

THIBAUT KAI SAVIGNY:
Η «ΔΙΕΝΕΞΗ ΠΕΡΙ ΚΩΔΙΚΟΠΟΙΗΣΗΣ» ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
ΚΑΙ Η ΣΥΓΚΡΟΤΗΣΗ ΤΟΥ «ΠΡΩΙΜΟΥ» ΙΣΤΟΡΙΣΜΟΥ

ΑΛΙΚΗ ΛΑΒΡΑΝΟΥ

Η σύγχρονη προβληματική πάνω σε ζητήματα θεμελίωσης των κοινωνικών επιστημών ανατρέχει σε δύο θεωρητικές παραδόσεις, που κατ' αρχάς θα μπορούσαν να χαρακτηρισθούν ως κανονιστική-φορμαλιστική και σχετικιστική-ιστοριστική αντίστοιχως, και επιχειρεί να διατυπώσει τα προβλήματα θεμελίωσης και τις προϋποθέσεις της «επίλυσης» τους αναστοχασζόμενη τον τρόπο συγκρότησής τους ως αντίπαλων θεωρητικών υποδειγμάτων, τα αδιέξοδα και τις αντινομίες στα οποία οδηγούνται, αλλά και τις αναγκαίες μεταβάσεις που επιτελούνται – ακριβώς λόγω των αντινομιών – από το ένα θεωρητικό υπόδειγμα στο άλλο. Τέτοιες μεταβάσεις επιβάλλουν τη σύγχρονη προσέγγιση και ανασυγκρότηση των δύο αντίπαλων θεωρητικών υποδειγμάτων με έναν ενιαίο τρόπο: ως αφαιρέσεων, δηλαδή, από μια ενιαία διαδικασία θεμελίωσης των κοινωνικών επιστημών που θεματοποιεί και τις αντινομίες που παράγονται σε μια τέτοια διαδικασία.¹

Το κείμενο που ακολουθεί παρακολουθεί την αρχική συγκρότηση του θεωρητικού παραδείγματος του «πρώιμου ιστορισμού»² μέσω της αντιπαράθεσής του προς κανονιστικές θεωρίες στα τέλη του 18ου και στις αρχές του 19ου αιώνα. Εκκινώντας από τη «διένεξη περί κωδικοποίησης» του αστικού δικαίου στις αρχές του 19ου αιώνα, αναζητά να διευκρινίσει τις μεθοδολογικές και επιστημολογικές βάσεις των δύο τύπων θεωρίας αλλά και να καταδείξει τις πολιτικές-πρακτικές συνέπειές τους. Επιχειρεί στη συνέχεια να δείξει ότι η εσωτερική λογική αυτών των δύο τύπων δεν οδηγεί μόνον στη συγκρότηση αντίπαλων μεθοδολογικών και επιστημολογικών θέσεων αλλά και σε βαθμιαίες μεταβάσεις από τον έναν τύπο θεωρίας στον άλλο. Έτσι, προβλήματα εφαρμοσιμότητας των έλλογων αρχών δικαίου σε συγκεκριμένες ιστορικές κοινωνίες οδηγούν την κανονιστική-φορμαλιστική θεωρία σε αναστοχασμό τόσο της ιστορικής γένεσης των έλλογων αυτών αρχών όσο και σε αναστοχασμό της ιστορικότητας της ίδιας της θεωρίας. Αντίστοιχα μεθοδολογικά και επιστημολογικά αδιέξοδα του «πρώιμου ιστορισμού» τον οδηγούν σε μετριασμό των ακραίων επιστημολογικών και μεθοδολογικών

συνεπειών του, σε υποχωρήσεις έναντι του αντίπαλου τύπου θεωρίας, και επιβάλλουν τελικά – προκειμένου να ολοκληρωθεί η συγκρότηση μιας ιστοριστικής θεωρίας – τη χρήση εννοιικών πλαισίων και επιχειρηματολογιών που προέρχονται κατ' ευθείαν από την κανονιστική-φορμαλιστική παράδοση.

I.

Η ιστορική διαδικασία συγκρότησης του «πρώιμου ιστορισμού» δείχνει κατά παραδειγματικό τρόπο τη στενή σύνδεση μεθοδολογικών και επιστημολογικών προγραμμάτων με πολιτικές στρατηγικές. Η ανάπτυξη των δύο αντίπαλων τύπων θεωρίας δεν εκκινεί από μεθοδολογικές και επιστημολογικές διαφορές,³ αλλά εδράζεται σε βαθύτατες πολιτικές διαφορές. Είναι χαρακτηριστικό ότι η αντιπαράθεση μεταξύ κανονιστικής και ιστοριστικής θεωρίας λαμβάνει χώρα στο πλαίσιο της διαμάχης για τη Γαλλική Επανάσταση.⁴ Στις αρχές του 19ου αιώνα στη Γερμανία, η αντιπαράθεση αυτή παίρνει τη μορφή της «διένεξης περί κωδικοποίησης» του αστικού δικαίου που διεξάγεται το 1814 μεταξύ των δύο κορυφών για την εποχή τους νομικών του ρωμαϊκού δικαίου, του Anton Friedrich Justus Thibaut, (Αντον Φρίντριχ Γιούστους Τιμπώ) εκπρόσωπου μιας ορθολογικής θεωρίας του δικαίου με έντονες επιρροές από τη φιλοσοφία του διαφωτισμού, και του Friedrich Carl von Savigny (Φρίντριχ Καρλ φον Σαβινύ) που ένα χρόνο αργότερα γίνεται ο ιδρυτής της – σε όλο τον 19ο αιώνα απόλυτα κυρίαρχης – «ιστορικής σχολής του δικαίου». Η διένεξη αφορά ένα μείζον πολιτικό ζήτημα της εποχής, το ερώτημα περί της αναγκαιότητας ενός μοντέρνου αστικού δικαίου υπό την μορφή αστικού κώδικα. Το ερώτημα όμως αυτό, καθώς αναφέρεται στη δυνατότητα ενός ενιαίου εθνικού αστικού κώδικα για όλα τα γερμανικά κράτη, συνδέεται με ένα θεμελιώδες ζήτημα του συνταγματικού δικαίου, την προβληματική δηλαδή της συγκρότησης ενός ενιαίου γερμανικού κράτους. Συνοπτικά, ο Thibaut υποστηρίζει τη δυνατότητα και την αναγκαιότητα ενός γερμανικού αστικού κώδικα που θα ρυθμίζει τις κοινωνικές σχέσεις με γνώμονα τις νεωτερικές αξίες της ελευθερίας, της αυτονομίας του προσώπου, της ισότητας, της κατάργησης των προνομίων, της γενικότητας και δημοσιότητας του νόμου, κ.λπ. Ο Savigny, από την πλευρά του, απορρίπτει τόσο την αναγκαιότητα μιας τέτοιας ρύθμισης, παραπέμποντας στην ιστορικότητα των κοινωνικών-δικαιικών σχέσεων που είναι ήδη ιστορικά ρυθμισμένες από το ισχύον ρωμαϊκό δίκαιο, όσο και τη δυνατότητά της, κατηγορώντας τέτοιου τύπου ρυθμίσεις ως αφηρημένες και φορμαλιστικές, που ταυτόχρονα – λόγω της αφάιρσης από τη συγκεκριμένη ιστορική πραγματικότητα των δικαιοικών σχέσεων – αδυνατούν να προσδιορίσουν την εφαρμογή τους και να εγγυηθούν τα αποτελέσματά τους.

