημονική δραστηριότητα των νομικών. Ως τέτοια θεωρεί «κάθε έρευνα η οποία δεν είναι περιορισμένη στο καθεαυτό περιεχόμενο των πηγών, αλλά ταυτόχρονα συλλαμβάνει τη σχέση αυτού του περιεχομένου προς τη ζωντανή κατάσταση του δικαίου,... δηλαδή την κατάσταση και τις ανάγκες της νεότερης εποχής».<sup>56</sup> Αυτή αποτελεί «όργανο του εθιμικού δικαίου και ταυτόχρονα ένα τμήμα του επιστημονικού δικαίου».<sup>57</sup>

Όπως ήδη αναφέραμε, η μοντέρνα (νομική) εποχή χαρακτηρίζεται κατά τον Savigny από μια ταύτιση μεταξύ εθιμικού και επιστημονικού δικαίου ή από μια εκτεταμένη διαμεσολάβηση του

---

54. Σύστημα I, σ. 46 επ.

55. Ως θεωρητική ορίζεται «κάθε φορά επιστημονική έρευνα, είτε αυτή είναι στραμμένη προς τη διαπίστωση του κειμένου των πηγών, είτε στην εξήγησή του, είτε στην επεξεργασία του σε αποτέλεσμα ενός συστήματος δικαίου, είτε στην εσωτερική τελειοποίηση αυτού του συστήματος», Σύστημα I, σ. 87.

56. Σύστημα I, σ. 90.

57. Σύστημα I, σ. 90.

εθιμικού από το επιστημονικό δίκαιο. Με τη θέση αυτή εξηγείται και νομιμοποιείται ταυτόχρονα η αποδοχή (Rezeption) του ρωμαϊκού δικαίου. Η τελευταία ερμηνεύεται από τον Savigny ως η μεγαλύτερη πράξη ενός γενικού εθιμικού δικαίου, που διαμεσολαβήθηκε από την επιστήμη.<sup>58</sup> Εξαιτίας της Rezeption δημιουργήθηκε μια «τεχνητή κατάσταση», η θεωρητική σύλληψη της οποίας απαιτούσε έναν πολύ υψηλότερο βαθμό δικαιοκών γνώσεων απ' αυτόν που είχε ήδη επιτευχθεί από τη λαϊκή συνείδηση: «Απ' αυτή την ανάγκη δημιουργήθηκε μια νομική σχολή και φιλολογία, χωρίς να είχε προκληθεί από το γενικό μορφωτικό επίπεδο (Bildungsstufe) των λαών».<sup>59</sup> Έτσι το λαϊκό δίκαιο –για τις χώρες, όπου επιτελέσθηκε η Rezeption του ρωμαϊκού δικαίου– ήταν εξαρχής ταυτόσημο με το επιστημονικό.<sup>60</sup> Με αυτόν τον τρόπο ο Savigny αναστρέφει την αρχική σχέση μεταξύ εθιμικού και επιστημονικού δικαίου για τη νεότερη εποχή. Ενώ για την πρώτη βαθμίδα της ιστορικής εξέλιξης ήταν χαρακτηριστική η ταύτιση μεταξύ εθιμικού και λαϊκού δικαίου,<sup>61</sup> στη δεύτερη βαθμίδα τίθεται ως χαρακτηριστική η ταύτιση μεταξύ επιστημονικού και λαϊκού δικαίου. Το εθιμικό δίκαιο χάνει την αυτοδυναμία του και έτσι και τη βαρύτητά του ως πηγή του δικαίου στο παρόν.

Αξίζει να σημειωθεί, ότι ο Savigny δεν αποδέχεται άκριτα το πρακτικό επιστημονικό δίκαιο, αλλά αντίθετα απαιτεί να γίνει μία διάκριση – ιδιαίτερα όσον αφορά το δίκαιο που δημιουργήθηκε μέσω της αναδιαμόρφωσης και περαιτέρω εξέλιξης των ρωμαϊκών δικαιοκών θεσμών – μεταξύ εκείνου του τμήματος, το οποίο είναι «υγιούς φύσεως» και στηρίζεται στις διαφορετικές

58. Πρβλ. Σύστημα I, σ. 78.

59. Σύστημα I, σ. 85.

60. Ο Savigny επισημαίνει ότι πλέον δεν υπάρχει γενικό, παρά μόνον μερικό εθιμικό δίκαιο, που να μην είναι επιστημονικά διαμεσολαβημένο. Στην αποδοχή του ρωμαϊκού δικαίου και της χριστιανικής πίστης από ένα πολύ μεγάλο κομμάτι των ευρωπαϊκών εθνών στηρίζει επίσης τη θέση, ότι τα μοντέρνα ευρωπαϊκά έθνη –σε αντίθεση με εκείνα της αρχαιότητας– δεν καλούνται να πραγματώσουν μια «κλειστή εθνικότητα», αλλά «μάλλον μια κοινή εξέλιξη με διαφύλαξη των εθνικών ιδιαιτεροτήτων τους». Πρβλ. Σύστημα I, σ. 80.

61. Για την αρχαία Ρώμη τονίζεται ο «συνασπισμός» μεταξύ λαϊκού και νομοθετικού δικαίου. Πρβλ. Σύστημα I, σ. 83.

καταστάσεις και ανάγκες του σήμερα, και εκείνου το οποίο δημιουργήθηκε από «ελλιπή επιστήμη» και «αχαρακτήριστη σύγχυση». Ενώ στο πρώτο προσήκει «η δύναμη και η πραγματικότητα ενός κατά επιστημονικό τρόπο αναγνωρισμένου εθιμικού δικαίου»,<sup>62</sup> το δεύτερο είναι μόνο φαινομενικά πρακτικό δίκαιο, στην πραγματικότητα όμως μόνο «κακή θεωρία», η οποία οφείλει να παραμερισθεί από μια «καλύτερη», χωρίς να μπορεί να νομιμοποιηθεί ούτε από μια μακρά παράδοση.<sup>63</sup>

Η δυνατότητα αυτής της τελευταίας διάκρισης της κριτικής ενός μόνο φαινομενικά πρακτικού δικαίου ως «κακής θεωρίας» και «ελλιπούς επιστήμης» παραπέμπει στη διαφορετική υφή της νομιμοποιητικής βάσης του επιστημονικού δικαίου, ιδιαίτερα δε αυτού που δημιουργήθηκε μέσω της «καθαρής επιστήμης». Ενώ το εθιμικό δίκαιο με τη «στενότερη σημασία» νομιμοποιείται και έτσι καθίσταται απρόσβλητο σε κάθε κριτική, το επιστημονικό δίκαιο υπόκειται πάντα στην κριτική. Το δίκαιο που δημιουργήθηκε από την «καθαρή επιστήμη» δεν βασίζεται στην κοινή συνείδηση του λαού, αλλά στο «αληθές» των επιστημονικών θεωριών. Μια διαφορετική λαϊκή συνείδηση μπορεί να αλλάξει το υπάρχον θετικό δίκαιο μόνο όσον αφορά το μέλλον, ένα λογικό λάθος, μια λογική αντίφαση του «καθαρού επιστημονικού» δικαίου αίρει την ισχύ του και για το παρόν. Το ίδιο ωστόσο δεν ισχύει και για το πραγματικά πρακτικό δίκαιο· το τελευταίο νομιμοποιείται σε σχέση με τις πρακτικές ανάγκες του σήμερα ανεξάρτητα από την ορθότητα των επιστημονικών θεωριών που αναφέρονται σ' αυτό<sup>64</sup>. Εδώ ο Savigny προειδοποιεί για το «απατηλό φαινόμενο της λογικής βεβαιότητας».<sup>65</sup>

Η σχέση του Savigny προς τη νομοθεσία είναι τόσο περίπλο-

---

62. Σύστημα I, σ. 93.

63. Σύστημα I, σ. 93 επ. Πρβλ. και σ. 180: «Η εσφαλμένη θεωρία είναι ένα *ergone*, non *ratione obtentum*, και ως εκ τούτου ανίκανη να ισχύσει και να δράσει ως εθιμικό δίκαιο: η πρακτική δραστηριότητα [*Praxis*], που προέρχεται από τις ανάγκες των σχέσεών μας, έχει αντιθέτως με το μέρος της την *ratio*, την *necessitatis opinio*, και πρέπει ως εκ τούτου να ισχύει ως αληθινό εθιμικό δίκαιο, ακόμα κι αν στις προσπάθειες για τη θεωρητική νομιμοποίησή της έχουν αναμιχθεί και μερικές πλάνες».

64. Πρβλ. προηγούμενη υποσημείωση.

65. Σύστημα I, σ. 323.

κη όσο και διαφορούμενη. Περιβόητη είναι η αρνητική του στάση όσον αφορά το ζήτημα της «κωδικοποίησης» της εποχής του<sup>66</sup> και η από τη διένεξη αυτή γενικά γνωστή δυσπιστία του απέναντι στο νομοθετικό αίτημα της πολιτικής. Αυτό ωστόσο δεν σημαίνει, ότι ο Savigny στρεφόνταν εναντίον κάθε είδους νομοθεσίας. Σωστότερο θα ήταν να διακρίνει κανείς μεταξύ κωδικοποίησης και νομοθεσίας και αντίστοιχα μεταξύ εκείνων των επιχειρημάτων του Savigny που στρέφονται εναντίον της κωδικοποίησης και εκείνων που θεμελιώνουν τη δυσπιστία του κατά του πολιτικού νομοθέτη – έστω και αν αυτά δεν είναι μεταξύ τους ασύνδετα. Τα επιχειρήματα του Savigny κατά του Thibaut αφορούν καταρχάς το ζήτημα της κωδικοποίησης και δεν αμφισβητούν –παρ' όλη τη συγκράτηση και τη δυσπιστία που εκδηλώνουν– τη νομιμοποίηση και την αναγκαιότητα της νομοθεσίας εν γένει.

Στο «Σύστημα» η νομοθεσία αναγνωρίζεται ως αυτοδύναμη πηγή δημιουργίας δικαίου δίπλα στη νομική επιστήμη. Αυτή η αναγνώριση εξηγείται αφενός μεν με την παραπάνω αναφερθείσα διάκριση μεταξύ του «πολιτικού» και του «τεχνικού» στοιχείου του δικαίου, αφετέρου δε με την αντίληψη του Savigny για το κράτος. Σύμφωνα με την τελευταία, σε κάθε λαό δρα «μια αστα-

---

66. Η «διένεξη περί της κωδικοποίησης» του αστικού δικαίου έχει γίνει αντικείμενο πολλών εργασιών. Πρβλ. γενικά Fr. Wieacker, «Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee» εις: *Festschrift für G. Boehmer*, Βόννη 1954, σσ. 34, 44, επ., του ιδίου, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, ό.π., σ. 390 επ., 410, επ., του ιδίου, «Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher» εις: *Festschrift für W. Felgentraeger*, Γκαίτινγκεν 1969, σσ. 409-422, E. Wolff, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 3η εκδ. Τύμπινγκεν 1951, σ. 498 επ. Εναντίον της θέσης ότι η απόρριψη της κωδικοποίησης απορρέει από την ιστορική θεωρία πρβλ. W. Jaeschke, «Die Vernunftigkeit des Gesetzes» εις: H.C. Lucas και O. Poggele (επιμ.) *Hegel Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, Στουτγάρδη/Bad Canstatt 1986, σελ. 221-256. Για τα πολιτικά κίνητρα του Savigny πρβλ. W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Φρανκφούρτη a. M. 1958, σ. 72 επ., πρβλ. επίσης σχετικά H. Huttenhauer, Εισαγωγή εις *Thibaut und Savigny*, Μόναχο 1973, σ. 23 επ., 46 και J. Ruckert, *Idealismus, Jurisprudenz*, ό.π., σσ. 160-93, όπου η διένεξη των δύο νομικών δεν προσεγγίζεται ως διένεξη μεταξύ συντηρητικών και αστικών-φιλελεύθερων πεποιθήσεων, αλλά ως διένεξη στο εσωτερικό ενός μετριασμένου μεταρρυθμιστικού αστικού στρατοπέδου.

μάτητη ορμή» να μετατρέψει την «αόρατη ενότητα» που είναι σαν ένα «αόρατο φυσικό όλον», σε ένα «ορατό οργανικό φαινόμενο». Το φαινόμενο αυτό είναι το κράτος ως η «σωματική μορφή της πνευματικής κοινότητας του λαού». <sup>67</sup> Το κράτος θεωρείται ως η «ανώτατη βαθμίδα δημιουργίας δικαίου», η δημιουργία του οφείλεται στις ίδιες εκείνες «εσωτερικές διαπλαστικές δυνάμεις» που δημιουργούν το θετικό δίκαιο και επιτελείται με την ίδια «εσωτερική αναγκαιότητα» όπως και αυτό. <sup>68</sup> Η επίδρασή του στο ιδιωτικό δίκαιο αφορά «κατ' αρχάς» την εξωτερικότητα και δραστηκότητά του, την «πραγματικότητα της ύπαρξής του». Το τελευταίο αποκτά στο κράτος με την εγκαθίδρυση της δικαστικής εξουσίας «ζωή και πραγματικότητα», ενώ ως εκτός κράτους νοημένο μπορεί να έχει μόνο μια «αόρατη ύπαρξη», που εκδηλώνεται μόνο σε κοινά «συναισθήματα, σκέψεις και έθιμα». <sup>69</sup> Το «πρώτο και αναπότρεπτο καθήκον» του κράτους είναι για τον Savigny «να κατακτήσει ισχύουσα την ιδέα του δικαίου στον ορατό κόσμο». <sup>70</sup> Αυτό σημαίνει στην ουσία την καταπολέμηση του αδίκου και την εξασφάλιση της ισχύος του ιδιωτικού δικαίου.

Η νομοθεσία δημιουργείται έτσι μέσω της ανάγκης να δοθεί στο θετικό δίκαιο «μια εξωτερικά αναγνωρίσιμη ύπαρξη... από τη δύναμη της οποίας θα παραμερισθεί κάθε ατομική γνώμη και θα γίνει ευκολότερη η δραστική καταπολέμηση της άδικης βούλησης. Το θετικό δίκαιο, έτσι ενσαρκωμένο από τη γλώσσα και εφοδιασμένο με την απόλυτη εξουσία, ονομάζεται νόμος, η διατύπωση του οποίου ανήκει στα πιο ευγενή δικαιώματα της ανώτατης εξουσίας του κράτους». <sup>71</sup> Η νομοθεσία αφορά δηλαδή κυρίως τη μορφή του θετικού δικαίου. Το περιεχόμενό της ωστόσο είναι ανεξάρτητο από αυτήν και χρονικά πρότερο λαϊκό δίκαιο που ζει στη συνείδηση του λαού και εξωτερικεύεται στις συνήθειες και

---

67. Σύστημα I, σ. 21 επ.

68. Πρβλ. Σύστημα I, σ. 22: Αυτή η αναγκαιότητα δεν ισχύει «μόνο για την ύπαρξη ενός κράτους εν γένει, αλλά και για την ιδιάζουσα μορφή, την οποία φέρει το κράτος σε κάθε λαό».

69. Σύστημα I, σ. 23.

70. Σύστημα I, σ. 25.

71. Σύστημα I, σ. 39.



στα έθιμά του, δίκαιο ως προς το οποίο η νομοθεσία δεσμεύεται. οφείλει να του δώσει μόνο μια καλύτερη, σιγουρότερη και εξωτερικά ευκολότερα αναγνωρίσιμη μορφή. Η πρωτοκαθεδρία του εθιμικού δικαίου διατηρείται έτσι και εδώ.

Η νομοθεσία ωστόσο αποτελεί κατά το Savigny το ένα από το δύο «όργανα» του λαϊκού δικαίου και ο νομοθέτης είναι και αυτός εκπρόσωπος του λαού κατά τη δημιουργία δικαίου. Ο νομοθέτης δεν βρίσκεται εκτός του έθνους, αλλά «μάλλον στο κέντρο του, έτσι ώστε να συγκεντρώνει το πνεύμα του, τα φρονήματά του και τις ανάγκες του και να πρέπει να τον αναγνωρίζουμε ως τον αληθινό εκπρόσωπο του λαϊκού πνεύματος».<sup>72</sup> Ως όργανο του λαϊκού δικαίου και του λαϊκού πνεύματος η νομοθεσία αποκτά επιρροή και στο περιεχόμενο του θετικού δικαίου. Κατ' αρχάς έχει εδώ τη λειτουργία μιας «συμπληρωματικής επιπρόθεσμης βοήθειας» ως «συνδρών αίτιο δημιουργίας» του θετικού δικαίου, σε εκείνες τις περιπτώσεις, όπου και το εθιμικό δίκαιο έχει την ίδια λειτουργία (ντεσιζιονιστικές νόρμες).

Σημαντικότερη από αυτή η λειτουργία της είναι η επιρροή της στην εξέλιξη του περιεχομένου του θετικού δικαίου. Όταν διαφορετικά ήθη και ανάγκες καθιστούν αναγκαία μια αλλαγή του θετικού δικαίου, ή όταν γίνει αναγκαία η εισαγωγή νέων δικαιοκτών θεσμών για τη διευθέτηση νεοδημιουργηθεισών έννομων σχέσεων, τότε αυτά τα καινούργια στοιχεία θα μπορούσαν να εισαχθούν στο θετικό δίκαιο με εκείνο τον τρόπο, κατά τον οποίο δημιουργήθηκε αρχικά το δίκαιο, δηλ. μέσω των δυνάμεων του λαϊκού πνεύματος. Η συμπλήρωση και η αλλαγή του δικαίου απ' αυτές τις δυνάμεις είναι ωστόσο κατά τον Savigny μια πολύ αργά εξελισσόμενη διαδικασία, έτσι ώστε θα υπάρξει αναγκαία μια μεταβατική περίοδος, στην οποία το δίκαιο θα είναι αβέβαιο. Αυτή την αβεβαιότητα του δικαίου έρχεται να εξαλείψει η νομοθεσία: η εκδήλωση του νόμου βάζει τέλος στην αβεβαιότητα και στο επισφαλές του δικαίου.<sup>73</sup> Κατά τα άλλα η νομοθεσία οφείλει να άρει

72. Σύστημα I, σ. 39, πράγμα που ισχύει ανεξάρτητα από το αν ο νομοθέτης είναι ένας ηγεμόνας, μια σύγκλητος ή μια από εκλογές αναδεδειγμένη συνέλευση.

73. Σύστημα I, σ. 41.

αντιφάσεις του υπάρχοντος δικαιοσύνης συστήματος, οι οποίες θα μπορούσαν να αρθούν μόνο μέσω μιας σκόπιμης παρέμβασης και όχι μέσω ενός «αργού γίγνεσθαι». Αυτό ισχύει ιδιαίτερα εκεί όπου το θετικό δίκαιο που εμπεριέχει τέτοιες αντιφάσεις έχει το ίδιο τη μορφή του νόμου – πράγμα που εμποδίζει την «αργά δρώσα εσωτερική εξέλιξη του δικαίου». <sup>74</sup> Η νομοθεσία ως πηγή δημιουργίας δικαίου αποκτά βέβαια μεγαλύτερη βαρύτητα στη δεύτερη βαθμίδα της ιστορικής εξέλιξης των λαών, όπου δεν είναι πια δυνατή η δημιουργία δικαίου μέσω της κοινής λαϊκής συνείδησης.

Η σχέση μεταξύ λαϊκού (εθιμικού) δικαίου και νόμου γίνεται έτσι όμως πολύπλοκότερη. Από τη μία η νομοθεσία δεσμεύεται από το περιεχόμενο του λαϊκού δικαίου και από τις τάσεις που διαφαίνονται σ' αυτό, από την άλλη ωστόσο αυτή η δέσμευση υποσκάπτεται, καθώς ο Savigny καθιστά τον νομοθέτη αρμόδιο να ερμηνεύει την κατεύθυνση της εξέλιξης του θετικού δικαίου μέσω των «σιωπηρά δρωσών δυνάμεων» του λαϊκού πνεύματος και να προεξοφλεί τα μελλοντικά αποτελέσματά της ως περιεχόμενο των νόμων. Ο νομοθέτης είναι έτσι αρμόδιος να ερμηνεύει αυτό από το οποίο δεσμεύεται.

Το ότι αυτή η ερμηνεία και προεξόφληση των αποτελεσμάτων της «εσωτερικής εξέλιξης» του δικαίου δύσκολα ελέγχεται και συνεπώς η επίδραση του νομοθέτη στο θετικό δίκαιο γίνεται πρακτικά απεριόριστη, είναι προφανές. Ο Savigny δεν φαίνεται ωστόσο να προβληματίζεται για το πώς θα μπορούσε να έχει νόημα μια τέτοια δέσμευση στην πράξη, προπάντων δε για το πώς θα έπρεπε να αντιμετωπισθεί ένας νόμος ο οποίος αντιφάσκει στο λαϊκό δίκαιο ή στη δικαιοσύνη συνείδηση του λαού. Μπορεί ωστόσο να υποστηριχθεί ότι ο Savigny ήταν της άποψης ότι ένας νόμος, ο οποίος στρέφεται εναντίον της «κοινής πεποίθησης» του λαού, χάνει στην πράξη την ισχύ του, επειδή δεν μπορεί να επηρεάσει τη «ζωή των ανθρώπων», καθώς κανείς δεν υπακούει σ' αυτόν. Η υπόθεση αυτή στηρίζεται σε έναν παραλληλισμό που κάνει ο ίδιος μεταξύ του σχηματισμού του δικαίου και του σχηματισμού της «τι-

---

74. Σύστημα I, σ. 41.

μής του χρήματος»: «Η τιμή του χρήματος διαμορφώνεται από τη γνώμη του λαού, ο οποίος εδώ εκπροσωπείται από την τάξη των εμπόρων κατά παρόμοιο τρόπο, όπως εκεί από την τάξη των νομικών, έτσι ώστε η γνώμη των εμπόρων να διαμορφώνει τις περισσότερες φορές την τιμή... Τώρα θα μπορούσε να εμφανισθεί ο συγγραφέας μας [εννοεί εδώ τον Göpner] και να επιβεβαιώσει στους μονάρχες, ότι εκείνο είναι μια αντάρτικη αλαζονεία, ότι μόνον αυτοί ως νομοθέτες θα είχαν το δικαίωμα να καθορίσουν την τιμή. Και αυτό είναι αληθές με την έννοια ότι πράγματι ο λαός και οι έμποροι δεν έχουν κανένα εξωτερικό, συνταγματικό δικαίωμα για τέτοια βουλεύματα. Το αν όμως η κυβέρνηση θα έκανε καλά να επιβάλει εδώ την αυθαιρεσία της, θα φανεί σε ένα etwa aufzustellende πείραμα στα οικονομικά του κράτους που θα μπορούσε να επιχειρηθεί, πείραμα που ματαιώνεται ωστόσο με την ακατάλληλη διαπραγμάτευση του αστικού δικαίου».<sup>75</sup>

Σύμφωνα μ' αυτόν τον παραλληλισμό ένας νόμος, ο οποίος εξελίσσει το περιεχόμενο του υπάρχοντος θετικού δικαίου και συνεπώς ένας νόμος που το αλλάζει, είναι πάντα ένα είδος «πειράματος» – επιτυχημένο είναι το πείραμα τότε μόνον, όταν ανταποκρίνεται στην «κοινή πεποίθηση» του λαού. Εδώ βρίσκει κανείς τη θεωρητική κατασκευή που στηρίζει τη δυσπιστία του Savigny απέναντι σε κάθε νομοθεσία<sup>76</sup> που αλλάζει το υπάρχον δίκαιο, δηλ. απέναντι σε κάθε πολιτική μεταρρυθμιστική νομοθεσία. Το τεκμήριο της νομιμοποίησης βρίσκεται πάντα με την πλευρά του ήδη υπάρχοντος ισχύοντος δικαίου, ενώ ο πολιτικός νομοθέτης είναι ύποπτος για «αυθαιρεσίες».

Γενικά η θεωρία του Savigny περί δημιουργίας δικαίου, η διδασκαλία περί λαϊκού πνεύματος, στρέφεται κατά της νομοθετικής δραστηριότητας της πολιτικής. Η θέση περί της «κοινής λαϊκής συνείδησης» ως της αληθούς πηγής κάθε δικαίου και περί της πρωταρχικής μορφής του ως εθιμικού δικαίου στο «Περί του επαγγέλματος» στρέφεται εναντίον της θεωρίας περί δημιουργίας του δικαίου από τη βούληση του νομοθέτη. Δεν είναι τυχαίο ότι

75. Göpner-Rez, σ. 128

76. Πρβλ. Περί του επαγγέλματος, σ. 106, 164 επ.

ο Savigny στο «Περί του επαγγέλματος» αλλά και σε άλλα έργα, δεν μιλά για τη βούληση/θέληση του νομοθέτη, αλλά πάντα για την «υποκειμενική βούλησή» του. Απέναντι σ' αυτή την υποκειμενικότητα του νομοθέτη, η οποία απειλεί να καταστρέψει το θετικό δίκαιο, προτείνεται η θέση περί της (από το λαϊκό πνεύμα εγγυημένης) «εσωτερικής αναγκαιότητας» και «εσωτερικής εξέλιξης» του δικαίου. Στόχος είναι εδώ να δειχθεί το γεγονός και ο τρόπος δημιουργίας του δικαίου «χωρίς πραγματική βούληση και πρόθεση.»<sup>77</sup>

Υπό αμφισβήτηση δεν τίθεται η νομιμοποίηση της «γνώμης του λαού ή των εμπόρων»<sup>78</sup> – αλλά η νομιμοποίηση του νομοθέτη να αλλάξει το θετικό δίκαιο ενάντια στη γνώμη των προηγούμενων. Για την υπόθεση της ορθότητας του θετικού δικαίου ο Savigny φέρνει έτσι δύο επιχειρήματα. Το πρώτο προέρχεται από τη θεωρία περί λαϊκού πνεύματος και περί των «σιωπηρά δραστών δυνάμεων». Το δεύτερο αναφέρεται στη δραστηριότητα του θετικού δικαίου κατά τη ρύθμιση των έννομων σχέσεων. Ένας κανόνας δικαίου, ο οποίος πράγματι ρυθμίζει τη «ζωή των ανθρώπων», ο οποίος δηλ. έχει επιβληθεί στην πράξη, έχει ταυτόχρονα, με αυτό τον τρόπο, αναδειχθεί ως δίκαιο. Απέναντι σε αυτόν κάθε κανόνας δικαίου, ο οποίος απλώς οφείλει να ισχύει, εμφανίζεται ως μεταρρυθμιστικός κανόνας που απλώς καταστρέφει υπάρχον δίκαιο, χωρίς ο ίδιος να έχει αναδειχθεί ως δίκαιο, χωρίς δηλ. να έχει αποδείξει την ικανότητά του για πραγματική ρύθμιση των έννομων σχέσεων.

Αυτό το τελευταίο επιχείρημα, που αναδεικνύει την απλή ισχύ και δραστηριότητα του δικαίου σε νομιμοποιητική βάση, φέρνει τον Savigny κοντά στον Hugo. Από αυτόν διαχωρίζεται μέσω της θεωρίας περί του λαϊκού πνεύματος, μέσω του ισχυρισμού της «εσωτερικής αναγκαιότητας» του θετικού δικαίου. Αν όμως η νομιμοποίηση του θετικού δικαίου έγκειται στο ότι το δίκαιο αυτό δημιουργείται ως έκφραση ενός μυστικιστικά-θεολογικά συντεταγμένου λαϊκού πνεύματος και αν αυτή η δημιουργία δικαίου

---

77. Περί του επαγγέλματος, σ. 104 (υπογράμμιση δική μου).

78. Gönner-Rez., σ. 129 επ.

εξυψώνεται σε δημιουργία δικαίου με «εσωτερική αναγκαιότητα» ακριβώς λόγω της έλλειψης της «πρόθεσης» και της «υποκειμενικής βούλησης», τότε είναι φανερό ότι η δημιουργία δικαίου μέσω της νομοθεσίας ποτέ δεν θα μπορούσε από μόνη της να αποκτήσει την αναγκαία νομιμοποίηση. Η τελευταία δεν μπορεί ποτέ να πραγματοποιηθεί χωρίς «πρόθεση», «επενέργεια» και «υποκειμενική βούληση»,<sup>79</sup> χωρίς συνειδητή αξιολόγηση και χωρίς μια διαμορφώνουσα και επιφέρουσα την τάξη βούληση. Σε κάθε νομοθεσία είναι προσκολλημένο έτσι το ψεγάδι μιας αυθαιρεσίας, που οφείλει να νομιμοποιηθεί, αλλά που ποτέ δεν μπορεί να νομιμοποιηθεί εντελώς, παρά μόνον εκ των υστέρων. Ακριβώς γι' αυτό το λόγο ο Savigny θεωρεί ότι μπορεί να αποκόψει τη νομική επιστήμη από την πολιτική και να θεμελιώσει την πρώτη όσο το δυνατόν ανεξάρτητα από τη δεύτερη.

Η νομιμοποίηση και η αναγκαιότητα της πολιτικής και κάποιων μεμονωμένων μεταρρυθμίσεων φαίνεται όμως να γίνεται αποδεκτή από τον Savigny. Στις τελευταίες παράγραφους του «Συστήματος» θέτει ρητά το ερώτημα, αν πολιτικοί μεταρρυθμιστικοί νόμοι, οι οποίοι «καταστρέφουν ή μεταποιούν κεκτημένα δικαιώματα... είναι παράνομοι και καταδικαστέοι» και επιβεβαιώνει τη νομιμότητά τους παίρνοντας ως παράδειγμα νόμους οι οποίοι αίρουν τη δουλοπαροικία και τη δεκάτη. Τέτοιοι νόμοι, που μαζί με τα δικαιώματα των μεμονωμένων ενδιαφερομένων αίρουν και τον ίδιο το δικαιοθεσμό, αποτελούν κατ' αυτόν μια ιδιαίτερη τάξη νόμων, επειδή «έχουν τις ρίζες τους πέραν του καθάρου δικαιοκού πεδίου, και συσχετίζονται με ηθικούς, πολιτικούς και οικονομικούς λόγους».<sup>80</sup> Ο βασικός νομιμοποιητικός λόγος είναι βέβαια μια μεταβολή της δικαιοσύνης του λαού, η οποία έχει ήδη λάβει χώραν. Αυτό ισχύει κατά τον Savigny ιδιαίτερα στην περίπτωση της δουλείας,<sup>81</sup> ενώ στην άρση της δεκάτης έχουμε να κάνουμε με μια αλλαγή της λαϊκής συνείδησης, η οποία βρίσκεται σε εξάρτηση με μια αλλαγή των μορφών της πα-

79. Πρβλ. Περί του επαγγέλματος, σ. 104 επ.

80. Σύστημα VIII, σ. 517.

81. Σύστημα VIII, σ. 534 επ.

ραγωγής στην αγροτική οικονομία<sup>82</sup>. Ο Savigny φαίνεται εδώ πρόθυμος να αναγνωρίσει τη νομιμότητα αυτών των νόμων, ακόμα και αν η αλλαγή της λαϊκής συνείδησης δεν επιτελέσθηκε σιγά-σιγά και απαρατήρητα, αλλά ως συνέπεια μιας «βίαιης πνευματικής διατάραξης».<sup>83</sup> Επιπλέον δεν αναγνωρίζει και την αναγκαιότητα τέτοιων νόμων. Γιατί δεν αρκεί να θεωρούνται τέτοιοι δικαιοί θεσμοί ως «μιαρότητες, ηθικές αισχροτήτες, αδικίες, οι οποίες δεν έχουν καθεαυτές δικαιοική υπόσταση» και να δοθεί στους κρατικούς φορείς η αρμοδιότητα να τους άρουν στην πράξη. Για τέτοιους σημαντικούς θεσμούς είναι αναγκαίος ο ξεκάθαρος πολιτικός λόγος του νομοθέτη. Τέλος, θέτει όλα αυτά τα ερωτήματα εκτός του «απόλυτου εδάφους του δικαίου», τα προσάπτει στην πολιτική και υπογραμμίζει την ανάγκη να επιδειχθεί εδώ «σύνεση και μετριοσμός».<sup>84</sup>

Ο Savigny αναγνωρίζει λοιπόν εκείνη την ιδιαίτερη λειτουργία της νομοθεσίας που διαμορφώνει το δίκαιο και σε ορισμένες περιπτώσεις την θεωρεί και απαραίτητη. Ο λόγος όμως αυτής της αναγνώρισης δεν προκύπτει από την εξέταση της ορθότητας του περιεχομένου του νέου δικαίου ή από την «απόλυτη αδικία» του υπάρχοντος δικαίου (για παράδειγμα του θεσμού της δουλείας), αλλά από το γεγονός της αλλαγής της δικαιοικής συνείδησης του λαού.<sup>85</sup> Ως προς αυτή η νομοθεσία οφείλει να συμπεριφέρεται παθητικά-καταφατικά.