Η «διένεξη περί κωδικοποίησης» έχει σαφώς ιστορικές προϋποθέσεις που συνδέονται με την κρίση του ρωμαϊκού δικαίου, την κατάρρευση της Αγίας Ρωμαϊκής Αυτοκρατορίας και τη Γαλλική Επανάσταση. Το ρωμαϊκό δίκαιο ως το δίκαιο της Αγίας Ρωμαϊκής Αυτοκρατορίας των Γερμανικών Εθνών (Heiliges Römisches Reich Deutscher Nationen) ισχύει το ίδιο ως ιερό, έτσι ώστε δεν ετίθετο ζήτημα αμφισβήτησης της βάσης της νομιμοποίησης και της εγκυρότητάς του. Σαφώς η κρίτική στο ρωμαϊκό δίκαιο αρχίζει πολύ νωρίτερα, αλλά δεν οδηγεί σε σχετικοποίηση της εγκυρότητας και της κυριαρχίας του. Ήδη ο Hermann Conring (Χέρμαν Κόνρινγκ)⁵ στο βιβλίο του *De origine iuris Germanici* (1643) είχε δείξει ότι το ρωμαϊκό δίκαιο δεν εισάγεται στη Γερμανία – όπως θεωρείτο – μέσω μιας νομοθετικής πράξης του κάιζερ Λόταρ Α' (translatio imperii), αλλά γίνεται αποδεικτό σιωπηρά και μόνον αποσπασματικά, ενώ ταυτόχρονα δεν ίσχυσε ποτέ στη Γερμανία ως η μόνη πηγή δικαίου. Όμως αυτή η πρώιμη κατάδειξη της ιστορικότητας του ρωμαϊκού δικαίου επέφερε για τον Conring την κατηγορία της ύβρεως και δεν εξαφάνισε ποτέ εντελώς τον «μύθο του Λόταρ». Ήδη από τον 16ο αιώνα⁶ υπήρχαν τάσεις για μια ισχυρότερη συστηματικοποίηση και ταυτόχρονα γερμανοποίηση του ρωμαϊκού δικαίου, αλλά μέχρι τα τέλη του 18ου αιώνα το ρωμαϊκό δίκαιο κυριαρχεί στην πρακτική της Αγίας Ρωμαϊκής Αυτοκρατορίας. Τον 18ο αιώνα η φιλοσοφία του διαφωτισμού, τα αιτήματα της ελευθερίας και της ισότητας, του ανθρωπισμού και της ανεκτικότητας ασκούν ισχυρή κριτική στο οικοδόμημα του ρωμαϊκού δικαίου και επιφέρουν σημαντικές αλλαγές τόσο στην πρακτική του δικαίου (π.χ. στο ζήτημα των βασανιστηρίων και στις δίκες των μαγισσών), όσο και στη συστηματικοποίηση του ρωμαϊκού: το ρωμαϊκό δίκαιο παίρνει μια νέα μορφή μέσω της φυσικοδικαιικής συστηματικής.

Η Αγία Ρωμαϊκή Αυτοκρατορία παύει τυπικά να υπάρχει στις 6 Αυγούστου 1806, όταν ο κάιζερ Φραντς Β' καταθέτει το στέμμα. Επρόκειτο ωστόσο για μια συμβολική πράξη της οποίας προηγείται η ίδρυση του Συνασπισμού του Ρήνου (Rheinbund) στις 12 Ιουλίου του ίδιου έτους, ως συνένωσης 16 γερμανών ηγεμόνων υπό την προστασία της Γαλλίας (προτεκτοράτο), στην οποία προσχωρούν στη συνέχεια και άλλοι 23 ηγεμόνες. Η ίδρυση του Συνασπισμού του Ρήνου σημαίνει ταυτόχρονα και ρητά την αποχώρηση από την παλαιά Αυτοκρατορία και ισοδυναμεί με δικαιική ασυνέχεια μεταξύ του Συνασπισμού του Ρήνου και της Αυτοκρατορίας.

Οι εξελίξεις αυτές αφορούν βέβαια το συνταγματικό δίκαιο, αλλά έχουν ισχυρές επιπτώσεις και για το αστικό. Στην παλαιά Αυτοκρατορία η ενότητα συνταγματικού και αστικού δικαίου ήταν εγγυημένη από τη συνολική κυριαρχία του ρωμαϊκού δικαίου. Όσον αφορά όμως τον Συνασπισμό του Ρήνου, η κυρίαρχη ερμηνεία⁷ θεωρούσε ότι το μέχρι τότε ισχύον ρωμαϊκό δίκαιο εξακολουθεί να ισχύει ως «αποδεικτό» (rezipiertes) δίκαιο στον βαθμό που δεν καταργείται από άλλη εγχώρια νομοθεσία.

Αυτό σήμαινε δύο πράγματα: Αφ' ενός μεν, ότι το ρωμαϊκό δίκαιο εξακολουθεί να ισχύει, αφ' ετέρου δε, ότι η νομιμοποιητική του βάση δεν συνίσταται πλέον στο γεγονός ότι πρόκειται για το παραδεδομένο και ιερό δίκαιο της παλαιάς Αυτοκρατορίας, αλλά εξαρτάται από την κυρίαρχη βούληση των ηγεμόνων. Από εδώ όμως συνάγεται σαφώς το δικαίωμα του ηγεμόνα να αλλάξει το (αστικό) δίκαιο.