Η αναγνώριση της πολιτικής από τον Savigny είναι και για έναν άλλο λόγο συνεπής προς τη θεωρία του. Σύμφωνα με τη «διπλή αρχή ζωής» του δικαίου, η νομική επιστήμη είναι αρμόδια μόνο για το τεχνικό, όχι όμως και για το πολιτικό στοιχείο του δικαίου. Οι προσπάθειες του Savigny κινούνται βέβαια προς την κατεύθυνση της θεμελίωσης της νομικής επιστήμης και όχι της πολιτικής, εντούτοις είναι προφανές, ότι η πρώτη λόγω της απο-

---

82. Σύστημα VIII, σ. 535.

83. Σύστημα VIII, σ. 535· προφανώς ο Savigny έχει εδώ κατά νου τη γαλλική επανάσταση.

84. Σύστημα VIII, σ. 538.

85. Πρβλ. Σύστημα I, σ. 41 και Σύστημα VIII, σ. 535.

κλειστικής ενασχόλησής της με το τεχνικό-επιστημονικό στοιχείο είναι αναγκασμένη να προϋποθέτει εκείνα τα «βασικά χαρακτηριστικά» του δικαίου που συνεχίζουν να ζουν στη συνείδηση του λαού, δηλαδή κάποιες αναπόφευκτες αξίες/αξιολογήσεις και έτσι έμμεσα την πολιτική. Σημαντικό όμως είναι εδώ ότι αυτές οι αξιολογήσεις που αποτελούν το περιεχόμενο του πολιτικού στοιχείου σε αντίθεση προς το τεχνικό στοιχείο, δεν είναι για τον Savigny προσιτές σε μια ορθολογική επεξεργασία και συνεπώς ούτε σε μια επιστημονική. Πρέπει μάλλον να θεωρηθούν ως απλά –αν και με ιστορικό τρόπο διαπιστώσιμα– γεγονότα. Η «εσωτερική τους αναγκαιότητα», η νομιμοποίησή τους δεν θεμελιώνεται από τον Savigny, αλλά τίθεται ως ισχύουσα στη μυστικιστικά-θεολογικά χρωματισμένη θεωρία περί δημιουργίας δικαίου. Μια –ασθενής βέβαια– νομιμοποίηση μπορεί να τους δοθεί από το μακρόχρονο ιστορικό τους γίνεσθαι: ως ιστορικά διαμορφωμένα και ιστορικά αναφυέντα. Απέναντι σ' αυτά η πολιτική βρίσκεται κάτω από διαρκή πίεση για νομιμοποίηση, γιατί δεν μπορεί να έχει ούτε καν αυτή την ιστορικιστική νομιμοποίηση.

Για τη θεμελίωση της νομικής επιστήμης ως επιστήμης αυτό σημαίνει ότι οφείλει να αποχωρίσει όσο το δυνατόν καλύτερα το τεχνικό-επιστημονικό στοιχείο του δικαίου από το πολιτικό-αξιολογικό του στοιχείο. Ο Savigny επιλέγει για το σκοπό αυτό μια διπλή στρατηγική: από τη μια προσπαθεί να οριοθετήσει ένα «καθαρό» επιστημονικό δικαικό πεδίο, το οποίο θα είναι απρόσβλητο στις παρεμβάσεις του πολιτικού νομοθέτη, από την άλλη –επειδή δεν μπορεί να επιτευχθεί ένας πλήρης διαχωρισμός και μια πλήρης ανεξαρτησία του τεχνικού από το πολιτικό– να αναγάγει το πολιτικό στοιχείο σε μερικές γενικά διατυπωμένες βασικές αρχές, οι οποίες ως ιστορικά νομιμοποιημένες θα προσφέρουν στο επιστημονικό δίκαιο τις αναγκαίες αξιολογήσεις. Επιπλέον πρέπει να αποδεχθεί την ύπαρξη ενός «μεικτού» δικαικού πεδίου, στο οποίο η παρέμβαση του νομοθέτη να είναι δυνατή και σε ορισμένες περιπτώσεις μάλιστα επιθυμητή.

---

### 3. Το γενικό και το ιδιαίτερο στοιχείο του δικαίου

---

Η θεωρία του Savigny περί δημιουργίας δικαίου κυριαρχείται, όπως είδαμε, από τη θεωρία περί λαϊκού πνεύματος, περί της πνευματικής κοινότητας του λαού και των δυνάμεων που δρουν μέσα σε αυτήν, που δημιουργούν την κουλτούρα συνολικά και το δίκαιο ως μέρος της. Συνοψίζεται στη θέση ότι κάθε δίκαιο είναι δεδομένο θετικό δίκαιο και ότι το θετικό δίκαιο είναι «εκπόρευση» και «απόρροια» του λαϊκού πνεύματος και ως τέτοιο αδιάρρηκτα συνυφασμένο με την ιδιαίτερη ατομικότητα του λαού. Το δίκαιο είναι θετικό και ως τέτοιο λαϊκό, εθνικό, *ιδιαιτέρο* (*individuelles*) δίκαιο. Αυτή η θεωρία ωστόσο συμπληρώνεται και σχετικοποιείται από μια άλλη, η οποία θέτει στο κέντρο της ανάλυσης το γενικό στοιχείο του δικαίου που συμπεριλαμβάνεται σε κάθε θετική έννομη τάξη-θεωρία η οποία, τουλάχιστον ως προς την ορολογία της, αφήνει να διαφανεί η εγγύτητά της προς τις φυσικοδικαιικές θεωρίες.

Η άποψη ότι το «ιδιαιτέρο λαϊκό πνεύμα» και ο ιδιαίτερος λαός είναι οι δημιουργοί και οι φορείς του θετικού δικαίου, είναι κατά τον Savigny μόνο φαινομενικά αντίθετη με την άποψη ότι το κοινό «ανθρώπινο πνεύμα» είναι ο δημιουργός και ο φορέας του. Για το λόγο αυτό ο Savigny προσπαθεί μάλλον να συμφιλιώσει τις δύο θέσεις: «Αυτό το οποίο δρα στον μεμονωμένο λαό, είναι μόνον το γενικό ανθρώπινο πνεύμα, το οποίο αποκαλύπτεται σ' αυτόν με έναν ιδιαίτερο (*individuelles*) τρόπο.<sup>86</sup> Τονίζει εδώ, ότι η δημιουργία δικαίου δεν επιτελείται μόνο μέσω ενός βαθμιαίου, ανεξάρτητου από την κοινωνική πράξη, γίνεσθαι από το λαϊκό πνεύμα, αλλά απαιτεί και ένα «κοινό πράττειν».<sup>87</sup> Το τελευταίο όμως μπορεί να λάβει χώρα μόνον εκεί, όπου η «πνευματική κοινότητα» και η «κοινότητα του σκέπτεσθαι και του πράττειν»<sup>88</sup> δεν είναι απλά και μόνο μια δυνατότητα –όπως για τη συνολική ανθρωπότητα– αλλά ταυτόχρονα πραγματικότητα, και αυτό πάλι ισχύει μόνο μέσα στα

---

86. Σύστημα I, σ. 21.

87. Σύστημα I, σ. 21.

88. Σύστημα I, σ. 21.



όρια των μεμονωμένων λαών.<sup>89</sup> Έτσι και η δημιουργία του θετικού δικαίου ως πράττειν μπορεί να πραγματοποιηθεί μόνον από το ιδιαίτερο (individuelles) λαϊκό πνεύμα, μόνον από τους μεμονωμένους λαούς. Από την άλλη πλευρά όμως σε κάθε εθνικό δίκαιο αντιλαμβανόμαστε «την έκφραση μιας γενικής ανθρώπινης ορμής για δημιουργία [Bildungstrieb], έτσι ώστε οι διάφορες θετικές έννομες τάξεις να μην μπορούν να αναχθούν ολοκληρωτικά στην ιδιαιτερότητα των ατομικών [individuellen] λαών».<sup>90</sup>

Οι εκφράσεις αυτής της «γενικής ανθρώπινης ορμής για δημιουργία» ή του «γενικού ανθρώπινου πνεύματος» αποτελούν αυτό που ο Savigny αποκαλεί το «γενικό» ή το «φιλοσοφικό στοιχείο» του δικαίου. Ήδη στην κριτική του για το κείμενο του Göpner, «Περί νομοθεσίας και νομικής επιστήμης στην εποχή μας», αποδέχεται –αν και ο κύριος στόχος του είναι ο τονισμός του ιδιαίτερου, λαϊκού, εθνικού στοιχείου– την ύπαρξη ενός γενικού στοιχείου στο θετικό δίκαιο.<sup>91</sup> Στο «Σύστημα» πλέον περνά αναλυτικότερα στον καθορισμό του. Αν εξετάσουμε, λέει, την υφή του περιεχομένου του λαϊκού δικαίου, τότε θα βρούμε σ' αυτό «ένα διπλό στοιχείο: ένα ιδιαίτερο (individuelles), το οποίο προσήκει κατά ιδιαίτερο τρόπο σε κάθε λαό, και ένα γενικό, το οποίο στηρίζεται στην κοινότητα της ανθρώπινης φύσης».<sup>92</sup> Τα δύο αυτά στοιχεία βρίσκουν την πρέπουσα επιστημονική αναγνώρισή τους στην ιστορία και στη φιλοσοφία του δικαίου αντιστοίχως. Τα προβλήματα δημιουργούνται για τον Savigny από το εγειρόμενο αίτημα αποκλειστικής κυριαρχίας του ενός από τους δύο κλάδους. Η μονομερής κυριαρχία της ιστορίας του δικαίου μετατρέπει το περιεχόμενο του δικαίου σε κάτι το τυχαίο και το αδιάφορο, περιορίζει τη νομική επιστήμη στην παρατήρηση της απλής ύπαρξής του και παραγνωρίζει κάθε «ανώτερο στόχο» του. Η μονομερής αναγνώριση του γενικού φιλοσοφικού στοιχείου και της φιλοσοφίας του δικαίου οδηγεί στη διατύπωση ενός «πάνω από κάθε θετικό δίκαιο αιωρούμενου κα-

89. Σύστημα I, σ. 21.

90. Σύστημα I, σ. 21.

91. Πρβλ. Göpner-Rez., σ. 42.

92. Σύστημα I, σ. 52 (υπογράμμιση δική μου).

νονικού δικαίου», του φυσικού δικαίου, το οποίο όμως δεν έχει καμιά πραγματικότητα.<sup>93</sup> Το ζητούμενο είναι για τον Savigny μια Rechtsdogmatik, η οποία θα έπρεπε να βρίσκεται μεταξύ των δύο κλάδων, και η οποία θα ήταν σε θέση να καταστήσει και τους δυο γόνιμους για μια συστηματική νομική επιστήμη.<sup>94</sup> Η ανεύρεσή της προϋποθέτει ωστόσο έναν ακριβέστερο καθορισμό της σχέσης των δύο αυτών στοιχείων. Ακριβώς εδώ όμως οι παρατηρήσεις του Savigny παραμένουν αφηρημένες: «Και τις δύο παραπλανήσεις θα τις αποφύγουμε, αν υποθέσουμε μια γενική αποστολή (καθήκον, Aufgabe), η εκπλήρωση της οποίας κατά έναν ιδιαίτερο τρόπο, αποτελεί την ιστορική αποστολή των μεμονωμένων λαών».<sup>95</sup>

Η γενική αποστολή του δικαίου έγκειται στον «ηθικό προορισμό της ανθρώπινης φύσης..., έτσι όπως αυτός παρουσιάζεται στη χριστιανική άποψη περί ζωής».<sup>96</sup> Η σύνδεση του γενικού στοιχείου του δικαίου με τη «χριστιανική άποψη περί ζωής» δικαιολογείται με την επισήμανση της ιστορικής αποτελεσματικότητας (Wirksamkeit) της τελευταίας. Το χριστιανισμό «δεν οφείλουμε να τον αναγνωρίσουμε μόνον εμείς ως κανόνα ζωής, αλλά έχει πράγματι μεταβάλλει τον κόσμο, έτσι ώστε όλες οι σκέψεις μας, όσο και να φαίνονται ξένες ή εχθρικές απέναντί του, εντούτοις να κυριαρχούνται και να διεισδύονται απ' αυτόν».<sup>97</sup> Πιο συγκεκριμένα, το γενικό στοιχείο του δικαίου προσδιορίζεται στη δυνατότητα μιας απόλυτης αντίθεσης μεταξύ ιδιαίτερου και γενικού στοιχείου, ως η αναγνώριση της «παντού ίδιας ηθικής αξιοπρέπειας και ελευθερίας του ανθρώπου» και η εξασφάλισή της με τη βοήθεια των αντίστοιχων δικαιοκτών θεσμών και εκείνων των δικαιοκτών κανονισμών που προκύπτουν από αυτούς.<sup>98</sup>

Αξιοπρόσεκτο είναι κατ' αρχάς ότι ο Savigny από τη μια ανάγει το γενικό στοιχείο του δικαίου στην «κοινότητα της αν-

---

93. Σύστημα I, σ. 52 επ.

94. Πρβλ. παρακάτω στο κείμενο αυτό.

95. Σύστημα I, σ. 53.

96. Σύστημα I, σ. 53.

97. Σύστημα I, σ. 53 επ. (υπογράμμιση δική μου).

98. Πρβλ. Σύστημα I, σ. 55: «Σ' αυτή την αντίθεση, το ιδιαίτερο ή το εθνικό στοιχείο, και κάθε τι το επιμέρους που εμπεριέχεται στη λογική του συνέπεια μας φαίνεται

θρώπινης φύσης», δηλαδή σε μια υπέρ-ιστορική σταθερά, και ιδιοποιείται έτσι μια προφανώς φυσικοδικαιική θέση, από την άλλη ωστόσο, εκεί όπου συνδέει αυτό το στοιχείο με τον χριστιανισμό, δεν επιχειρηματολογεί με την ορθότητα, την αιώνια αλήθεια ή το απροσπέλαστο των περιεχομένων της χριστιανικής θρησκείας, αλλά με την ιστορική κυριαρχία της, με το γεγονός του ιστορικά επιτευχθέντος επηρεασμού της σκέψης μας από τη χριστιανική κοσμοθεωρία.<sup>99</sup> Αν όμως η «γενική αποστολή» του δικαίου στηρίζεται ουσιαστικά στην ιστορική κυριαρχία του χριστιανισμού, τότε θα μπορούσε να γίνεται λόγος περί αυτής μόνο αναφορικά προς το μετα-χριστιανικό θετικό δίκαιο και όχι –όπως στον Savigny– αναφορικά προς κάθε θετική έννομη τάξη. Το τελευταίο θα ήταν δυνατόν μόνο μέσω της υπόθεσης ότι η «χριστιανική άποψη περί ζωής» ή τα κανονιστικά περιεχόμενα του χριστιανισμού, αν και εμφανίζονται σε μία συγκεκριμένη ιστορική στιγμή, εντούτοις έχουν υπεριστορική ισχύ. Αυτό θα σήμαινε βέβαια, ότι μια εποχή (εδώ η μετά-χριστιανική) θα επιτρεπόταν να επίβάλλει τα κριτήριά της σε όλες τις άλλες εποχές ως δεσμευτικά – πράγμα που ο Savigny το έχει ήδη χαρακτηρίσει ως «ιστορικό εγωισμό» του παρόντος, για τον οποίο έχει κατηγορήσει τους εκπροσώπους της φυσικοδικαιικής σχολής.<sup>100</sup>

---

ως το γράμμα του νόμου (*jus strictum, ratio juris*): σε μια τέτοια ολοκλήρωση [*Abgeschlossenheit*] είναι ατελές και περιορισμένο, έχει όμως την ικανότητα να συμπεριλάβει με την πάροδο του χρόνου όλο και περισσότερο τις προς αυτό συγγενικές γενικές αρχές και να διευρυνθεί μ' αυτές. – Το γενικό στοιχείο αντίθετα εμφανίζεται πάλι σε διάφορες μορφές. Πιο καθαρά και πιο άμεσα, στο βαθμό που επιδρά σ' αυτό η ηθική φύση του δικαίου γενικά: δηλαδή η αναγνώριση της ίδιας παντού ηθικής αξιοπρέπειας και ελευθερίας του ανθρώπου, η περιβολή αυτής της ελευθερίας με δικαιοκούς θεσμούς, με όλα αυτά που προκύπτουν με πρακτική συνέπεια από τη φύση και τον προορισμό αυτών των θεσμών και που οι νεότεροι το αποκαλούν φύση του πράγματος [*Natur der Sache*]

99. Για την αναγνώριση του χριστιανισμού ως «γεγονότος» πρβλ. ήδη Fr. Zwißgmeyer, *Die Rechtslehre Savignys. Eine rechtsphilosophische und geistesgeschichtliche Untersuchung*, Λειψία, 1929, σ. 36, επίσης J.E. Toews, «The genesis and transcendent goal of law: Savigny, Stahl and the ideology of the christian German state», *American Journal of Comparative Law*, τόμ. 37, 1989, σσ. 139-169, 149 επ.