Στό βασίλειο της Βεστροφάλιας αυτό γίνεται πραγματικότητα την 1η Ιανουαρίου του 1808, όταν εισάγεται ένας νέος αστικός κώδικας, ο Ναπολεόντειος (Code civil, 1804). Ο κώδικας αυτός είναι το κατ' εξοχήν προϊόν της Γαλλικής Επανάστασης, αποπνέει το πνεύμα της ελευθερίας και της ισότητας και εκφράζει σαφώς τη νεωτερική πολιτική αντίληψη της συνειδητής ρύθμισης των κοινωνικών σχέσεων ως σχέσεων ελευθερίας και ισότητας. Η κοινωνικά, πολιτικά αλλά και στρατιωτικά ενισχυμένη συνειδητοποίηση αυτών των αρχών συνοψίζεται στα 2281 άρθρα του Κώδικα, ο οποίος και θεωρείται από τους σύγχρονους ως ένα εξαιρετικά «λεπτό» βιβλίο. Ο Κώδικας στηρίζεται μεν στο ρωμαϊκό δίκαιο ως το «λατινικό» θεμέλιό του, αλλά όχι στο ρωμαϊκό δίκαιο της προεπαναστατικής κοινωνική δομής των ευρωπαϊκών κοινωνιών, αλλά σε ένα ρωμαϊκό δίκαιο έτσι όπως αυτό είχε μετασχηματισθεί, μεσολαβημένο από τη θεωρία φυσικού δικαίου του διαφωτισμού, σε ευρωπαϊκό δίκαιο της αστικής εποχής. Ο Κώδικας βέβαια προετοίμαζε και ταυτόχρονα εδραίωνε τη γαλλική κυριαρχία στην Ευρώπη. Γι' αυτό και ο Κώδικας, που είχε προβλεφθεί να γίνει το αστικό δίκαιο ολόκληρης της Ευρώπης, δεν περιέχει μεμονωμένες, τοπικές δικαιοτικές ρυθμίσεις, αλλά έχει ήδη προβεί σε υψηλού επιπέδου αφαιρέσεις από όλες τις τοπικές ρυθμίσεις. Οι αφαιρέσεις αυτές, η γενικότητα δηλαδή των δικαιοτικών ρυθμίσεων του Κώδικα, εκφράζουν, από τη μια πλευρά, το ίδιο το νεωτερικό κριτήριο της δικαιοσύνης (αφηρημένη και γενική μορφή του δικαίου), από την άλλη, αποτελούν ταυτόχρονα το πολιτικό μέσο για τη δημιουργία ενός ευρωπαϊκού αστικού δικαίου της μετεπαναστατικής Ευρώπης. Η επιτυχία του Κώδικα ήταν τεράστια.⁸ Στη Γερμανία η εισαγωγή του στο βασίλειο της Βεστροφάλιας, στη Φραγκφούρτη, στις χανσεατικές πόλεις (Αμβούργο, Βρέμη), στο Lippe, στο δουκάτο του Aremberg και στο μεγαλοδουκάτο του Berg οφείλονται σε στρατιωτικές ήττες. Αλλά το παράδειγμα του Anhalt-Köthen δείχνει ότι ο Κώδικας εισάγεται και εθελοντικά. Στην αριστερή πλευρά του Ρήνου – είχε ήδη προσαρτηθεί στη Γαλλία – ο Κώδικας ισχύει με τη δημοσίευσή του το 1804. Στη Βάδη ο Κώδικας, σε μια πιο γερμανική έκδοσή του, συνεχίζει να ισχύει και μετά την ήττα του Ναπολέοντα. Στα πρωσικά εδάφη στην αριστερή πλευρά του Ρήνου ο Κώδικας εξακολουθεί να ισχύει μέχρι το τέλος του 19ου αιώνα.

Η «διένεξη περί κωδικοποίησης» έχει έτσι δύο προϋποθέσεις: Προϋποθέτει, αφ' ενός, τη ριζική κριτική του διαφωτισμού στη δομή της προνεωτερικής (φεουδαλικής) κοινωνίας και την ανάπτυξη της μοντέρνας θεωρίας του «φυσικού δικαίου» ως γνώμο-

να τόσο της κριτικής σε προνεωτεριστικές δικαιοκτικές ρυθμίσεις όσο και μιας δικαιοκτικής πολιτικής του «επισυγχρονισμού» των κοινωνικών σχέσεων, της μετατροπής τους σε νεωτεριστικές. Αφ' ετέρου, προϋποθέτει την ίδια τη Γαλλική Επανάσταση, τις στρατιωτικές νίκες του Ναπολέοντα, που οδηγούν ταυτόχρονα στην εξάπλωση του γαλλικού αστικού κώδικα, αλλά και την τελική ήττα του Ναπολέοντα, τους λεγόμενους «απελευθερωτικούς πολέμους» ενάντια στη ναπολεόντεια κυριαρχία, μέσω των οποίων συντελείται η «εθνική αφύπνιση» των γερμανικών λαών.

Η ήττα του Ναπολέοντα επαναθέτει το πρόβλημα ενός μοντέρνου αστικού δικαίου για την Γερμανία, αλλά κάτω από διαφορετικούς πολιτικούς και ιστορικούς όρους. Με την ήττα του Ναπολέοντα και την ιδεολογική ταύτιση της κυριαρχίας του Code civil με τη γαλλική κυριαρχία εν γένει, η παράταξη των «διαφωτιστών» περνάει σε θέση άμυνας και υποχώρησης, αφού έχει ελκείψει η πολιτική και στρατιωτική δύναμη που προωθεί τη νεωτεριστική δικαιοκτική αντίληψη, και η υποστήριξη της εγειρεί πλέον υποψίες για «γαλλόφιλη» πολιτική, ενώ ενισχύεται η «συντηρητική» παράταξη, οι υποστηρικτές του Ancien Régime. Το ερώτημα όμως για τη δυνατότητα ή αναγκαιότητα ενός μοντέρνου αστικού δικαίου δεν τίθεται πλέον μόνον ως ερώτημα περί ενός αφηρημένου «δέοντος», αλλά και ως ερώτημα περί *ενός δέοντος που έχει ήδη εν μέρει πραγματοποιηθεί*, που είναι ήδη εν μέρει θετικό δίκαιο. Έτσι, η αντιπαράθεση ενός «αφηρημένου δεοντικού» και ενός «συγκεκριμένου ιστορικού» δικαίου κάμπτεται διαρκώς από μια διαμεσολάβηση του συγκεκριμένου-ιστορικού από το αφηρημένο και δεοντικό που – έστω και αποσπασματικά (από τη σκοπιά της κανονιστικής θεωρίας), έστω και στρεβλά ή ως μη ώφειλε (από την πλευρά της ιστοριστικής θεωρίας) – έχει ήδη λάβει χώρα. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίον η αντιπαράθεση «δέοντος» και «πραγματικού», έλλογα θεμελιωμένων γενικών αρχών δικαίου και ιστορικά ανεπτυγμένων δικαιοκτικών μορφών και περιεχομένων, δεν παρουσιάζεται μόνο ως αντιπαράθεση και αντιπαλότητα των δύο επιχειρηματολογιών, αλλά αναπαράγεται διαρκώς και στο εσωτερικό της κάθε μιας.

Η κριτική στον Ναπολεόντεια Κώδικα αρχίζει σαφώς νωρίτερα από το 1814, ταυτόχρονα σχεδόν με την έκδοσή του. Το πιο σημαντικό κείμενο είναι ίσως αυτό του Carl Albert Christoph Heinrich von Kamptz (Καρλ Αλμπερτ Κρίστοφ Χάινριχ φον Καμπτς, 1769-1849) με τίτλο «Σκέψεις πάνω στην εισαγωγή του Ναπολεόντειου Κώδικα στα κράτη του συνασπισμού του Ρήνου».⁹ Η κριτική του von Kamptz εστιάζει στην κατάδειξη της αδυναμίας εφαρμογής του στα γερμανικά κράτη. Το επιχειρημά του στηρίζεται στην έλλειψη ρυθμίσεων από πλευράς του Κώδικα για όλους εκείνους τους θεσμούς που ο συγγραφέας θεωρεί ότι αποτελούν τους βασικούς παραδεδομένους και ιερούς δικαιοκτικούς θεσμούς της Γερμανίας, δηλαδή για την αριστοκρατία, το φεουδαλικό δίκαιο (Lehnrecht), τα κληρονομικά δικαιώματα του πρωτότοκου

(primogenitur) κ.λπ. Η ιερότητα αυτών των παραδεδομένων θεσμών συνδέεται με την ανερχόμενη εθνική αυτοσυνείδηση των γερμανικών λαών, έτσι ώστε ο Κώδικας να απορρίπτεται πλήρως με την αιτιολογία ότι προσβάλλει την γερμανική εθνική υπερηφάνεια.

Στις αρχές του 1814 εκδίδεται ένα μικρό βιβλιαράκι του August Wilhelm Rehberg (Αουγκουστ Βίλχελμ Ρέμπεργκ) με τίτλο «Για τον Ναπολεόντειο Κώδικα και την εισαγωγή του στη Γερμανία»¹⁰ που έμελλε να αποτελέσει την εξωτερική αφορμή της «διένεξης περί κωδικοποίησης» του αστικού δικαίου. Ο Rehberg ανήκει επίσης στην εθνική-συντηρητική παράταξη, αλλά μπορεί πλέον να εκκινεί την επιχειρηματολογία του από την τελειωτική στρατιωτική ήττα του Ναπολέοντα και την κατάδειξη της αποτυχίας εκείνων των «ονειροπόλων» φιλοσόφων που θέλησαν να εισάγουν την πλήρη ελευθερία και ισότητα μεταξύ των ανθρώπων. Και στο κείμενο αυτό η εθνική υπερηφάνεια και η αξιοπρέπεια ενός λαού συνδέονται με την συντηρητική πολιτικό-κοινωνική στάση, με την διατήρηση των «κληρονομημένων σχέσεων, νόμων, εθίμων και γλώσσας», και παρουσιάζονται ως βαλλόμενες από τον γαλλικό Κώδικα. Ο Rehberg όμως αντιλαμβάνεται ταυτόχρονα και το πραγματικό πρόβλημα που συνίσταται κατά τον ίδιο στο ότι το μεν ρωμαϊκό δίκαιο έχει απωλέσει το νομιμοποιητικό του θεμέλιο, ο δε γαλλικός αστικός κώδικας δεν μπορεί να είναι ο γερμανικός αστικός κώδικας. Εν όψει αυτής της διάγνωσης ο Rehberg παραιτείται πλήρως του αιτήματος ενός ενιαίου αστικού δικαίου που θα ισχύσει για όλα τα γερμανικά κρατίδια και αποδέχεται ένα σύστημα μεμονωμένων/επιμέρους τοπικών αστικών δικαίων (Partikularechte). Όμως αυτή η στάση δεν μπορεί να τύχει ευρύτερης συναίνεσης, ούτε στο εσωτερικό της συντηρητικής παράταξης. Τόσο η συντηρητική παράταξη, όσο και η φιλελεύθερη-προοδευτική παράταξη συμφωνούν σε ένα πράγμα: ότι πρέπει να επιτευχθεί και να διατηρηθεί η ενότητα του δικαίου για όλη τη Γερμανία, τουλάχιστον στο πεδίο του αστικού δικαίου. Αλλά για την ανεύρεση αυτής της ενότητας η μεν πρώτη προσανατολίζεται στο παρελθόν, στην Αγία Ρωμαϊκή Αυτοκρατορία και στο ρωμαϊκό δίκαιο του *corpus iuris*, ενώ η δεύτερη σε νομοθετικά πρότυπα του διαφωτισμού, στους κώδικες της Πρωσίας,¹¹ της Αυστρίας¹² και της Γαλλίας και στην εξισωτική έννοια δικαίου που εμπεριέχεται σ' αυτές τις κωδικοποιήσεις.

Αμέσως μετά την κυκλοφορία του κειμένου του Ρέμπεργκ, ο Thibaut δημοσιεύει στα *Heidelberger Jahrbücher der Literatur* μια σχετική βιβλιοκριτική.¹³ Τον ίδιο χρόνο δημοσιεύει τις απόψεις του περί κωδικοποίησης που είχε ήδη εκφράσει έμμεσα, μέσω της κριτικής παρουσίασης του κειμένου του Rehberg, σε ένα αυτόνομο μικρό βιβλίο με τον τίτλο «Περί της αναγκαιότητας ενός γενικού αστικού δικαίου για την Γερμανία».¹⁴ Μερικούς μήνες μετά δημοσιεύεται το κείμενο του Savigny «Περί του επαγγέλματος της εποχής μας για νομοθεσία και νομική επιστήμη» που απετέλεσε ταυτό-

χρονα το θεμελιώδες προγραμματικό κείμενο ολόκληρης της ιστορικής σχολής του δικαίου.¹⁵ Ακολουθεί μια σχετική βιβλιοκριτική (ανταπάντηση) του Thibaut,¹⁶ μια οξύτατη απάντηση του Savigny (όχι πλέον στον Thibaut, αλλά) στην κριτική που δέχθηκε από τον von Gönner (φον Γκαίννερ)¹⁷ και δεκάδες σχετικές βιβλιοκριτικές και τοποθετήσεις μια σειράς νομικών της εποχής τους.¹⁸ Η διένεξη αυτή «λήγει», τρόπον τινά, με την αδιαμφισβήτητη «νίκη» του Savigny. Ο Thibaut επανέρχεται στη διένεξη αυτή, χρόνια αργότερα, με μια κριτική στην αυτοκατανόησης της «ιστορικής σχολής του δικαίου» και στην πλασματική αντιπαράθεσή της προς την «μη ιστορική σχολή».¹⁹

II.

Το κείμενο του Thibaut δείχνει με σαφήνεια ότι ο ίδιος δεν είναι καν ο κατ' εξοχήν προπαγανδιστής του Ναπολεόντειου Κώδικα. Εκκινεί και αυτός από τη θέση ότι ο γαλλικός κώδικας δεν μπορεί να αποτελέσει τη λύση του προβλήματος για τη Γερμανία. Και ο Thibaut μιλά για την κυριαρχία του γαλλικού κώδικα ως ξένη κυριαρχία και κατοχή, για ένα γαλλικό πνεύμα που με τα λεπτεπίλεπτα και διακοσμητικά του στοιχεία (Zierereien) «δηλητηρίασε»²⁰ εν μέρει το γερμανικό πνεύμα. Ως ένα από τα ισχυρότερα κίνητρα που τον οδηγούν στη συγγραφή του κειμένου κατονομάζει – μαζί με την αναζωογόνηση της επιστήμης και της διδασκαλίας του δικαίου και την πρακτική καλυτέρευση των αστικών σχέσεων των πολιτών – την «αγάπη για την πατρίδα»²¹ και μοιράζεται με τους εκπροσώπους της συντηρητικής παράταξης τον ενθουσιασμό για την «αφύπνιση»²² της εθνικής συνείδησης των γερμανικών λαών. Εν αντιθέσει όμως προς τον Rehberg – αλλά και προς τον Savigny που μιλά για τον γαλλικό κώδικα ως «καρκίνωμα» – ο Thibaut δεν μισεί τον Κώδικα, αλλά συντάσσεται με τις βασιικές νεωτερικές αρχές του και ως εκ τούτου προειδοποιεί για τους κινδύνους που εγκυμονεί μια απερίσκεπτη άρση της ισχύος του Κώδικα, σε εκείνες τις γερμανικές περιοχές που έχει ήδη εισαχθεί, ενώ ταυτόχρονα προτείνει τη δημιουργία ενός «εθνικού κώδικα», προϊόντος της «γερμανικής δύναμης και του γερμανικού πνεύματος» που θα συμπεριλαμβάνει το «αστικό δικαιο, το ποινικό δικαιο και τη δικονομία» και θα ισχύει «για ολόκληρη την Γερμανία».²³ Χαρακτηριστική είναι η αισιοδοξία του Thibaut: Θεωρεί ότι η Γερμανία βρίσκεται συγκριτικά, λόγω της ενότητας του έθνους κατά της γαλλικής κυριαρχίας, σε προνομιακή θέση για ένα τέτοιο νομοθετικό εγχείρημα²⁴ και πιστεύει ότι η συγγραφή του κώδικα είναι σχετικά απλή, θα διαρκέσει δύο, τρία, το πολύ τέσσερα έτη, καθώς υπάρχουν ήδη διαθέσιμα, στην πρωσσική και την αυστριακή νομοθεσία αλλά και στον γαλλικό κώδικα, τα κατάλληλα πρότυπα.²⁵ Το αίτημα