100. Πρβλ. F.C.v. Savigny, «Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft», [*Über den Zweck*], εις: *Vermischte Schriften*, τόμ. I, σσ. 109, 112.

Στο ίδιο ερμηνευτικό πρόβλημα προσκρούει κανείς, αν προσπαθήσει να συναγάγει συμπεράσματα από τις παραπάνω αποφάνσεις του Savigny για το status εκείνων των δικαιοκτών θεσμών, οι οποίοι οφείλουν να «περιβάλλουν» την αξιοπρέπεια και την ελευθερία του ανθρώπου. Τουλάχιστον διαισθητικά τείνει κανείς να προσδώσει σ' αυτούς τους θεσμούς –επειδή ακριβώς βρίσκονται σε άμεση σχέση με τη γενική αποστολή κάθε θετικού δικαίου– μια πιο θεμελιακή θέση σε σχέση με τους υπόλοιπους δικαιοκτούς θεσμούς. Αν το αίτημα της αναγνώρισης της «παντού ίδιας ηθικής αξιοπρέπειας και ελευθερίας του ανθρώπου» αποτελεί τη γενική αποστολή κάθε έννομης τάξης, τότε θα ήταν εύλογο να αξιολογήσουμε τις υπάρχουσες έννομες τάξεις, με κριτήριο το βαθμό επίτευξης της αποστολής αυτής. Η ύπαρξη ή η ανυπαρξία τέτοιων θεσμών, η ανάπτυξή τους και ο βαθμός διεύθυνσης της συνολικής έννομης τάξης από αυτούς θα αποτελούσαν βασικό κριτήριο της αξιολόγησής τους. Το γεγονός ότι ο Savigny δεν κάνει αυτό το βήμα γεννά το ερώτημα, κατά πόσον η αναγνώριση της ηθικής αξιοπρέπειας και ελευθερίας του ανθρώπου αποτελεί πράγματι για τον Savigny ένα καθολικά ισχύον αίτημα του Λόγου, μια a priori ιδέα του δικαίου, ή κατά πόσον θα πρέπει μάλλον να κατανοηθεί επίσης ιστοριστικιστικά: ως μια επαγωγικά –π.χ. από τη σύγκριση των διαφόρων θετικών δικαίων– συναγόμενη καθολικότητα του δικαίου.

Παρόμοιες δυσκολίες παρουσιάζει το πρόβλημα της σύνδεσης του γενικού στοιχείου του δικαίου με τη θεωρία περί δημιουργίας δικαίου από το λαϊκό πνεύμα. Ο λόγος περί «αποστολής» του δικαίου αφήνει να εννοηθεί, ότι το γενικό στοιχείο του δικαίου δεν κατανοείται μόνον ως ένα ιστορικό γεγονός (χριστιανισμός), αλλά έχει και μια κανονιστική λειτουργία. Απέναντι στη νομοθεσία ο ισχυρισμός αυτής της κανονιστικής λειτουργίας γίνεται μάλιστα σαφής.<sup>101</sup> Τι ισχύει όμως για τη σχέση μεταξύ του γενικού στοιχείου και του εθνικού δικαίου; Αν το δίκαιο δημιουργείται από τη μια πλευρά ως έκφραση του λαϊκού πνεύματος, θα πρέπει από την άλλη να είναι εγγυημένο, ότι το λαϊκό δίκαιο

---

101. Σύστημα I, σ. 56.

-προπάντων στην πρωταρχική του μορφή ως εθιμικό δίκαιο- δεν θα αντιφάσκει προς τη γενική αποστολή του, τον «ανώτερο στόχο» του. Με άλλα λόγια: είναι σύμφωνα με τον Savigny δυνατόν να δημιουργηθεί ως απόρροια του λαϊκού πνεύματος ένα εθιμικό δίκαιο, το οποίο να μην προωθεί την ηθική αξιοπρέπεια και ελευθερία του ανθρώπου ή ακόμα και να τις αποκλείει; Αν κάτι τέτοιο ήταν δυνατόν, τότε η αναγνώριση μιας γενικής αποστολής κάθε θετικού δικαίου, ενός περιεχομενικού δέοντος (Sollen), θα σήμαινε έναν περιορισμό της νομιμοποιητικής λειτουργίας του λαϊκού πνεύματος (και του εθιμικού δικαίου). Ενώ αρχικά κάθε θετικό δίκαιο εμφανιζόταν ως αναμφισβήτητα νομιμοποιημένο λόγω της προέλευσής του από το λαϊκό πνεύμα, τίθεται τώρα μια απαίτηση περιεχομένου προς αυτό: πρέπει να προωθεί την «ηθικότητα» του ανθρώπου, την αξιοπρέπεια και την ελευθερία του ή τουλάχιστον να μην αντιφάσκει σε αυτές.

Το γεγονός ότι ο Savigny δεν θέτει καν αυτό το ζήτημα, υποδηλώνει ότι για τον ίδιο θα πρέπει να υπάρχει μια υπόρρητη εγγύηση, η οποία θα έκανε εξ αρχής αδύνατη την ύπαρξη ενός «ανήθικου λαϊκού δικαίου». Πράγματι υπάρχει μια τέτοια διπλή εγγύηση. Κατ' αρχάς μπορεί να υπενθυμιστεί ο τρόπος κατά τον οποίο ο Savigny κατανοεί την ιστορία. Η ιστορία είναι, για τον Savigny, από την μια η ιστορία των μεταξύ τους ανεξάρτητων ιδιαίτερων (individuell) λαϊκών πνευμάτων και λαών, με τις εκδηλώσεις τους στο δίκαιο, στη γλώσσα, στα ήθη και έθιμα, στο σύνταγμα κ.α., από την άλλη αποτελεί εκπόρευση του θεού στον κόσμο. Έτσι όπως η ιστορία του επιμέρους λαού ξεκινά με μια θεϊκή αποκάλυψη απευθυνόμενη ειδικά σε αυτόν, έτσι η συνολική ιστορία μπορεί να θεωρηθεί ως η επαναλαμβανόμενη αποκάλυψη του θεού στους επιμέρους λαούς.<sup>102</sup> Αν τώρα το θετικό δίκαιο, ακριβώς όπως η γλώσσα, είναι δοσμένο για κάθε λαό από την αρχή της ιστορίας του μέσω της αποκάλυψης, τότε η περιεχομενική απαίτηση για τήρηση και προώθηση της ηθικότητας δεν είναι ένας περιορισμός του θετικού δικαίου που προέρχεται άμεσα από το λαϊκό πνεύμα, γιατί του είναι εξ αρχής έμφυτη. Εδώ φαί-

---

102. Πρβλ. Σύστημα VII, σ. VI.

νεται η σημασία της πρωτοκαθεδρίας του εθιμικού δικαίου έναντι όλων των άλλων μορφών δικαίου. Γιατί αν η τήρηση και η προώθηση της ηθικότητας είναι για τη νομοθεσία ένα δέον, αποστολή και σκοπός, τότε σε σχέση με το εθιμικό δίκαιο μπορεί να κατανοηθεί μόνον ως ένα είναι. Το γενικό στοιχείο εμπεριέχεται εδώ στο βαθμό που η θεϊκή αποκάλυψη θεώρησε κάτι τέτοιο ως αναγκαίο. Ταυτόχρονα μια αξιολόγηση των διαφόρων ιστορικών εννόμων τάξεων με κριτήριο το βαθμό επίτευξης της γενικής αποστολής του δικαίου είναι κατά βάση αδύνατη, γιατί θα σήμαινε τη δυνατότητα αξιολόγησης των πράξεων της θεϊκής αποκάλυψης, τα σχέδια της οποίας σύμφωνα με τον Savigny εμείς οι άνθρωποι δεν μπορούμε να τα γνωρίζουμε.<sup>103</sup> Έτσι όμως το γενικό στοιχείο του δικαίου χάνει εκείνη τη λειτουργία που θα είχε σε μια φυσικοδικαιικά προσανατολισμένη θεωρία, να αποτελέσει δηλ. το καθολικό κριτήριο νομιμοποίησης και κριτικής των ιστορικών δικαίων.

Το άλλο σκεπτικό που εμποδίζει την εμφάνιση μιας αντίφασης μεταξύ της ιδέας μιας γενικής θεωρίας του δικαίου και της θεωρίας περί λαϊκού πνεύματος, είναι ότι η γνώση μας περί του γενικού στοιχείου εξαρτάται από το βαθμό γενικότητας του δικαίου που έχει ήδη επιτευχθεί σε μια συγκεκριμένη εποχή. Επειδή το σχέδιο της θεϊκής αποκάλυψης παραμένει άγνωστο για τον άνθρωπο και επειδή ούτε το αληθές των περιεχομένων της ούτε τα περιεχόμενά της αυτά καθεαυτά, μπορούν να διευκρινισθούν περαιτέρω, μπορούμε να συναγάγουμε σχετικά συμπεράσματα μόνο μέσω των εξωτερικεύσεών της. Έτσι όπως η ύπαρξη του λαϊκού πνεύματος που δρα μέσα σε κάθε μεμονωμένο μέλος του λαού μπορεί να συναχθεί μόνο μέσω του ότι πράγματι είναι σε θέση να επιφέρει την «πνευματική κοινότητα» και την «κοινή συνείδηση» ενός λαού μέσω των αντιληπτών εξωτερικεύσεών του, έτσι και η υπόθεση ενός «γενικού ανθρώπινου πνεύματος μπορεί να στηριχθεί μόνο σε εκείνες τις γενικές αρχές του δικαίου που γίνονται αντιληπτές κατά τη σύγκριση των διαφόρων ιστορικών έννομων τάξεων. Αν όμως το γενικό στοιχείο, (οι βασικές αρχές του δικαίου) δεν συνάγεται παρά μόνον επαγωγικά, τότε γι' αυ-

---

103. Πρβλ. π.χ. Σύστημα I, σ. 80.

τό ακριβώς το λόγο δεν θα μπορεί να αποτελεί υπέρ-ιστοριστικό και απόλυτο κριτήριο του θετικού δικαίου. Το γενικό στοιχείο θα υπόκειται και αυτό, όπως και το ιδιαίτερο (*besonderes*) στην ιστορικότητα. Μόνον έτσι γίνεται για παράδειγμα κατανοητό, γιατί ο Savigny, σε αντίθεση με τον Hugo, αποκλείει από τη μια πλευρά τη δουλεία από τους δικαιοκούς θεσμούς του σημερινού ρωμαϊκού δικαίου ανατρέχοντας στη «χριστιανική αντίληψη περί ζωής», από την άλλη όμως δεν φαίνεται να διαθέτει ένα κριτήριο, που θα του επέτρεπε να καταδικάσει τη δουλεία και στο κλασικό ρωμαϊκό δίκαιο ως αντιφάσκουσα στην ιδέα του δικαίου.<sup>104</sup> Αν λοιπόν ήθελε κανείς να προσδιορίσει την εγγύτητα και την απόσταση του θεωρητικού μοντέλου του Savigny σε σχέση με το φυσικό δίκαιο,<sup>105</sup> τότε θα μπορούσε να το κάνει όπως ο Max Weber μιλώντας για ένα «φυσικό δίκαιο που αλλάζει ιστορικά» ή για ένα φυσικό δίκαιο με εναλλασσόμενο περιεχόμενο, για ένα ιστορικιστικά σχετικοποιημένο δίκαιο, το οποίο όμως θεωρείται δεσμευτικό για το «σήμερα» και το οποίο προσφέρει στη «σημερινή» νομική επιστήμη εκείνες τις αξιακά προσανατολισμένες έννοιες, στη βάση των οποίων θα οικοδομηθεί το σύστημα του σημερινού θετικού δικαίου.<sup>106</sup>

---

104. Ο Savigny παραπέμπει απλώς στις διαφορετικές αντιλήψεις της σημερινής χριστιανικής Ευρώπης». Πρβλ. Σύστημα VIII, σ. 534 επ. και Σύστημα I, σ. 364: «Σχετικά μ' αυτό το τελευταίο [εννοείται ο θεσμός της δουλείας] πολύ παράξενη είναι η εξέλιξη της δικαιοκούς αντίληψης, που έλαβε χώρα ως επακόλουθο του χριστιανισμού. Κανένας φιλόσοφος της αρχαιότητας δεν θεωρούσε δυνατή την ύπαρξη ενός κράτους χωρίς σκλάβους. Σε όλα τα χριστιανικά-ευρωπαϊκά κράτη αντιθέτως η δουλεία θεωρείται αδύνατη. Και τα χριστιανικά κράτη εκτός Ευρώπης ο αγώνας για τη συνέχιση ή την κατάργησή της είναι ένα από τα σημαντικότερα καθήκοντα που επιφυλάσσεται στη μελλοντική εποχή».

105. Γενικά για τη σχέση του Savigny και της Ιστορικής Σχολής προς το φυσικό δίκαιο πρβλ. H. Thieme, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte* (1947), 2η έκδ., Βασιλεία 1954, σ. 46, P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, (1947), 4η έκδ., Μόναχο/Βερολίνο 1966, σ. 279, Fr. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2η έκδ., Γκράιτινγκεν 1967, σ. 373 επ., M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2η έκδ. 1976, σ. 71, F. Beyerle, «Der andere Zugang zum Naturrecht», *Deutsche Rechtswissenschaft*, τόμ. IV, 1939, σ. 3-24, 15 επ.

106. Το «Σύστημα» αφιερώνεται σχεδόν αποκλειστικά στο γενικό-φιλοσοφικό στοι-

---

#### 4. Η «αυστηρά ιστορική μέθοδος» και το επιστημολογικό πρόγραμμα της Ιστορικής Σχολής του Δικαίου

---

Ήδη ο νεαρός Savigny<sup>107</sup> θέτει το αίτημα μιας «απόλυτης μεθόδου» της νομικής επιστήμης, η οποία αναζητείται στη συνένωση της ιστορικής και συστηματικής μεθόδου.<sup>108</sup> Ο νεαρός Savigny κατανοεί ως αντικείμενο της νομικής επιστήμης τις «νομοθετικές λειτουργίες του κράτους», οι οποίες πρέπει να παρουσιασθούν κατά ιστορικό τρόπο, γιατί το κράτος είναι ένα ιστορικά δρών υποκείμενο.<sup>109</sup> Το περιεχόμενο του δικαίου αποτελείται από δικαιικές προτάσεις, που προκύπτουν κατά την εξάσκηση της κρατικής νομοθετικής δραστηριότητας, έτσι ώστε η νομική επιστήμη να χαρακτηρίζεται εδώ ως «νομοθετική επιστήμη».<sup>110</sup> Οι βασικές προτάσεις αυτής της απόλυτης μεθόδου είναι: 1. «Η νομοθετική επιστήμη είναι μία ιστορική επιστήμη». 2. «Είναι επίσης μια φι-

---

χείο του δικαίου. Πρβλ. Σύστημα I, σσ. 389, 391 και Fr. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte...*, ό.π., σ. 397, H. Kiefner, «Das Rechtsverhältnis. Zu Savignys System des heutigen Römischen Rechts», εις: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geb.*, τόμ. I, Μόναχο 1982, σσ. 149-176, 153.

107. F.C.v.Savigny, *Juristische Methodenlehre. Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm (1802/03)*, G. Wesenberg, Στουτγάρδη 1951 [«Μεθοδολογία»] για παραδόσεις του Savigny κατά τη διάρκεια του χειμερινού εξαμήνου 1802/03, καταγραμμένες από τον J. Grimm.

108. Ωστόσο, όπως δείχνει η εργασία του H.-U. Stühler, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Βερολίνο 1978, ο Savigny δεν είναι ούτε ο μόνος ούτε ο πρώτος νομικός που βάζει ένα τέτοιο αίτημα.

109. Μεθοδολογία, σ. 13.