μιας κοινής γερμανικής νομοθεσίας τίθεται σε άμεση σύνδεση με την προβληματική της πολιτικής ενότητας της Γερμανίας. Αν και ο ίδιος ρητά τονίζει την αναρμοδιότητά του, ως νομικού του ιδιωτικού δικαίου, να αποφανθεί για το πολιτικό μέλλον της Γερμανίας,²⁶ εν τούτοις η ενότητα σε επίπεδο αστικού δικαίου αποτελεί τρόπον τινά το υποκατάστατο της ανύπαρκτης πολιτικής ενότητας και ταυτόχρονα το πρώτο βήμα προς αυτήν. Πέραν κάθε πραγματιστικής-ρεαλιστικής συζήτησης για τα προτερήματα και μειονεκτήματα του κρατιδιακού πλουραλισμού,²⁷ ο Thibaut διαβλέπει σε έναν γερμανικό αστικό κώδικα το αντίβαρο του υφιστάμενου «πολιτικού κατακεραματισμού» της Γερμανίας.²⁸

Το κείμενο του Thibaut είναι κατ' εξοχήν πολιτικό κείμενο, αφορά σαφώς και ρητώς την πολιτική του δικαίου και μόνον έμμεσα θίγει ζητήματα γενικής θεωρίας του δικαίου (περί των αρχών του δικαίου, περί ζητημάτων γένεσης, εγκυρότητας κ.λπ.). Εν τούτοις οι αντίπαλοί του, προ πάντων ο Savigny, ορθώς αναγνωρίζουν – και μέμφονται βέβαια – στο κείμενο αυτό την δικαιοπολιτική απόρροια της θεωρίας περί δικαίου της διαφωτιστικής παράδοσης, την ενεργό παρουσία νεωτερικών «φυσικοδικαιικών» αντιλήψεων, τις οποίες και αντιστρατεύονται. Η συνολική επιχειρηματολογία του Thibaut είναι, όπως θα δειχθεί και στη συνέχεια, σαφώς ορθολογικού-κανονιστικού τύπου: Ακολουθεί τη διαφωτιστική παράδοση, προϋποθέτοντας νεωτερικές αρχές δικαίου που στην πραγματικότητα προτάσσονται της επιχειρηματολογίας και της ανάλυσής του και τις δεσμεύουν. Η επιχειρηματολογία του Thibaut στηρίζεται στη δυνατότητα ορθολογικής συγκρότησης μιας μοντέρας, αστικού τύπου κοινωνίας με αναφορά σε ένα υπερ-ιστορικό κριτήριο αξιολόγησης που παραπέμπει στη *δεσμευτικότητα των νεωτερικών αξιών* της ελευθερίας, της ισότητας, της αυτονομίας του προσώπου, της γενιότητας και δημοσιότητας του νόμου, κ.λπ. Η δεσμευτικότητα των αξιών αυτών παρέχει το θεμέλιο της κριτικής των παραδοσιακών κοινωνιών και δεσμεύει ταυτόχρονα το κατηγοριακό πλαίσιο της ίδιας της θεωρίας. Μια τέτοιου τύπου επιχειρηματολογία προϋποθέτει βεβαίως τη δυνατότητα (ορθολογικά ανασυγκροτήσιμης) γνώσης του πραγματικού-ιστορικού, προϋποθέτει, δηλαδή, την ορθολογική προσπελασιμότητα των ιστορικών κοινωνιών ως γνωσιοθεωρητικό όρο τόσο της συγκρότησης μιας ορθολογικής θεωρίας της κοινωνίας όσο και της συγκρότησης μιας ορθολογικής πράξης/πολιτικής (δυνατότητα ορθολογικής πολιτικής του δικαίου). Αλλά και αντιστρόφως, η επιχειρηματολογία του Thibaut επιτρέπει την ανάδειξη των *πρακτικών-αξιακών όρων συγκρότησης της γνώσης* του ιστορικού-πραγματικού, εξαρτώντας το βαθμό ορθολογικής γνώσης του πραγματικού – εν προκειμένω την δυνατότητα «καλά εδραιωμένης γνώσης του δικαίου»²⁹ από την πλευρά της νομικής επιστήμης – από το βαθμό πραγματοποίησης νεωτερικών κοινωνικών σχέσεων που πραγματώνουν τα κανονιστικά αιτήματα αυτονομίας και ισότητας, τα οποία εγείρει η θεωρία.

Στα κείμενα του Thibaut, μια τέτοια τύπου επιχειρηματολογία συνοδεύεται και υποστηρίζεται διαρκώς από μια ρεαλιστική-ιστορική ανάλυση, μια ανάλυση της «σημερινής» κατάστασης του δικαίου και των δικαιοκινών σχέσεων της Γερμανίας της εποχής του. Ο Thibaut δεν επιχειρηματολογεί από τη σκοπιά ενός ριζοσπαστικού-επαναστατικού αιτήματος,³⁰ αλλά απ' αυτήν ενός μετριασμένου-μεταρρυθμιστικού προτάγματος. Ένα μεταρρυθμιστικό πρόταγμα όμως έχει υψηλού βαθμού συνείδηση της ιστορικότητας και ιδιαιτερότητας της υπό μεταρρύθμιση κοινωνικής πραγματικότητας και μεριμνά ταυτόχρονα έτσι και για τη δυνατότητα εφαρμογής της μεταρρύθμισης. Η ιστορικότητα του αντικειμένου επηρεάζεται στην επιχειρηματολογία του κατ' αρχάς με σκοπό τη νομιμοποίηση του ίδιου του μεταρρυθμιστικού προτάγματος. Η ανάλυση της σημερινής κατάστασης των σχέσεων αστικού δικαίου προσανατολίζεται στη διάγνωση και διατύπωση επιτακτικών «αναγκών της εποχής μας»,³¹ η ικανοποίηση των οποίων απαιτεί με τη σειρά της τη μεταρρύθμιση του δικαίου. Επιχειρεί, δηλαδή, να συναγάγει κατά κάποιο τρόπο το αίτημα ενός μοντέρνου αστικού δικαίου από την ίδια την ανάλυση της ιστορικής πραγματικότητας. Αλλά μια προσεκτικότερη ματιά στη διάγνωση της «σημερινής κατάστασης» των σχέσεων του αστικού δικαίου στον Thibaut δείχνει ότι η διάγνωση αυτή προϋποθέτει ταυτόχρονα κριτήρια που προκύπτουν άμεσα από το νεωτερικό κανονιστικό πλαίσιο της θεωρίας, ότι οι «ανάγκες», σε σχέση με τις οποίες νομιμοποιείται το μεταρρυθμιστικό-εκσυγχρονιστικό αίτημα, είναι ήδη συγκροτημένες ως νεωτερικές.

Στο κεντρικό τμήμα του κειμένου του επιχειρείται κατ' αρχάς η διάγνωση της κατάστασης του αστικού δικαίου στη Γερμανία. Η διάγνωση του Thibaut είναι παντελώς αρνητική: «[Ο]λόκληρο το εγχώριο δικαίο μας είναι ένας ατέλειωτος κυκλώνας αλληλοσυγκρουόμενων, αλληλοκαταστρεφόμενων πολυποικιλών προσδιορισμών, φτιαγμένων κατ' εξοχήν για να χωρίζουν τους Γερμανούς μεταξύ τους και να καθίστουν αδύνατη για τους δικαστές και τους δικηγόρους μια καλά εδραιωμένη γνώση του δικαίου». Το γερμανικό δικαίο όχι μόνον δεν ανταποκρίνεται στις «ανάγκες της εποχής μας», αλλά και φέρει παντού τα ίχνη της «βαρβαρότητας και της μυωπίας». Ακόμη και τα διατάγματα σε κρατιδιακό επίπεδο, που εν μέρει εμπεριέχουν ορθές διατάξεις, αποτελούν συνονθυλεύματα διατάξεων, καλυπτεψεων, αλλαγών στο επίπεδο των λεπτομερειών του δικαίου, έτσι ώστε όμως συνολικά να αποτελούν μια «σε σύγχυση ευρισκόμενη μάζα» δικαιοκινών διατάξεων που «συνθλίβεται κάτω από το ίδιο το βάρος της».³² Αλλά ακόμη και η πλήρης γνώση αυτού του αντιφατικού γερμανικού δικαίου, αυτού του «χαοτικού παντοειδούς» δεν θα βοηθούσε, καθώς ισχύουν πάντα ως παράλληλες πηγές δικαίου το κανονικό και το ρωμαϊκό δικαίο. Το κανονικό δικαίο, γράφει ο Thibaut, στο βαθμό που δεν αφορά τη συνταγματική διάρθρωση της εκκλησίας, «δεν είναι άξιο ούτε να μνημονεύεται»: ένας «σωρός από σκοτεινές, ακρωτηριασμένες,

ατελείς» δικαιοκρές ρυθμίσεις, εν μέρει αποτελούμενο από εσφαλμένες απόψεις και ερμηνείες και ταυτόχρονα «τόσο δεσποτικό σε σχέση με την επιρροή της πνευματικής εξουσίας σε εγκόσμια ζητήματα» ώστε να μη μπορεί να γίνει πλήρως αποδεκτό από κανέναν «σοφό ηγεμόνα». ³³

Ως πηγή δικαίου απομένει έτσι μόνον το ρωμαϊκό δίκαιο. Εδώ η επιχειρηματολογία του Thibaut, ότι, δηλαδή, πρόκειται για το «έργο ενός κατά πολύ διαφορετικού ξένου έθνους από την περίοδο της πιο βαθιάς παρακμής του και φέρει σε κάθε πλευρά του τα ίχνη αυτής της παρακμής», ενός λαού που μιλά μια ξένη προς εμάς γλώσσα και αναφέρεται σε σκοπούς που εν μέρει δεν γνωρίζουμε ή εν μέρει έχουν πάψει να υφίστανται, είναι αξιοσημείωτη καθώς φαίνεται να προλαμβάνει τη μεταγενέστερη επιχειρηματολογία του Savigny για τη γένεση του δικαίου από το «λαϊκό πνεύμα» ως εθιμοτυπικού και ταυτόχρονα να την επιστρατεύει εναντίον του ρωμαϊκού δικαίου. ³⁴ Πρόκειται επιπλέον για ένα οικοδόμημα που το γνωρίζουμε μόνο αποσπασματικά, αλλά και που, κατά τον Thibaut, είναι αμφίβολο αν θα μπορούσαμε να έχουμε τη συνολική και εξαντλητική του γνώση ακόμη και μετά από «χίλια χρόνια». Ο λόγος είναι ότι εμάς θα μας λείπουν αιωνίως εκείνες οι «ρωμαϊκές λαϊκές ιδέες» που αποτελούσαν το «γνήσιο κλειδί» της κατανόησής του. Το «συνολικό συμπλήρωμα» του ρωμαϊκού δικαίου θα παραμείνει έτσι «σκοτεινό», αδυνατώντας να ικανοποιήσει τόσο το αίτημα της επιστημονικής-συστηματικής γνώσης του, όσο και το αίτημα των υπηκόων για την βέβαιη και ταυτόχρονα ζωντανή πρακτική του χρήση: Δεν θα καταστεί ποτέ ένα «ζωντανό δίκαιο», ένα «δίκαιο που κατοικεί ζωντανά στα κεφάλια των δικαστών και των δικηγόρων». ³⁵ Αυτή η διάγνωση, η οποία προέρχεται από έναν ειδικό του ιδιωτικού δικαίου και ταυτόχρονα έναν καταξιωμένο ρωμανιστή, είναι στην πραγματικότητα λίγο-πολύ κοινή για όλους τους νομικούς της εποχής και θα αμφισβητηθεί για το ρωμαϊκό δίκαιο ουσιαστικά για πρώτη φορά από τον Savigny. Το ενδιαφέρον όμως της επιχειρηματολογίας του δεν συνίσταται μόνο στην προεξόφληση και αντιστροφή των θέσεων του Savigny, αλλά και στο ότι έμμεσα διαγράφει τους όρους, υπό τους οποίους θα ήταν δυνατή η σταθερή και βέβαιη (επιστημονική) γνώση του πραγματικά ισχύοντος αστικού δικαίου: ενότητα και όχι χωρισμός των υπηκόων, φιλελεύθερο-εγκοσμικευμένο δίκαιο που αναγνωρίζει τη νεωτερική αυτονομία του εγκόσμιου έναντι της πνευματικής εξουσίας, συνειδητή συγκρότηση του δικαίου με αναφορά σε ουσιώδεις και γνωστούς σκοπούς-αξίες (τελεολογική συγκρότηση του δικαίου), θέση και γνώση των βασιικών αρχών-ιδεών που διέπουν και δομούν το δίκαιο στο σύνολό του και, τέλος, προσδιορισμός και δέσμευση αυτών των σκοπών και αρχών του δικαίου μέσω της στροφής προς την ιστορικότητα της (νεωτερικής) «εποχής μας» και τα συμφέροντα των υπηκόων-πολιτών («ζωντανό» δίκαιο).