110. Μεθοδολογία, σ. 14. Κυρίως σ' αυτό τον τονισμό της νομοθετικής δραστηριότητας και στη θεώρηση του υλικού του και της νομικής επιστήμης ως του συνόλου των δικαιικών προτάσεων, στηρίζεται η διαδεδομένη στη βιβλιογραφία για το Savigny θέση, ότι ο νεαρός Savigny υποστήριξε μια θετικιστική αντίληψη περί δικαίου. Πρβλ. π.χ. H. Kantorowicz, «Savignys Marburger Methodenlehre», *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.*, τόμ. 53, 1933, σσ. 465-471 και H. Thieme, «Der junge Savigny», *Deutsche Juristen-Zeitung*, τόμ. 41, 1963, σσ. 153-157. Κατά της θέσης αυτής επιχειρηματολογεί ο J. Rückert, *Idealismus...*, ό.π., σ. 222 επ.



λοσοφική», και συνεπώς 3. «πρέπει να είναι ταυτόχρονα πλήρως ιστορική και φιλοσοφική».<sup>111</sup>

Το ότι η νομική επιστήμη είναι μια ιστορική επιστήμη προκύπτει από τον ορισμό, ότι «κάθε γνώση για κάτι το αντικειμενικά δεδομένο ονομάζεται ιστορική γνώση»<sup>112</sup> και από την αντίληψη του Savigny για τον νόμο ως «κάτι το πλήρως αντικειμενικό, εντελώς ανεξάρτητο, και πέραν κάθε υποκειμενικής πεποίθησης». Ο ιστορικός χαρακτήρας της νομικής επιστήμης διακρίνεται κατόπιν σε «ιστορικό με το πραγματικό νόημα» και σε «φιλολογικό». Επειδή ο νόμος είναι κάτι το αντικειμενικό και αποσκοπεί στον «αποκλεισμό κάθε υποκειμενικότητας», πρέπει κατά την εφαρμογή του να εξασφαλισθεί ότι δεν αποφασίζει η υποκειμενική βούληση του δικαστή, αλλά ο ίδιος ο νόμος. Η μόνη επιτρεπτή ερμηνεία του νόμου είναι γι' αυτό μια «καθαρά λογική ερμηνεία». Η νομική επιστήμη, η οποία προσπαθεί να βρει και να εκθέσει τους κανόνες αυτής της λογικής ερμηνείας, είναι συνεπώς μια «καθαρά φιλολογική επιστήμη».<sup>113</sup>

Η πραγματική ιστορική επεξεργασία προκύπτει από τον ιστορικό χαρακτήρα της νομοθεσίας και του κράτους. Η νομοθεσία πρέπει να ειδωθεί σε μια χρονική διάταξη, γιατί κάθε νομοθεσία είναι το αποτέλεσμα προηγούμενων νομοθετικών ενεργειών.<sup>114</sup> Ο Savigny διακρίνει εδώ μεταξύ «εξωτερικής» και «εσωτερικής ιστορίας του δικαίου». Ενώ η πρώτη ασχολείται με την ιστορία του κράτους και με εκείνες τις ενέργειές του που μεταβάλλουν το δίκαιο και συνεπώς είναι ιστορία των πηγών του δικαίου, η δεύτερη έχει ως αντικείμενό της το ίδιο το σύστημα του δικαίου ως όλου<sup>115</sup>. Μια τέτοια επεξεργασία προϋποθέτει όμως

---

111. Μεθοδολογία, σ. 14. Μια αναλυτική παρουσίαση της «Μεθοδολογίας» δεν είναι εδώ δυνατή. Πρβλ. εκτός από την βιβλιογραφία στην παραπάνω σημείωση, τη διατριβή του E. Schulte, *Die juristische Methodenlehre des jungen Savigny. Die Entwicklung des historischen Denkens von dem Methodenkolleg des Wintersemesters 1802/03 zur Methodologie des «System des heutigen Römischen Rechts»*, Κίελο 1974.

112. Μεθοδολογία, σ. 14.

113. Μεθοδολογία, σ. 16.

114. Μεθοδολογία, σ. 32.

115. Πρβλ. Μεθοδολογία, σσ. 17, 32.

όχι μόνον τη φιλοσοφική, αλλά και τη συστηματική ερμηνεία του δικαίου.

Η φιλοσοφική επεξεργασία στα πλαίσια της «Μεθοδολογίας» –τουλάχιστον όπου ο Savigny εκφέρεται με θετικό τρόπο γι' αυτήν– ταυτίζεται με τη συστηματική. Η συστηματική επεξεργασία του δικαίου οφείλει να δείξει την «εσωτερική συνεκτικότητα» και την ενότητα των δικαιικών προτάσεων, και όχι απλώς να κατασκευάσει από το «προσθετικό σύνολο του υλικού»<sup>116</sup> ένα σύστημα ταξινόμησης με οποιαδήποτε τυχαία κριτήρια ταξινόμησης. Για μια τέτοια συστηματική επεξεργασία είναι απαραίτητο ένα «γενικό περιεχόμενο», μια «γενική αποστολή για τη νομική επιστήμη», για «όλη τη νομοθεσία», που να μην υπόκειται σε τίποτε το τυχαίο.<sup>117</sup> Αν επιτευχθεί ωστόσο η κατασκευή μιας τέτοιας συστηματικότητας, «τότε η νομική επιστήμη συνορεύει άμεσα με τη φιλοσοφία, η οποία πρέπει να δώσει με μια πλήρη απαγωγή τη συνολική έκταση της γενικής αποστολής· η νομική επιστήμη είναι συνεπώς μια φιλοσοφική νομική επιστήμη».<sup>118</sup> Η συστηματική μέθοδος προϋποθέτει από την πλευρά της τη φιλολογική-ιστορική μέθοδο, γιατί η πρώτη αφορά τη μορφή της γνώσης, θέτει δηλ. το περιεχόμενό της ως δεδομένο, ενώ η δεύτερη εξακριβώνει αυτό το περιεχόμενο: «Το περιεχόμενο του συστήματος είναι η νομοθεσία, δηλαδή δικαιικές προτάσεις. Για να μπορούμε να τις γνωρίσουμε, εν μέρει μεμονωμένα, εν μέρει στη συνεκτικότητά τους, χρειαζόμαστε ένα λογικό μέσον, τη μορφή, τη λογική προϋπόθεση της γνώσης κάθε περιεχομένου της νομοθεσίας. Καθετί τυπικό έχει ως σκοπό του ή την εξέλιξη μεμονωμένων δικαιικών προτάσεων –συνήθως αυτό αποκαλείται ορισμός ή διάκριση– ή να ορίσει τη συνένωση περισσότερων και τη συνεκτικότητά τους. Αυτό αποκαλείται συνήθως σύστημα».<sup>119</sup> Το αίτημα μιας ταυτόχρονα ιστορικής και φιλοσοφικής νομικής επιστήμης οδηγεί έτσι στη

---

116. Μεθοδολογία, σ. 16.

117. Μεθοδολογία, σ. 16.

118. Μεθοδολογία, σ. 16.

119. Μεθοδολογία, σ. 37. Πρβλ. και σ. 48: «Κάθε σύστημα οδηγεί σε φιλοσοφία. Η έκθεση ενός μόνον ιστορικού συστήματος οδηγεί σε μια ενότητα, σε ένα ιδανικό, στο οποίο βασίζεται. Και αυτό είναι φιλοσοφία».

«Μεθοδολογία» στη διάκριση μεταξύ μορφής και υλικού του δικαίου. Η ιστορική-φιλολογική μέθοδος είναι υπεύθυνη για την εξακρίβωση του περιεχομένου, η φιλοσοφική-συστηματική μέθοδος για τη μορφή, στην οποία θα αποκτήσουμε γνώση αυτού του περιεχομένου και για την ένταξη των μεμονωμένων δικαιοϊκών προτάσεων στο σύστημα του δικαίου.

Για την αποσαφήνιση της σχέσης μεταξύ ιστορικά παραδεδομένου υλικού και μορφής του δικαίου σημαντικός είναι ο περιορισμός που θέτει ο Savigny όσον αφορά τις έννοιες του συστήματος: ρητά καταδικάζει την εισαγωγή εννοιών στο σύστημα, οι οποίες δεν υπάρχουν ήδη τουλάχιστον σε μια δικαιοϊκή πρόταση.<sup>120</sup> Από τον περιορισμό αυτό γίνεται εμφανές, ότι ο Savigny ταυτίζει μεν εδώ τη φιλοσοφική με τη συστηματική επεξεργασία του δικαίου, απορρίπτει όμως ξεκάθαρα μια φυσικοδικαιοϊκή επεξεργασία. Η τελευταία θέλει «να αφαιρέσει εντελώς από το ιστορικό υλικό, επειδή όμως κάποιο υλικό είναι αναγκαίο, ποιο θα εισέλθει για μας στο σύστημα; Τούτο θα εξαρτηθεί μόνον από μια γνώμη, παράδοση παλαιότερων νομικών, εν ολίγοις δημιουργείται ένας φορμαλισμός, μια επιστήμη χωρίς περιεχόμενο».<sup>121</sup> Έτσι ήδη ο νεαρός Savigny στρέφεται προς μια θετική νομική επιστήμη που έχει μεν συνείδηση των συστηματικών υποχρεώσεών της, αλλά προσανατολίζεται στο εμπειρικό υλικό του δικαίου ως το αντικείμενό της και αποκλείει απ' αυτό κάθε φυσικοδικαιοϊκή πρόταση.<sup>122</sup>

Και τα δύο αυτά χαρακτηριστικά, τόσο η αναγνώριση της αναγκαιότητας της συστηματικοποίησης όσο και ο προσανατολισμός στο ιστορικά παραδεδομένο υλικό και η συναφής απόρριψη του φυσικού δικαίου, θα καθορίσουν τη μέθοδο που θα προτείνει και ο ώριμος Savigny στα κατοπινά προγραμματικά του έργα. Σε αντίθεση όμως με τα τελευταία, με ιστορική επεξεργασία του δικαίου στη «Μεθοδολογία» εννοείται κυρίως μια «εμπειρική-ιστο-

---

120. Μεθοδολογία, σ. 37.

121. Μεθοδολογία, σ. 38.

122. Η φιλοσοφία δεν είναι για τον νεαρό Savigny θεωρία των αρχών (Prinzipienlehre), αλλά μόνο λογική-συστηματική μέθοδος. Πρβλ. J. Blüdnorn, «Kantianer und Kant», όπ., σ. 371.

ρική» επεξεργασία, η δε ιδέα του συστήματος προσδιορίζεται ουσιαστικά από την ιδέα της λογικής συστηματικοποίησης του (εμπειρικού) δικαιοκτικού υλικού.

Στην εισαγωγή του στο «περιοδικό για ιστορική νομική επιστήμη» –το ιδρυτικό μανιφέστο της Ιστορικής Σχολής του Δικαίου που ιδρύθηκε από τον ίδιο και τον Eichhorn– ο Savigny εκθέτει τη μέθοδό του με πολεμική διάθεση. Η συνολική νομική επιστήμη εμφανίζεται εδώ διασπασμένη σε δύο σχολές, την «ιστορική» και τη «μη-ιστορική». Μεταξύ των δύο, όπως και μεταξύ των αντίστοιχων θεμελιακών αντιλήψεών τους, υπάρχει μια «απόλυτη αντίθεση», η οποία δεν αφορά μόνο τη νομική επιστήμη, αλλά είναι γενικότερης, φιλοσοφικής φύσης. Αφορά το ερώτημα της σχέσης μεταξύ παρελθόντος και παρόντος, μεταξύ γίνεσθαι και είναι.<sup>123</sup> Στη «μη-ιστορική» σχολή προσάπτεται η κατηγορία ότι αντιμετωπίζει την ιστορία ως μια «ηθική-πολιτική συλλογή παραδειγμάτων»,<sup>124</sup> ως ένα βοηθητικό μέσο, από το οποίο θα μπορούσαμε και να παραιτηθούμε. Η σχολή αυτή ξεκινά –σύμφωνα με το Savigny– από τη θέση ότι κάθε εποχή δημιουργεί τον κόσμο της αυτοδύναμα, ελεύθερα και αυθαίρετα από το τίποτα. Το παρόν τίθεται ως κάτι το απόλυτο, ως το απόλυτο κριτήριο όλων των εποχών. Η ιστορία είναι κάτι το δευτερεύον, γιατί το παρόν είναι αυτό που διαμορφώνει και οργανώνει την ιστορία ανάλογα προς τις ανάγκες του και τα γνωστικά ενδιαφέροντά του. Απέναντι σ' αυτή τη θέση η «ιστορική» σχολή αντιτάσσει, όχι μόνον ότι το δίκαιο δεν έχει αυτοδύναμη ύπαρξη, αλλά και ότι εν γένει δεν υπάρχει «μια διαχωρισμένη, ανθρώπινη ύπαρξη», γιατί καθεμιά είναι «μέλος ενός ανώτερου όλου»:<sup>125</sup> «Έτσι κάθε άνθρωπος πρέπει να θεωρηθεί ως μέλος μιας οικογένειας, ενός λαού, ενός κράτους, κάθε εποχή ενός λαού ως η προέκταση και εξέλιξη όλων των προηγούμενων εποχών. Αν ισχύει όμως αυτό, τότε δεν δημιουργεί κάθε εποχή για τον εαυτό της και αυθαίρετα τον κόσμο της, αλλά το

---

123. Über den Zweck, σ. 109.

124. Über den Zweck, σ. 109.

125. Über den Zweck, σ. 110.

κάνει μόνο σε αδιάρρηκτη κοινότητα με ολόκληρο το παρελθόν. Τότε όμως κάθε εποχή πρέπει να αναγνωρίσει κάτι το δεδομένο, το οποίο είναι ταυτόχρονα αναγκαίο και ελεύθερο· αναγκαίο στο βαθμό που δεν εξαρτάται από την ιδιαίτερη αυθαιρεσία του παρόντος, ελεύθερο, επειδή εξίσου δεν προέρχεται από μια ξένη ιδιαίτερη αυθαίρετη βούληση (όπως η διαταγή του κυρίου προς το σκλάβο του), αλλά δημιουργήθηκε πολύ περισσότερο από την ανώτερη φύση του λαού ως ενός διαρκούς γίγνεσθαι, ενός εξελισσόμενου όλου. Αυτού του ανώτερου λαού ένα μέρος βέβαια και η παρούσα εποχή που θέλει να πράττει μέσα από αυτό το όλον, έτσι ώστε ό,τι είναι απ' αυτό το όλον δεδομένο, να μπορεί να ονομάζεται ελεύθερο δημιούργημα του μέρους. Η ιστορία τότε δεν είναι πια μόνο συλλογή παραδειγμάτων, αλλά η μοναδική οδός προς την αληθινή γνώση της κατάστασής μας...»<sup>126</sup>

Εδώ είναι η ιστορία που εμφανίζεται ως η ανεξάρτητη μεταβλητή. Αυτή οφείλει να συγκροτήσει, να προσδιορίσει και τέλος να εξηγήσει το παρόν. Το παρόν πρέπει να την αναγνωρίσει ως κάτι το «δεδομένο» και μάλιστα όχι μόνο με την πραγματιστική σημασία της αναγνώρισης των ιστορικών αρχικών συνθηκών του παρόντος. Εκείνο το «δεδομένο» δεν οφείλει να γίνει αποδεκτό μόνο ως γεγονός, αλλά και ως «αναγκαίο και ελεύθερο». Αυστηρά ειδωμένη –τονίζει ο Savigny– αυτή η εξάρτηση του παρόντος από το παρελθόν δεν χρειάζεται την αναγνώρισή μας. Δεν έχουμε την «επιλογή μεταξύ καλού και κακού, έτσι ώστε η αναγνώριση του δεδομένου να ήταν καλή, η απόρριψη του ίδιου να ήταν κακή, αλλά εντούτοις δυνατή. Αυτή η απόρριψη του δεδομένου είναι, μάλλον αυστηρά θεωρημένη, εντελώς αδύνατη, μας εξουσιάζει αναπόφευκτα, και μπορούμε να εξαπατώμεθα αναφορικά προς αυτήν, αλλά όχι και να την αλλάξουμε».<sup>127</sup>

Αυτή η γενική φιλοσοφική αντίθεση εξειδικεύεται τώρα για τη νομική επιστήμη: «Η ιστορική σχολή θεωρεί ότι το υλικό του δικαίου είναι δεδομένο μέσω του συνολικού παρελθόντος του έθνους, εντούτοις όχι μέσω αυθαιρεσίας, έτσι ώστε να μπορούσε

---

126. Über den Zweck, σ. 110 επ.

127. Über den Zweck, σ. 110 (υπογραμμίσεις δικές μου).