Αυτή η στροφή προς την νεωτερική «εποχή μας» γίνεται στη συνέχεια της ανάλυσης ιδιαίτερα εμφανής. Ως ποιοτικά κριτήρια κάθε αστικής νομοθεσίας ο Thibaut θέτει την «τυπική» και «υλική» πληρότητά της³⁶ – κριτήρια που αφορούν πρωτίστως το αίτημα της ασφάλειας και της προβλεψιμότητας του δικαίου και αποτελούν από την πλευρά τους όρο ανάπτυξης και λειτουργίας νεωτερικών κοινωνικών σχέσεων. Αλλά τα κριτήρια της «σοφίας» και της «σκοπιμότητας» των θεσμών του αστικού δικαίου, που αποτελούν ταυτόχρονα και κριτήρια ορθής άσκησης της κυβερνητικής εξουσίας, εστιάζουν στην ανταπόκριση αυτών των θεσμών προς τις «ανάγκες των υπηκόων», έτσι ώστε να προωθείται η «ευτυχία του μεμονωμένου ατόμου», η «ευτυχία του πολίτη».³⁷ Αλλά η ευτυχία του πολίτη συνδέεται άμεσα με την απρόσκοπτη άσκηση της ατομικής του ελευθερίας, την ισχύ μιας γενικής αστικής νομοθεσίας που δεν θα υπόκειται στην «αυθαιρεσία των ηγεμόνων» ως όρο της ατομικής ελευθερίας και την ασφαλή γνώση αυτής της νομοθεσίας τόσο από την πλευρά του πολίτη όσο και από την πλευρά των δικαστών και των δικηγόρων. Οι «ανάγκες του λαού», την ικανοποίηση των οποίων οφείλουν να διευκολύνουν και όχι να παρεμποδίζουν οι θεσμοί του αστικού δικαίου, ορίζονται και ρητώς στο κείμενο ως ανάγκες «μοντέρνων αστικών σχέσεων αγοράς».³⁸ Ο προσανατολισμός της επιχειρηματολογίας του Thibaut σε ιδεώδη της διαφωτιστικής παράδοσης είναι γενικότερα εμφανής στο ενδιαφέρον του για μείωση της απόστασης μεταξύ «λαού» και «αστικής νομοθεσίας» που αντανακλάται στο αίτημα μιας «απλής»³⁹ αστικής νομοθεσίας, στην απελευθέρωση της νομικής επιστήμης από τη δέσμευσή της σε μια τάξη λατινομαθών νομικών, στη μετατροπή της νομικής επιστήμης από «μυστική» επιστήμη ενός κύκλου ειδημόνων σε «δημόσια» επιστήμη, αλλά και στον ρόλο που αποδίδει συνολικά στη «δημοσιότητα» του δικαίου.⁴⁰ Έτσι η ανάλυση της ιστορικής πραγματικότητας, των αναγκών της εποχής μας, που καταδεικνύουν την αναγκαιότητα μιας μοντέρνας αστικής νομοθεσίας, λαμβάνει χώρα στο εσωτερικό ενός *κατηγοριακού πλαισίου που είναι ήδη προσανατολισμένο σε νεωτερικές αξίες* (της ελευθερίας και αυτονομίας του ατόμου, της ατομικής ελευθερίας, προϋπόθεση των οποίων είναι η ίση και γενική νομοθεσία, η δημοσιότητα του δικαίου κ.λπ.) και σε νεωτερικές κοινωνίες αγοράς.

Για θεωρίες τέτοιου τύπου ο αναστοχασμός της ιστορικότητας του αντικείμενου προοιούπει όμως και ως αναγκαιός προβληματισμός περί της *δυνατότητας εφαρμογής* του μεταρρυθμιστικού προγράμματος, ως προβληματισμός της θεωρίας πάνω στους (ιστορικούς) όρους που επιτρέπουν την πραγματοποίηση των έλλογων αιτημάτων που εγείρει η θεωρία (ελευθερία, ισότητα, γενικότητα της νομοθεσίας κ.λπ.) στην ιστορική πραγματικότητα και ταυτόχρονα αποτελούν την εγγύηση του έλλογου αποτελέσματος μιας τέτοιας εφαρμογής του «έλλογου» στο «ιστορικό». Ο αναστοχασμός της σχέσης

«δέοντος» και «πραγματικού» αναπαράγεται έτσι στο εσωτερικό της ίδιας της κανονιστικής θεωρίας.

Ο Thibaut – προεξοφλώντας, τρόπον τινά, την ιστοριστική κριτική – αναπτύσσει μια σειρά επιχειρηματολογικών στρατηγικών που επιχειρούν να προλάβουν και να αποδυναμώσουν τα πιθανά αντεπιχειρήματα των αντιπάλων του. Επιχειρεί να ανασκευάσει το επιχείρημα ότι το δίκαιο οφείλει να προσανατολίζεται στο «διαίτερο πνεύμα του λαού», στον ιδιαίτερο «χρόνο, τόπο» και στις ιδιαίτερες «συνθήκες» της κατάστασής του και ότι, συνεπώς, μια γενική αστική νομοθεσία για όλους τους Γερμανούς θα οδηγούσε, υποτίθεται, σε «έναν καταστροφικό και αφύσικο εξαναγκασμό»,⁴¹ εμμένοντας στην διάκριση μεταξύ (ιστορικής) *γένεσης* και *εγκυρότητας* του δικαίου. Ο Thibaut επισημαίνει ότι ένα τέτοιο επιχείρημα οδηγεί σε πλήρη σχετικισμό,⁴² καθώς ισοδυναμεί με την απώλεια κάθε δικαιοκρίτηριου. Η ιστορική γένεση του δικαίου ως απόρροια της ανεπανάληπτης ιδιαιτερότητας του κάθε λαού – ή του «λαϊκού πνεύματος» κατά Savigny – γίνεται αποδεκτή από τον Thibaut μόνον ως «εξήγηση», αλλά όχι και ως «δικαιολόγηση» του δικαίου. Η τελευταία συγκροτείται με αναφορά στο ερώτημα «το τι μπορεί να είναι και τι οφείλει να είναι το δίκαιο σύμφωνα με το *Λόγο*». Από εδώ συνάγεται η αξιολογική, ρυθμιστική και μορφωτική αποστολή του δικαίου: Το «σοβαρό δίκαιο», γράφει, δεν οφείλει να «ενισχύσει τους ανθρώπους στις αδρανείς συνήθειές τους ή στο να νολοκιάσει τις κακότητές τους», αλλά να τους «συνενώσει» επιχειρώντας να τους φέρει «στην πλήρη σύνεση και να τους βγάλει από το τέλμα ελεεινών εγωκεντρισμών και μικροτήτων».⁴³ Δέχεται μεν ότι «διαίτερες συνθήκες απαιτούν ιδιαίτερη νομοθεσία», αλλά καθώς οι αστικοί νόμοι θεμελιώνονται «στην ανθρώπινη καρδιά, στη διάνοια και στον *Λόγο*» σπανίως απαιτούν μια προσαρμογή σε ιδιαίτερες συνθήκες. Τα βασικά τμήματα του αστικού δικαίου διέπονται κατά τον Thibaut από ένα είδος «νομικών μαθηματικών» που δεν επηρεάζεται από τοπικότητες, χρονικότητες και ιδιαίτερες συνθήκες, ενώ οι διαφωνίες και οι διαφορές αφορούν τις λεπτομέρειες του δικαίου, όχι όμως το συστηματικό οικοδόμημα και την εσωτερική του λογική.⁴⁴

Μια δεύτερη και οξύτερη επιχειρηματολογία απορρίπτει την παραπάνω θέση ακόμη και ως εξήγηση. Η διαφορετικότητα και ποικιλομορφία των δικαιοκρίσεων της Γερμανίας δεν προκύπτει, γράφει, ως συνέπεια «φυσικών κλίσεων και τοπικών σχέσεων», αλλά αντιθέτως ως απόρροια «βλακώδους απομόνωσης» και «απερίσκεπτης αυθαιρεσίας».⁴⁵ Αλλά και μια σειρά τοπικών συνθηκών και εθίμων οφείλονται εν μέρει σε «απλή οκνηρία του δικαίου». Τέτοιοι θεσμοί χρειάζονται μια «καλή σπρωξιά» για να καταρρεύσουν.⁴⁶ Η θέση αυτή, εκ των υστέρων ερμηνευμένη, ισοδυναμεί με ιστορική σχετικοποίηση του οιονεί φυσικού πυρήνα της επιχειρηματολογίας του Savigny, του ίδιου του «λαϊκού πνεύματος» και επισημαίνει έτσι έμμεσα ένα έλλειμμα

αναστοχασμού της ιστορικότητας στο θεμέλιο της ιστοριστικής θεωρίας (υποστασιοποίηση και φυσικοποίηση της διαφορετικότητας του λαϊκού πνεύματος).