να είναι τυχαίο εκείνο ή κάποιο άλλο, αλλά προέρχεται από την ενδότερη ουσία του ίδιου του έθνους και της ιστορίας του. Η συνετή δραστηριότητα κάθε εποχής όμως θα έπρεπε να στρέφεται στο να διαβλάψει (*durchschauern*), να ανανεώσει και να διατηρήσει ζωννό (*frisch zu erhalten*) αυτό το με εσωτερική αναγκαιότητα δεδομένο υλικό. – Η μη-ιστορική σχολή αντίθετα θεωρεί ότι το δίκαιο δημιουργείται κάθε στιγμή αυθαίρετα μέσω των προσώπων που είναι επιφορτισμένα με τη νομοθετική εξουσία, εντελώς ανεξάρτητα από το δίκαιο της προηγούμενης εποχής, και μόνο σύμφωνα με ό,τι πεποιθήσεις θεωρούν οι άνθρωποι κάθε φορά σωστότερες, έτσι όπως τις φέρει μαζί της η παρούσα στιγμή».<sup>128</sup>

Η παραπάνω έκθεση των απόψεων της «μη-ιστορικής» ή φιλοσοφικής σχολής του δικαίου δεν είναι βέβαια και η ευστοχότερη.<sup>129</sup> Γιατί η διαφορά μεταξύ των δύο σχολών δεν έγκειται στο γεγονός ότι η «μη-ιστορική» σχολή αναγνωρίζει τη βούληση του νομοθέτη ως το αποκλειστικό αίτιο δημιουργίας δικαίου, έτσι ώστε να έπρεπε να αρνηθεί τη δημιουργία εθιμικού δικαίου. Το ουσιαστικό της χαρακτηριστικό δεν είναι μια θετικιστική στάση απέναντι στο νόμο. Η πραγματική διαφορά δεν αφορά τη δημιουργία δικαίου, αλλά τα κριτήρια αξιολόγησης ενός δικαίου που έχει ούτως ή άλλως δημιουργηθεί, δεν αφορά δηλ. πρώτιστα τη δημιουργία του δικαίου, αλλά τη νομιμοποίηση της ισχύος του. Αν η «μη-ιστορική» σχολή θεωρεί ότι αυτά τα κριτήρια θεμελιώνονται στον ανθρώπινο λόγο, τότε αυτό έχει βέβαια ως συνέπεια ότι μια νομοθεσία που καταργεί το παραδεδομένο εθιμικό δίκαιο θα μπορούσε σε προκειμένη περίπτωση να είναι νομιμοποιημένη.

---

128. Über den Zweck, σ. 110 (υπογράμμιση δική μου).

129. Η «μη-ιστορική» σχολή –πρόκειται προφανώς για τη φιλοσοφική ή φυσικοδικαιική σχολή– προσδιορίζεται εδώ αρνητικά μέσω της αντίθεσής της προς την Ιστορική Σχολή του Δικαίου. Στην πραγματικότητα ωστόσο είναι η ιστορική σχολή του Savigny εκείνη που επιχειρεί τη θεμελίωσή της στον αγώνα κατά του φυσικού δικαίου. Πρβλ. την άρνηση του Thibaut να αποδεχθεί την ονομασία «μη-ιστορική» σχολή στο άρθρο του «Über die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule», *Archiv für die civilistische Praxis*, τόμ. 21, 1838, σσ. 391-419, 402 επ. Ο Thibaut θεωρεί τον εαυτό του οπαδό μιας «πραγματιστικής ιστορίας του δικαίου» (ό.π., σελ. 417).

Για τον Savigny αντίθετα δεν μπορεί να νομιμοποιηθεί ανεξάρτητα από την «κοινή πεποίθηση» του λαού: η νομιμοποίησή της προκύπτει μόνο στο βαθμό που μπορεί να θεωρηθεί ως προεξόφληση των αποτελεσμάτων της «αυθεντικής» δημιουργίας δικαίου. Το ερώτημα περί της νομιμοποίησης του δικαίου τείνει έτσι να μετατραπεί στο ερώτημα περί του τρόπου της δημιουργίας του: γένεση και ισχύς του δικαίου παύουν να διακρίνονται επαρκώς, έτσι ώστε πράγματι ο Savigny να μη διαθέτει κριτήρια αξιολόγησης του δικαίου ανεξάρτητα απ' αυτά της γένεσής του.

Στο παραπάνω απόσπασμα αυτή η τάση διαφαίνεται στην έκφραση περί «εσωτερικής αναγκαιότητας του δεδομένου υλικού» του δικαίου. Με «αναγκαιότητα» δεν νοείται εδώ μια εξωτερική αναγκαιότητα που στηρίζεται σε ιστορικούς λόγους και σε ιστορικές συνθήκες, αλλά μια «απόλυτη αναγκαιότητα», η οποία στην πραγματικότητα είναι υπέρ-ιστορική και απλώς εκδηλώνεται στην ιστορία. Η αναγκαιότητα αυτή έχει για τον Savigny μια κανονιστική-δεσμευτική διάσταση. Το δίκαιο που ως προς το περιεχόμενό του δημιουργήθηκε με «εσωτερική αναγκαιότητα», δεσμεύει το παρόν και την παρούσα νομική επιστήμη στο να το «διαβλέψει», να το «ανανεώσει» και να το «διατηρήσει ζωντό». Ενώ στη «Μεθοδολογία» κάτω από το «ιστορικό» κατανοείται το «εμπειρικό-ιστορικό», εδώ προσάπτεται στο «ιστορικό» το νόημα του «αναγκαίου».<sup>130</sup> Χαρακτηριστική είναι η θέση του Savigny, ότι «ολόκληρη η νομική επιστήμη η ίδια [δεν είναι] τίποτε άλλο παρά ιστορία του δικαίου».<sup>131</sup>

Στην ερμηνεία αυτής της «εσωτερικής αναγκαιότητας» προκύπτουν επιπλέον δυσχέρειες, επειδή ο Savigny φαίνεται να απο-

---

130. Τους επιστημολογικούς λόγους για αυτή την ερμηνεία του «ιστορικού» εκθέτει ο J. Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der «praktischen Jurisprudenz» auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Φρανκφούρτη., 1979, σ. 147 επ. Κατ' αυτόν στην έννοια της επιστήμης του 18ου αιώνα και σ' αυτήν που χρησιμοποιεί ο Savigny ανήκει ουσιαστικά η αναγκαιότητα του αντικειμένου τόσο ως προϋπόθεση της γνώσης του μέσω της επιστήμης, όσο και ως προϋπόθεση της συγκρότησης της ίδιας της επιστήμης.

131. «Recension des Lehrbuchs der Geschichte des Römischen Rechts von Gustav Hugo (1806)», εις: *Vermischte Schriften*, τόμ. 5, σσ. 1-36, [«Hugo-Rez.»], σ. 2 επ.

δίδει στην εξάρτηση του παρόντος από το παρελθόν το χαρακτήρα ενός φυσικού νόμου<sup>132</sup>. Βέβαια με τη λογική αυτή και ό,τι στρέφεται εναντίον των παραδοσιακών ιστορικών σχέσεων που έχουν επιβιώσει μέχρι σήμερα, π.χ. ένα παρόν, που όπως η Γαλλική Επανάσταση, επιζητά τη ρήξη με το παρελθόν – θα έπρεπε να θεωρηθεί ως κάτι το ιστορικά «αναγκαίο και ελεύθερο». Η θεωρία περί της ιστορικότητας του δικαίου δεν θα ήταν τίποτε άλλο παρά ο διαφωτισμός της συνείδησης του παρόντος αναφορικά με την υποταγή του στο φυσικό νόμο της εξάρτησης κάθε παρόντος από το παρελθόν του. Μια τέτοια θέση δεν θα σήμαινε τίποτε άλλο, παρά ότι κάθε τι στο παρόν είναι κατανοήσιμο και εξηγήσιμο μέσω του παρελθόντος του και ως ιστορικά δημιουργημένο είναι πάντα κάτι το αναγκαίο. Η αξιολόγηση και η κριτική του θα ήταν τότε αδύνατες. Το μόνο, που θα μπορούσαμε να πούμε, είναι ότι είναι έτσι, όπως αναγκαία έγινε. Ο ίδιος ο Savigny ωστόσο δύσκολα θα μπορούσε να δώσει τη συγκατάθεσή του σε μια τέτοια ερμηνεία. Στην εξάρτηση του παρόντος από το παρελθόν ο Savigny αναζητά κριτήρια για την αξιολόγηση τουλάχιστον του παρόντος και τούτο σημαίνει ότι συνδέει με αυτήν την εξάρτηση κανονιστικές συνέπειες. Η νομιμοποίηση και αναγνώριση του δεδομένου συνεπάγεται την υποχρέωση του νομοθέτη να διατηρήσει το παραδοσιακό δίκαιο και τις ιστορικά διαμορφωμένες έννομες σχέσεις και να μην τις μεταβάλλει αυθαίρετα – όχι γιατί εν γένει δεν μπορεί, αλλά γιατί δεν θα έπρεπε να τις μεταβάλλει, καθώς οι τελευταίες έχουν να επιδείξουν μια ανώτερη νομιμοποίηση από ό,τι η πολιτική.

Και εδώ τονίζεται για μια ακόμη φορά ότι η επιστημονική έρευνα της ιστορίας δεν αποτελεί αυτοσκοπό. Η Ιστορική Σχολή

---

132. Πρβλ. *Über den Zweck*, σ. 111 και *Περί του επαγγέλματος*, σ. 162 επ. Επίσης τη σχετική κριτική του R. Stammler, «Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie» (1888), εις: του ιδίου, *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, τόμ. I, σσ. 1 – 40, 11 και την κριτική του E.W. Böckenförde, «Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts», εις: *Collegium Philosophicum. Studien Joachim Ritter zum 60. Geb.*, Βασιλεία/Στουτγάρδη 1956, σσ. 9-36.

133. Πρβλ. *Über den Zweck*, σ. 111 και *Περί του επαγγέλματος*, σ. 165 επ.



του Δικαίου – τουλάχιστον σύμφωνα με το πρόγραμμά της– δεν ενδιαφέρεται για ιστορικά ερωτήματα καθεαυτά, αλλά για την εξέλιξη και το σχηματισμό του σήμερα μέσα από την ιστορία.<sup>133</sup> Ο Savigny ωστόσο δεν κατανοεί την ιστορία από την πλευρά του παρόντος, αλλά θέλει αντίθετα να θεμελιώσει το παρόν μέσα από την ιστορία. Έτσι αντιμετωπίζει όμως τη δυσκολία να συγκροτήσει την ιστορία ως ενιαίο αντικείμενο, ως ενότητα, πριν από κάθε παρόν. Διαφορετικά η ιστορία δεν θα ήταν τίποτε άλλο παρά το σύνολο των γεγονότων που έχουν μεταξύ τους μια τυχαία ή μια μόνο εξωτερική αιτιακή σχέση. Ο Savigny κατηγορεί τους εκπροσώπους της «μη-ιστορικής» σχολής, ότι απομονωμένοι από την ιστορία και από το παρελθόν περιπίπτουν στον «ιστορικό εγωισμό» του παρόντος και «συγχέουν τη δική τους, προσωπική θεώρηση της ροής του κόσμου με την ίδια τη ροή του κόσμου και έτσι φτάνουν στο παραπλανητικό συναίσθημα, σαν να άρχισε ο κόσμος με αυτούς και τις σκέψεις τους».<sup>134</sup> Αλλά έτσι χρεώνεται ο ίδιος με την απάντηση για το πώς θα μπορούσαμε να φτάσουμε σε μια μη αυθαίρετη και μη υποκειμενική θεώρηση του κόσμου, πώς θα μπορούσαμε να συγκροτήσουμε πρώτα την ιστορία και μετά, με τη βοήθειά της, το παρόν. Η λύση την οποία τελικά προτείνει συνίσταται στην υπόθεση μιας αρχής της ζωής και αρχής της εξέλιξης της ιστορίας. Η «λύση» αυτή συμπίπτει με την απόπειρα ανάπτυξης μιας κατασκευαστικής τελεολογίας της ιστορίας, της οποίας το περιεχόμενο και τους σκοπούς δεν μπορούμε να τους διαγνώσουμε ορθολογικά.

Το δεύτερο πρόβλημα που τίθεται για τη μεθοδολογία του ιστορικισμού είναι η σχέση της νομικής επιστήμης και της μεθόδου της προς τη φιλοσοφία. Οι μεθοδολογικές προσπάθειες του Savigny στρέφονται ήδη από τη «Μεθοδολογία» στην κατεύθυνση της θεμελίωσης μιας αυτόνομης επιστήμης, η οποία θα είναι ανεξάρτητη της φιλοσοφίας. Το ότι η νομική επιστήμη θα πρέπει να διατηρήσει τις αποστάσεις της απέναντι σε μια φιλοσοφική φυσικοδικαιική θεώρηση τονίζεται εκεί ξεκάθαρα: «Η συνήθης άποψη για τη σπουδή του φυσικού δικαίου είναι ότι πρέπει να προηγείται, ως

---

134. Über den Zweck, σ. 112.

προκαταρκτική γνώση, της θετικής νομικής επιστήμης. Είναι όμως ήδη υποβιβασμός για μια φιλοσοφική επιστήμη να θεωρείται μόνο ως προκαταρκτική γνώση μιας ιστορικής. Αλλά και ως προκαταρκτική γνώση η φιλοσοφία δεν είναι καθόλου αναγκαία για τον νομικό. Η νομική επιστήμη καθεαυτή μπορεί να σπουδαστεί το ίδιο καλά χωρίς φυσικό δίκαιο όσο και μ' αυτό. Αυτό προκύπτει ήδη από το ότι σε εποχές όπου δεν σπουδαζόταν καθόλου φιλοσοφία, ή τουλάχιστον δεν σπουδαζόταν κατά τον τρόπο που θεωρείται σήμερα ενδεδειγμένος για σπουδή φιλοσοφίας, η νομική επιστήμη μπορούσε να βρίσκεται σε μια πολύ ανθηρή κατάσταση. 'Όποιος δεν ωθείται προς τη φιλοσοφία, ας την αφήσει κατά μέρος. Η σπουδή της δεν απαιτεί μόνο μισό έτος, αλλά μια ολόκληρη ζωή».<sup>135</sup>

Αυτή η θέση που αντιπαραθέτει τη νομική επιστήμη ως ιστορική επιστήμη στη φιλοσοφία διατηρείται και αργότερα.<sup>136</sup> Όπως στη «Μεθοδολογία» η θέση περί αντιπαραθέσεως ιστορικής και φιλοσοφικής επιστήμης συγκρούεται με τη θέση περί του συστηματικού χαρακτήρα της νομικής επιστήμης, έτσι και στο μεταγενέστερο έργο του Savigny εμφανίζεται πάλι το ίδιο πρόβλημα μιας διαμεσολάβησης μεταξύ ιστορικότητας και συστηματικότητας της επιστήμης. Εδώ όμως το ιστορικό στοιχείο αποκτά ένα άλλο νόημα απ' ό,τι στη «Μεθοδολογία» και η αντίφαση μεταξύ ιστορικής και συστηματικής μεθόδου μπορεί να μετριασθεί σημαντικά, αν διακρίνει κανείς στην ανάλυση του Savigny μεταξύ του κύριου στόχου που θέτει και των μέσων που θεωρεί πρόσφορα για την επίτευξή του. Ο στόχος είναι η θεμελίωση μιας αυτοδύναμης νομικής επιστήμης, η οποία θα είναι ικανή για μια συστηματική μελέτη και επεξεργασία του θετικού δικαίου. Το σωστό μέσο, ή μάλλον η σωστή μέθοδος, που οδηγεί σ' αυτήν, δεν είναι μια φιλοσοφική –ούτε αυτή της Σχολής του Φυσικού Δικαίου, αλλά ούτε και μια μόνο λογική-συστηματική μέθοδος όπως στη «Μεθοδολογία»– αλλά μια ιστορική μέθοδος: η «αυστηρά ιστορική μέθοδος» της Ιστορικής Σχολής του Δικαίου.

Η αναγκαιότητα μιας συστηματικής θεώρησης του δικαίου

135. Μεθοδολογία, σ. 50.

136. Hugo-Rez., σ. 2.

και του συστηματικού χαρακτήρα κάθε επιστήμης τονίζεται και στο «Περί του επαγγέλματος». Οι προσπάθειες της επιστήμης να επιτύχει μια πλήρη αντίληψη του θετικού δικαίου, είναι καταδικασμένες να παραμείνουν άκαρπες, όσο επιδιώκει μια περιεχομενική (υλική) πληρότητα. Η μόνη δυνατή πληρότητα είναι η συστηματική. Η ύψιστη υποχρέωση της νομικής επιστήμης είναι να ανακαλύψει και να διατυπώσει διαισθητικά τις «καθοδηγητικές βασικές αρχές» του δικαίου και από το συσχετισμό τους να διαγνώσει και να εκθέσει όλες τις νομικές έννοιες και προτάσεις. Σε αυτήν ακριβώς την υποχρέωσή της διαβλέπει ο Savigny τον επιστημονικό χαρακτήρα της νομικής επιστήμης εν γένει.<sup>137</sup>

Η λειτουργία αυτών των «καθοδηγητικών βασικών αρχών» περιγράφεται με ένα παράδειγμα από το σχηματισμό των εννοιών στη γεωμετρία: «Σε κάθε τρίγωνο [...] υπάρχουν ορισμένες ιδιότητες, από τη σχέση των οποίων ταυτόχρονα έπονται αναγκαία όλες οι υπόλοιπες: μέσω αυτών, π.χ. μέσω των δύο πλευρών και της μεταξύ τους γωνίας, είναι δεδομένο το τρίγωνο. Με παρόμοιο τρόπο κάθε τμήμα του δικαίου μας έχει τέτοια κομμάτια, μέσω των οποίων είναι δεδομένα τα υπόλοιπα: μπορούμε να τα ονομάσουμε ως καθοδηγητικές βασικές αρχές».<sup>138</sup> Η «σημερινή» νομική επιστήμη θα εξακολουθεί να μην είναι επιστήμη, όσο δεν έχει στη διάθεσή της αυτές τις αρχές. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο δεν κυριαρχεί πάνω στο υλικό του δικαίου, αλλά υποφέρει κάτω από το βάρος μιας τεράστιας μάζας νομικών εννοιών και απόψεων που κληρονομούνται από γενιά σε γενιά. Η επιρροή αυτού του υλικού είναι ωστόσο για τον Savigny αναπόφευκτη. Δεν μπορούμε να κόψουμε τους ιστορικούς δεσμούς μας με το παρελθόν. Αλλά καταστροφή είναι μόνο στο βαθμό που την υπηρετούμε ασυνείδητα, και ευεργετική «αν της αντιτάξουμε μια ζωντανή μορφοποιούσα δύναμη, αν την καθυποτάξουμε μέσω της ιστορικής θεμελίωσης και έτσι ιδιοποιηθούμε ολόκληρο τον πλούτο των παρελθόντων γενών».<sup>139</sup>

---

137. Περί του επαγγέλματος, σ. 110.

138. Περί του επαγγέλματος, σ. 110.

139. Περί του επαγγέλματος, σ. 162 επ.

Σε αντίθεση με την κατάσταση της σημερινής νομικής επιστήμης ο Savigny επαινεί την κλασική ρωμαϊκή, όχι γιατί η τελευταία είχε στη διάθεσή της ένα περιεχομενικά ανώτερο δίκαιο, αλλά γιατί κατείχε τις «καθοδηγητικές βασικές αρχές» του ρωμαϊκού δικαίου. Σ' αυτό έγκειται το μεγαλείο των Ρωμαίων νομικών. Η μέθοδός τους αποκτά έτσι μια σιγουριά, την οποία ο Savigny παρομοιάζει με εκείνη των μαθηματικών: «Οι έννοιες και οι προτάσεις της επιστήμης τους δεν φαίνονται να έχουν δημιουργηθεί μέσω της αυθαιρεσίας τους, είναι πραγματικά όντα, των οποίων η ύπαρξη και γενεαλογία είναι γνωστή μέσω μιας μακρόχρονης άσκησης και εξοικείωσης [...] Γι' αυτό ακριβώς η όλη μέθοδός τους έχει μια σιγουριά, που διαφορετικά δεν απαντά αλλού έξω από τα μαθηματικά, και μπορεί να πει κανείς χωρίς υπερβολή, ότι υπολόγιζαν με τις έννοιές τους. Αυτή η μέθοδος όμως δεν είναι καθόλου η αποκλειστική ιδιοκτησία ενός ή λίγων μεγάλων συγγραφέων, αλλά μάλλον κοινό κτήμα όλων... Πόσο βαθιά θεμελιωμένη είναι αυτή η κοινότητα της επιστημονικής ιδιοκτησίας, αποδεικνύεται και από το ότι ελάχιστη αξία έδιναν στα εξωτερικά μέσα αυτής της κοινότητας. Έτσι π.χ. οι ορισμοί τους είναι στο μεγαλύτερο μέρος τους πολύ ατελείς, χωρίς να υποφέρει καθόλου απ' αυτό η οξύτητα και η σιγουριά των εννοιών τους. Αντίθετα έχουν στις εννοιακές κατασκευές τους ένα πολύ σημαντικότερο, πιο ασυνείδητο μέσο, μια εύστοχη τεχνητή γλώσσα, που συμπίπτει έτσι με την επιστήμη, ώστε οι δυο να φαίνεται ότι σχηματίζουν ένα αδιάρρηκτο όλον».<sup>140</sup>

Τόσο το παράδειγμα του τριγώνου, όσο και η εικόνα των Ρωμαίων νομικών που κάνουν υπολογισμούς με τις έννοιές τους, αφήνουν την εντύπωση ότι η συστηματική θεώρηση του θετικού δικαίου στη βάση των «καθοδηγητικών βασικών αρχών» είναι μια τυπική-λογική διαδικασία. Εντούτοις ο Savigny χρησιμοποιεί αυτούς τους παραλληλισμούς μόνο με μια μεταφορική σημασία, μόνο για να τονίσει τη σαφήνεια της μεθόδου και όχι κατά λέξη. Διαφορετικά δεν θα ήταν κατανοητό πώς οι πολύ ελλιπείς ορισμοί τους δεν είναι σε βάρος της βεβαιότητας και της οξύτητας

---

140. Περί του επαγγέλματος, σ. 114.

των εννοιών τους. Ο Savigny εκφράζει και ρητά την αντίθεσή του προς μια τέτοια αντίληψη της συστηματικής μεθόδου.<sup>141</sup> Η υφή αυτών των αρχών μπορεί να προσδιορισθεί μόνο μέσω αυτής της αντιπαράθεσης μεταξύ έννοιας και ορισμού. Η συστηματική έκθεση του θετικού δικαίου (του υλικού) δεν επιτυγχάνεται μέσω των ορισμών, οι οποίοι θεωρούνται εξωτερικά μέσα, αλλά μέσω των εννοιών. Αν συγκρίνει κανείς τις συστηματικές τοποθετήσεις του Savigny στο «Σύστημα», διαπιστώνει ότι οι «καθοδηγητικές βασικές αρχές» αντιστοιχούν ως ταξινομιστικά κριτήρια του θετικού δικαίου υλικού στους «δικαιικούς θεσμούς που εισάγονται στο σύστημα». Το μη-λογικό στοιχείο αυτής της διαδικασίας αντιστοιχεί στο μη-λογικό στοιχείο της «εποπτείας» του «Συστήματος», το οποίο καθορίζει τόσο τη σχέση μεταξύ έννομης σχέσης και δικαίου θεσμού, όσο και τη σχέση μεταξύ δικαίου θεσμού και μεμονωμένου δικαίου κανόνα. Οι «καθοδηγητικές βασικές αρχές» του «Περί του επαγγέλματος» πρέπει να θεωρηθούν ως οι θεμελιακές βασικές αρχές για τους «δικαιικούς θεσμούς» του «Συστήματος». Όσον αφορά τη θεωρία περί λαϊκού πνεύματος αντιστοιχούν σε εκείνα τα «βασικά χαρακτηριστικά» του δικαίου, διαμέσου των οποίων εξακολουθεί να ζει στη συνείδηση του λαού και κατά τη δεύτερη βαθμίδα της εξέλιξής του (πολιτικό στοιχείο).

Το πρόβλημα της μεθοδολογίας του Savigny συμπίπτει προφανώς με το ερώτημα πώς μπορούμε να φτάσουμε σ' αυτές τις «καθοδηγητικές βασικές αρχές». Ο Savigny προγραμματικά προτείνει τη δημιουργία μιας «νομικής επιστήμης που βρίσκεται σε πρόοδο κατά οργανικό τρόπο».<sup>142</sup> Ο νομικός θα πρέπει να διαθέτει ένα διπλό αισθητήριο, ένα ιστορικό, «για να συλλαμβάνει με οξύτητα την ιδιαιτερότητα της κάθε εποχής και κάθε δικαϊκής μορφής» και ένα συστηματικό, «για να διαβλέπει την κάθε έννοια και την κάθε πρόταση σε ζωντανή σύνδεση και αλληλεπί-

141. Gönner-Rez., σ. 141 και την ερμηνεία του O. Behrends, «Geschichte, Politik...», ό.π. Αντίθετα ο H. Thieme, «Der junge Savigny», ό.π., σελ. 59, διαβλέπει στο παράδειγμα του τριγώνου την επιβίωση του φυσικού δικαίου της σχολής του Wolff.

142. Περί του επαγγέλματος, σ. 192.

δραση με το όλον, δηλαδή σε εκείνη τη σχέση που είναι η μοναδική αληθής και φυσική». <sup>143</sup> Αυτό το διπλό αισθητήριο προϋποθέτει η «αυστηρά επιστημονική μέθοδος της νομικής επιστήμης». Η τελευταία προσπαθεί «να παρακολουθήσει κάθε δεδομένο δικαιοτικό υλικό μέχρι τις ρίζες του και έτσι να ανακαλύψει την οργανική του αρχή, μέσω της οποίας ό,τι έχει ακόμα ζωή διαχωρίζεται από μόνο του απ' ό,τι είναι ήδη πεθαμένο και ανήκει πλέον στην ιστορία», <sup>144</sup> γιατί η μόνη δυνατότητα «να καταλάβουμε το παρόν μιας οργανικής κατάστασης... [συνίσταται] στη σύνδεσή της με το παρελθόν της, δηλ. ... κατά γενετικό τρόπο». <sup>145</sup>

Στη «Göppel-Rez.» βρίσκουμε τέλος μια εκτενέστερη παρουσίαση των μεθοδολογικών απόψεων του Savigny: «Σύμφωνα με τη μέθοδο που θεωρώ σωστή αναζητείται στην πολλαπλότητα, που προσφέρει η ιστορία, η ανώτερη ενότητα, η αρχή ζωής, μέσω της οποίας πρέπει να εξηγηθούν τα μεμονωμένα φαινόμενα, και έτσι να μετατραπεί όλο και περισσότερο σε πνεύμα το υλικό δεδομένο. Αυτή η δεδομένη πολλαπλότητα είναι όμως η ίδια διπλή, δηλαδή εν μέρει μια ταυτόχρονη, εν μέρει μια διαχρονική, πράγμα εκ του οποίου πρέπει να προκύψει αναγκαία μια διπλή επιστημονική μεταχείριση. Η αναγωγή της ταυτόχρονης πολλαπλότητας στην εσωτερική της ενότητα είναι η συστηματική μέθοδος, μια έκφραση, που... δεν θα έπρεπε να χρησιμοποιείται για την απλή κατάταξη σύμφωνα με τις τυπικές λογικές επόψεις. Η μεταχείριση της διαχρονικής πολλαπλότητας, αντίθετα, είναι η πραγματική ιστορική διαδικασία. Και αυτή η έκφραση συσχετίζεται από πολλούς... με μια κατά τη φύση της υποδεέστερη διαδικασία, με την απλή αναζήτηση δηλαδή ενός περιεχομενικού υλικού, αλλά αυτό συμβαίνει εντελώς άδικα. Η αληθινή ιστορική μέθοδος προσπαθεί μάλλον να παρακολουθήσει το δεδομένο προς τα πίσω διαμέσου όλων των μεταμορφώσεών του μέχρι τη δημιουργία (γένεσή) του. Με αυτόν τον τρόπο λοιπόν ακριβώς αντίστροφα μεταβάλλεται και μετατρέ-

---

143. Περί του επαγγέλματος, σ. 125.

144. Περί του επαγγέλματος, σ. 166.

145. F.C.v. Savigny, «Stimmen für und wider neue Gesetzbücker» (1816), εις: *Thibat und Savigny. Ihre programmatische Schriften...*, ό.π., σελ. 236.

πεται σε πνεύμα το αρχικά δεδομένο καθώς εκείνο που αρχικά φαινόταν ως νεκρό, άμορφο υλικό, πλέον θεωρείται ως ζωντανή δύναμη και δραστηριότητα του λαού. Η γενική προϋπόθεση αυτής της μεθόδου είναι αυτή, ότι κάθε λαός έχει στις καταστάσεις του εν γένει, και έτσι και ιδιαίτερα στο αστικό του δίκαιο, μια όχι μόνο τυχαία αλλά ουσιαστική και αναγκαία, μέσω του συνολικού παρελθόντος του θεμελιωμένη ιδιαίτερη ατομικότητα, ότι συνεπώς η εφεύρεση ενός κοινού δικαίου για όλους τους λαούς θα ήταν το ίδιο ανίσχυρη και μάταιη, όπως αυτή μιας γενικής γλώσσας, η οποία δήθεν θα αντικαθιστούσε τις ζωντανές γλώσσες...».<sup>146</sup>

Η γενική προϋπόθεση αυτής της μεθόδου είναι άρα διπλή. Κατ' αρχάς προϋποθέτει την οργανική συνεκτικότητα του δικαίου με την ατομικότητα του λαού έτσι όπως αυτή εκτέθηκε στη θεωρία περί των πηγών του δικαίου και συνοψίσθηκε τελικά στην έννοια του λαϊκού πνεύματος. Η θεωρία περί της γένεσης του δικαίου αποτελεί έτσι συγκροτησιακή προϋπόθεση της επιστημολογίας της νομικής επιστήμης. Επιπλέον προϋποθέτει ότι η «ανώτερη ενότητα» της ιστορίας, η «αρχή ζωής» ως η αρχή εξέλιξης τόσο της ιστορίας όσο και της ατομικότητας του λαού μπορεί να αποκαλυφθεί μέσα στην ίδια την ιστορία. Επειδή αυτή η «αρχή ζωής» αποτελεί το συνδεκτικό κρίκο μεταξύ ιστορίας και παρόντος, ανακηρύσσεται από τον Savigny σε βάση της «οργανικά προοδεύουσας νομικής επιστήμης». Η νομική επιστήμη που επαγγέλλεται ο Savigny «δίνει τη μεγαλύτερη βαρύτητα στο να διαγνωσθεί η ζωντανή συνεκτικότητα που συνδέει το παρόν με το παρελθόν και που χωρίς τη γνώση της θα αντιλαμβανόμαστε από τη δικαϊκή κατάστασή μας μόνο την εξωτερική εμφάνιση (εξωτερικά φαινόμενα), δεν θα κατανοούσαμε την εσωτερική ουσία... μετά όμως προσπαθεί... να διαχωρίσει εκείνο το κομμάτι που πράγματι έχει πεθάνει και που μόνο λόγω των δικών μας παρεξηγήσεων εξακολουθεί να διεξάγει μια παρακωλύουσα ψευτοζωή, για να κερδηθεί έτσι ελεύθερος χώρος για την εξέλιξη και την θεραπευτική επίδραση των ακόμα ζωντανών τμημάτων».<sup>147</sup>

146. Göpner-Rez., σ. 140 επ.

147. Σύστημα I, σ. XV.

Κατ' αυτόν τον τρόπο θα δημιουργηθεί μια «οργανική» και «πραγματικά ζωντανή» νομική επιστήμη, η οποία δεν θα συμπιέζεται από το βάρος του νεκρού υλικού του δικαίου και θα κερδίσει τη δύναμη για την εξέλιξη και διαμόρφωση του παρόντος δικαίου – θα δημιουργηθεί μια νομική επιστήμη ως «υποκείμενο για ζωντανό εθιμικό δίκαιο, δηλαδή για αληθινή πρόοδο».<sup>148</sup> Αυτή η βαθμίδα έχει προφανώς επιτευχθεί για τον Savigny στο «Σύστημα». Στον πρόλογο του πρώτου τόμου καθορίζει τη μέθοδο της έκθεσης ξεκάθαρα ως τη συστηματική.<sup>149</sup>

Επειδή για τον Savigny του «Περί του επαγγέλματος» το ιστορικό δεν αναφέρεται πλέον στο εμπειρικά τυχαίο, αλλά στο ιστορικά αναγκαίο, το πρόβλημα της σύνδεσης μεταξύ ιστορικής και συστηματικής μεθόδου παρουσιάζεται εδώ διαφορετικά. Στη «Μεθοδολογία» του Marburg ο Savigny κατανοούσε το πρόβλημα αυτό ως πρόβλημα της σχέσης μεταξύ του υλικού και της μορφής του δικαίου. Η συστηματοποίηση και ενσωμάτωση των δύο διαστάσεων επιτυγχάνεται εκεί –επειδή το υλικό είναι μεν αντικειμενικό και δεδομένο, αλλά τυχαίο– στη βάση της λογικής αναγκαιότητας της μορφής, δηλαδή μέσω γενικών δικαικών προσδιορισμών. Διαφορετικά έχουν τα πράγματα στο «Περί του επαγγέλματος». Η λογική αναγκαιότητα, με την οποία οι φυσικοδικαικές θεωρίες συνάγουν το δίκαιο από γενικές αρχές και τέλος το κωδικοποιούν, υποτιμάται εδώ ως «αυθαιρεσία» του νομοθέτη. Τα κριτήρια της συστηματικοποίησης δεν μπορούν άρα να προέλθουν από τη «μορφή» του δικαίου. Ο Savigny στρέφεται έτσι προς το «υλικό». Αυτό από την πλευρά του, δημιουργημένο με το «νόμο της εσωτερικής αναγκαιότητας» της ιστορίας, χαρακτηρίζεται από μια αναγκαιότητα που δεν είναι η λογική αναγκαιότητα.<sup>150</sup> Απ' αυτό το υλικό πρέπει να παραχθούν οι «καθοδηγητικές βασικές αρχές», μέσω των οποίων θα εξελιχθούν κατόπιν οι θεσμοί του θετικού δικαίου και το σύστημά του.

148. Περί του επαγγέλματος, σ. 175.

149. Πρβλ. Σύστημα I, σ. XXXVI.

150. Πρβλ. F.J. Stahl, *Philosophie des Rechts*, τόμ. 1, 1830, σ. 112. Η αλληλεπίδραση μεταξύ Savigny και Stahl είναι συνειδητή και αποδεκτή και από τους δύο θεωρητικούς.



Το μη-λογικό στοιχείο της συστηματικοποίησης του δικαίου έχει τη ρίζα του στην ιδιαιτερότητα (υφή) αυτού του υλικού. Αν κατά τη συστηματικοποίηση του θετικού δικαίου πρόκειται για τη «διάγνωση και έκθεση της εσωτερικής συνεκτικότητας ή της συγγένειας, μέσω της οποίας οι μεμονωμένες νομικές έννοιες (Rechtsbegriffe) και οι κανόνες δικαίου συνδέονται σε μια μεγάλη ενότητα»,<sup>151</sup> και αν αυτή η ενότητα και η εσωτερική συνεκτικότητα κατανοούνται «οργανικά», αν η συνεπεια του δικαίου είναι «οργανική συνέπεια»,<sup>152</sup> τότε δεν πρόκειται για μια τυπική-λογική συστηματικοποίηση». Η τελευταία θα αποτύγχανε να εκθέσει τη σχέση των επιμέρους μερών μεταξύ τους και προς το όλο του «Οργανισμού» – την παράσταση, ότι κάθε ένα από αυτά είναι συνθήκη του άλλου και ταυτόχρονα εξαρτάται απ' αυτό, παρουσιάζοντάς τα σε ένα απλουστευτικό σχήμα αιτίας και συνέπειας.<sup>153</sup> Η αναζήτηση των κριτηρίων της συστηματικοποίησης στην ιστορία του δικαίου, κυρίως στην «εσωτερική» ιστορία τους, ως την ιστορία των μεμονωμένων δικαιοκτών θεσμών και της συνεκτικότητάς τους, νομιμοποιείται κατά τον Savigny μέσω της διπλής θέσης, ότι το δίκαιο έχει τη δομή ενός οργανισμού που έχει δημιουργηθεί ιστορικά κατά ανεπανάληπτο τρόπο. Η υπεροχή της δικής του μεθόδου έγκειται ακριβώς στην αντιστοιχία της προς την υφή του αντικειμένου της. Πίσω από την εικόνα όμως του οργανισμού κρύβεται η αντίληψη μιας αναγκαίας, «φυσικής τάξης», ενός «φυσικού συστήματος» του δικαίου.<sup>154</sup> Σύμφωνα με τις απαιτήσεις της μεθοδολογίας του Savigny το σύστημα του δικαίου δεν αποτελεί μια εφεύρεση, δεν είναι «κατασκευή μιας ορθολογικής τάξης, αλλά ανακατασκευή της ενδογενούς ενότητας του δικαίου, όχι τυπική ταξινόμηση, αλλά «οργανική» διάρθρωση του δικαίου».<sup>155</sup> Αυτό το «φυσικό σύστημα» του θετικού δικαίου είναι δε-

151. Σύστημα I, σ. XXXVI.

152. Σύστημα I, σ. 292.

153. Πρβλ. Σύστημα I, σ. 292.

154. Πρβλ. Σύστημα I, σ. 388, όπου γίνεται λόγος για τη «φυσική σειρά» και «τάξη» των δικαιοκτών θεσμών.

155. W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Φρανκφούρτη, σελ. 60.

σμευτικό για τη νομική επιστήμη, γιατί δημιουργήθηκε χωρίς «συνειδητή βούληση και πρόθεση» και με «εσωτερική αναγκαιότητα».

Ο Savigny προσπαθεί να λύσει το πρόβλημα της συνένωσης ιστορικής και συστηματικής μεθόδου αναζητώντας να εγγυηθεί τόσο την αναγκαιότητα του αντικειμένου (του υλικού) όσο και αυτήν της συστηματικοποίησής του (της μορφής). Και τα δύο πρέπει να προέρχονται από το ίδιο ενιαίο πεδίο, αυτό της ιστορίας. Η «οργανικά προοδύουσα νομική επιστήμη» με την «αυστηρή ιστορική μέθοδό της» οφείλει τόσο να εξασφαλίσει το περιεχόμενο του θετικού δικαίου, διαχωρίζοντας το νεκρό από το ζωντανό υλικό, όσο και να θέσει στη διάθεση της συστηματικής επιστήμης την «αρχή ζωής» και τις «καθοδογητικές βασικές αρχές» του δικαίου.

Προβληματική βέβαια σ' αυτή τη μεθοδολογία παραμένει η βάση της, η κατανόηση της ιστορίας, η υπόθεση μιας «αρχής ζωής» και «αρχής εξέλιξης» της ιστορίας. Καθώς η αρχή αυτή ανακηρύσσεται από τον Savigny συνειδητά σε υπόβαθρο της επιστημονικής έρευνας και επεξεργασίας του δικαίου, και καθώς αποτελεί το κριτήριο που καθιστά δυνατή τη διάκριση μεταξύ νεκρού και ζωντανού δικαίου και τη «σωστή» εξέλιξη του δικαίου στο μέλλον, καθίσταται αναγκαίο να προσδιορισθεί ως προς το περιεχόμενό της. Ακριβώς όμως επειδή ο Savigny την κατανοεί ως την αρχή εξέλιξης της ιστορίας και του ιδιαίτερου λαού –και έτσι έμμεσα του δικαίου– δεν μπορεί η αρχή αυτή εξ ορισμού να προσδιορισθεί περιεχομενικά. Γιατί η «υπόθεσή» της δεν έχει παρθεί από την ιστορία, αλλά συγκροτεί την ιστορία εν γένει. Ως αρχή εξέλιξης της ιστορίας είναι αναγκαστικά υπερ-ιστορική, αποτελεί τη βάση της ιστορίας. Η σύνδεση της ιστορίας με το παρόν είναι έτσι και για τον Savigny υπερ-ιστορική και η αντίληψή του περί ιστορίας αποδεικνύεται ως ένας αναστοχασμός της ιστορίας, του οποίου η σκοπιά και το ενδιαφέρον βρίσκονται εκτός ιστορίας, και ο οποίος αυτοπάρεξηγείται ως «θεωρία περί του νόμου της ιστορίας».<sup>156</sup>

---

156. Πρβλ. τη σχετική θέση του W. Schild, «Savigny und Hegel. Systematische Überlegungen zur Begründung einer Rechtswissenschaft zwischen Jurisprudenz und Philosophie», εις: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX, Anales de la catedra Francisco Suarez*, No 18-19, Γρανάδα 1978/79, σσ. 271-320, 283.

Με το αξίωμα που εγείρεται της συνοχής μεταξύ ιστορίας και παρόντος επιτυγχάνεται μεν η αναγκαία ενότητα της ιστορίας και η ανάδειξη του παρόντος ως του «ζωντανού προϊόντος» του παρελθόντος, αλλά το τίμημα είναι η αποδοχή μιας αυθαίρετης υπόθεσης και η αποτυχία της σύλληψης του πραγματικού νοήματος της ιστορικότητας του παρόντος.<sup>157</sup>

Ο Savigny πράγματι δεν προσπάθησε πουθενά να θεμελιώσει την αντίληψή του περί ιστορίας. Συνολικά φαίνεται να ενδιαφέρεται λιγότερο για τη φιλοσοφική διαλεύκανση των προϋποθέσεων της και περισσότερο για την εποπτική παρουσίαση των θέσεων του. Η οξύτατη κριτική που έχει ασκηθεί σ' αυτή τη θεωρία, ξεκινά ακριβώς απ' αυτή την έλλειψη θεμελίωσης και από την προσπάθεια του Savigny να τη συγκαλύψει με τη χρήση ισχυρών εντυπωσιακών γλωσσικών εικόνων και βιολογικών κατηγοριών, όπως ο παραλληλισμός μεταξύ της εξέλιξης του δικαίου και του λαού με τη φυσική ανάπτυξη, άνθηση, ωριμότητα και θάνατο ενός οργανισμού, που ωστόσο δεν προσφέρουν τίποτε στη θεμελίωση και στη διασαφήνιση της ιστορικής εξέλιξης, αλλά μάλλον μαρτυρούν τον ελλιπή αναστοχασμό της θεωρίας αναφορικά προς τη διαφορά μεταξύ του κατηγοριακού πλαισίου της ιστορίας και της φύσης.

Η υπόθεση μιας «αρχής ζωής και εξέλιξης» της ιστορίας αντιστοιχεί στα πλαίσια της θεωρίας περί γένεσης δικαίου στην υπόθεση της θεϊκής αποκάλυψης. Και οι δύο παραμένουν ως προς το περιεχόμενό τους απροσδιόριστες. Προβληματική γίνεται έτσι όμως και η συστηματικοποίηση του θετικού δικαίου. Μια περιεχομενικά μη συγκεκριμένη αρχή είναι άχρηστη και για το «Σύστημα».<sup>158</sup>

Αν εξετάσει έτσι κανείς τη μεθοδική σύλληψη του ιστορι-

---

157. Πρβλ. την άποψη του W. Schild, *ό.π.*, σ. 287 επ., περί αποτυχίας της θεμελίωσης μιας αυτόνομης μη-φιλοσοφικής νομικής επιστήμης από τον Savigny και αυτήν του Böckenförde, *ό.π.*, σ. 15, ότι ο ιστορισμός του Savigny είναι στον πυρήνα του αντι-ιστορικός.

158. Το τελευταίο θα μπορούσε να αποτελεί ένδειξη για το ότι η βάση, στην οποία οικοδομείται το «Σύστημα» είναι στην πραγματικότητα μια άλλη απ' αυτήν που διακηρύσσει ο Savigny στα μεθοδολογικά-προγραμματικά του έργα.

σμού από τον Savigny, θα διαπιστώσει ότι ούτε η θέση περί ιστορικότητας και θετικότητας του δικαίου, ούτε η ιστορικιστική σχετικοποίηση του γενικού-φιλοσοφικού στοιχείου του δικαίου που εμπεριέχει μια αντίστοιχη σχετικοποίηση της «φύσης του ανθρώπου» οδηγούν στο ριζοσπαστικό σχετικισμό του κατοπινού ιστορισμού στα τέλη του 19ου αιώνα. Οι ιστορισμός του Savigny στρέφεται μεν εναντίον του φυσικού δικαίου, αναλαμβάνει όμως την ίδια λειτουργία μ' αυτό, στο βαθμό που και αυτός προσπαθεί να θεμελιώσει την αναγκαιότητα ορισμένων δικαιοκτών περιεχομένων. Οπότε εδώ δεν έχουμε να κάνουμε τόσο με μια απόλυτη αντιπαράθεση μεταξύ ιστορικής και φυσικοδικαιικής σχολής –όπως θέλει να την παρουσιάσει και ο ίδιος ο Savigny– αλλά μάλλον με την αντικατάσταση της «λογικής αναγκαιότητας» φυσικοδικαιικών θεωριών από το «νόμο εσωτερικής αναγκαιότητας», κάτω από τον οποίο εξελίσσεται η ιστορία και η ιστορική γένεση του δικαίου. Και εδώ φαίνεται η εγγύτητα του Savigny προς το φυσικό δίκαιο.<sup>159</sup> Οι σχετικιστικές συνέπειες του ιστορισμού προλαμβάνονται με τη θεολογική-μυστικιστική θεμελίωση του δικαίου και με την υπόθεση μιας υπερ-ιστορικής αρχής της ιστορικής εξέλιξης. Ο ιστορισμός του Savigny παραμένει προβληματικός στο βαθμό που δεν είναι σε θέση να δείξει αυτή την αρχή. Αλλά και ως ιστορικιστική θεωρία παραμένει προβληματικός, γιατί δεν φέρει σε πέρας την αντίληψη, που ωστόσο ενυπάρχει σ' αυτόν και πάνω στην οποία στηρίζεται η κριτική του φυσικού δικαίου, ότι το δίκαιο ως ιστορικό προϊόν διατρέχει μια εξέλιξη, η οποία μας απαγορεύει να το θεωρήσουμε σύμφωνα με το μοντέλο ενός αιώνια αληθούς δικαίου. Αυτή η ιδέα της εξέλιξης ως της ιστορικότητας του δικαίου επισκιάζεται όμως από την αντίληψη της ιστορικότητας ως μιας απόλυτης αναγκαιότητας. Έτσι η υπόσχεση του Savigny να παρακολουθήσει «το δίκαιο προς τα πίσω διαμέσου όλων των μεταμορφώσεών του μέχρι τη δημιουργία του από τη φύση, τη μοίρα και τις ανάγκες του λαού», δεν πραγματοποιείται ούτε από τον ίδιο, ούτε από τους άλλους εκπροσώπους

---

159. Πρβλ. H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4η έκδ., Γκαίτινγκεν 1990, σ. 173.

της σχολής. Η παραμέληση αυτού του αιτήματος στην πράξη είναι στην πραγματικότητα μόνο συνέπεια της (ήδη στο πρόγραμμα της Ιστορικής Σχολής διαπιστώσιμης) μετάθεσης του ενδιαφέροντος από το ιστορικά-εμπειρικά ή κοινωνιολογικά προσδιορισμένο δίκαιο στο απόλυτα-αναγκαίο. Άλτο παραμένει και το κεντρικό πρόβλημα της διαμεσολάβησης της θέσης περί της ιστορικής ιδιαιτερότητας, μοναδικότητας και ατομικότητας των ιστορικών μορφωμάτων με τη θέση περί ενός «νόμου εσωτερικής αναγκαιότητας» στην ιστορία. Και οι δύο θέσεις παραμένουν στον Savigny απλοί ισχυρισμοί. Το ότι είναι μεταξύ τους συμβατές δεν αποδεικνύεται, ούτε καν ερευνάται, αλλά αποτελεί επίσης μια υπόθεση. Χωρίς ωστόσο να προϋποτεθεί ένας τέτοιος νόμος, η απλή παραπομπή στην ιστορία δεν αρκεί για να νομιμοποιήσει το αίτημα της ισχύος ενός συγκεκριμένου ιστορικού δικαίου. Γιατί, όπως αντέταξε ήδη ο Hegel στον Hugo,<sup>160</sup> η ιστορία του δικαίου δείχνει μόνον, ότι ένα συγκεκριμένο δίκαιο δημιουργήθηκε κάτω από ορισμένες ιστορικές συνθήκες και αποδεικνύει ακριβώς το αντίθετο, το εφήμερον αυτού του δικαίου: αν εκπέσουν εκείνες οι ιστορικές συνθήκες, θα εκλείψει και η νομιμοποίηση της ύπαρξής του.

---

160. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, εις: G.W.F. Hegel, *Werke in zwanzig Bänden*, έκδ. Eva Moldenhauer και Karl Markus Michel, τόμ. 7, Φρανκφούρτη 1970, § 3, σελ. 37.