Βάσει των δύο παραπάνω επιχειρημάτων ο Thibaut τελικά αντιστρέφει το επιχειρήματα. Αν για τον Savigny είναι τα όμοια, κοινά ήθη και έθιμα ενός λαού αυτά που δημιουργούν τους κοινούς κανόνες δικαίου, τότε για τον Thibaut ισχύει το αντίστροφο: «Ίδιοι νόμοι δημιουργούν [...] ίδια έθιμα και συνήθειες και αυτή η ομοιότητα είχε πάντα μαγική επίδραση στην αγάπη και στην εμπιστοσύνη μεταξύ των λαών».⁴⁷ Σχετικά με τη δυνατότητα εφαρμογής του μεταρρυθμιστικού προγράμματος από τη θέση αυτή προκύπτει το φαινομενικά παράδοξο επιχειρήματα, ότι η ίδια η εφαρμογή της μεταρρύθμισης προωθεί και αναπτύσσει τους όρους της καλής εφαρμογής της.

Αυτό το τελευταίο επιχειρήματα χρησιμοποιείται από τον Thibaut όταν, σκοπεύοντας στην επίλυση του προβλήματος της εφαρμοσιμότητας του νεωτερικού δικαίου, ανατρέχει κατ' ευθείαν στην ιστορική πραγματικότητα της εποχής του. Αναζητά και βρίσκει μέσα στο ιστορικό εκείνες τις δομές, τους θεσμούς και τους μηχανισμούς που είναι ήδη προσανατολισμένοι προς τα έλλογα αιτήματα της θεωρίας και που, γι' αυτό τον λόγο, μπορούν να λειτουργήσουν ως ήδη υπάρχουσες «υποδοχές» του έλλογου στο ιστορικό. Στα 1814, ο Thibaut δεν είναι υποχρεωμένος να αιτείται την επικράτηση φυσικοδικαιικών αρχών ως ένα αφηρημένο δέον, εναντιωνόμενος πλήρως στην ιστορική πραγματικότητα. Αντιθέτως, μπορεί να στηριχθεί εν μέρει σ' αυτήν, στο βαθμό που οι αρχές αυτές έχουν ήδη καταστεί εν μέρει θετικό δίκαιο (μέσω νεωτερικών κωδικοποιήσεων, όπως αυτών του Code civil, του πρωσικού Landrecht, του αυστριακού αστικού κώδικα ή του βαυαρικού ποινικού κώδικα του 1813) και στο βαθμό που μέσα στο ιστορικό έχουν ήδη αναπτυχθεί δομές και μηχανισμοί της αστικής κοινωνίας (της αγοράς). Η δυνατότητα εφαρμογής φαίνεται έτσι για τον Thibaut να είναι ήδη σε κάποιο βαθμό διασφαλισμένη, στο βαθμό που δεν απαιτείται μια εφαρμογή του έλλογου σε ένα πεδίο που συγκροτείται ως το απόλυτα «άλλο» και «ξένο» προς το έλλογο. Η δυνατότητα αυτή δίδεται από το γεγονός ότι έχουν ήδη λάβει χώρα ιστορικές διαδικασίες που έχουν ήδη μεσολαβήσει το ιστορικό και το έλλογο: Έχουν ήδη μετασχηματίσει το ιστορικό προς την κατεύθυνση του έλλογου, έτσι ώστε το έλλογο να μπορεί να βρῖσκει στο ιστορικό εκείνες τις «υποδοχές» που του προσήκουν και έχουν ήδη εν μέρει ιστοριοποιήσει το έλλογο. Ο Thibaut διατυπώνει με σαφήνεια και αρκετή ειρωνία αυτή τη σκέψη, όταν γράφει ότι το πείραμα της εφαρμογής έχει ήδη συντελεστεί και έχει ήδη καταδειχθεί η ψευδής και σαθρή συγκρότηση των «παραδεδομένων» και «ιερών θεσμών»: «Όταν, με μισοτραβηγμένα τα ξίφη, παρακάλεσαν ευγενικά τους Γερμανούς να αποδεχθούν τον γαλλικό κώδικα, οι παλαιογερμανικοί, τιμημένοι και ιεροί θεσμοί δεν ήξεραν πώς να εξαφανιστούν το ταχύτερο δυνατόν, ως εάν να μην υπήρξαν ποτέ, και περί αντίστασης δεν ακούστηκε σχεδόν

τίποτα. Η φωνή του ντόπιου Λόγου μπορεί λοιπόν *τώρα* να απαιτήσει τουλάχιστον τόσο σεβασμό και υπακοή όσο και η ξένη ξεδιαντροπιά, και θα αποτελούσε αιώνια ντροπή για τον λαό μας, αν ο συνετός, καλοπροαίρετος πατριώτης δεν μπορεί να επιβάλλει εκείνο, το οποίο ο απλώς πονηρός και ύπουλος ξένος πέτυχε χωρίς μεγάλο κόπο».48

Μια τελευταία στρατηγική που μπορεί να διακριθεί στην επιχειρηματολογία του Thibaut είναι αυτή των «υποχωρήσεων» και των «συμβιβασμών». Οι υποχωρήσεις αυτές δεν αφορούν μόνον την αποδοχή της «ιερότητας της παράδοσης» μετασχηματίζοντάς την σε φρονησιακό κανόνα «αποφυγής επιπόλαιων αλλαγών» του δικαίου χάριν της ασφάλειάς του,⁴⁹ αλλά φαίνεται ότι προκύπτουν από την προαναφερθείσα (εν μέρει) αποδοχή της ρήσης ότι κάποιες «ιδιαιτέρως συνθήκες απαιτούν ιδιαίτερη νομοθεσία». Οι υποχωρήσεις και οι εξαιρέσεις που κάνει δεκτές ο Thibaut αφορούν και κεντρικά ζητήματα όπως το δικαιο των νομοκατεστημένων τάξεων ή του θεσμού των πρωτοτοκίων σχετικά με τη μεγάλη ιδιοκτησία γης.⁵⁰ Οι υποχωρήσεις αυτές κατ' αρχάς δείχνουν ότι ο Thibaut δεν είναι – όπως παρουσιάζεται με πολεμική διάθεση συνήθως από τον Savigny – ο εκπρόσωπος ενός ριζοσπαστικού φυσικού δικαίου, αλλά μάλλον ενός «μετριασμένου» φυσικού δικαίου, μετριασμένου στο βαθμό της εφαρμοσιμότητάς του στη συγκεκριμένη ιστορική πραγματικότητα. Από την πλευρά της κανονιστικής θεωρίας, όμως, θέτουν – και αφήνουν ανοικτό – το πρόβλημα της οριοθέτησης του πεδίου των υποχωρήσεων έναντι του ιστορικού ή του προσδιορισμού του ορθού «μέτρου» του μετριασμού που θα διασφαλίζει τόσο την εφαρμοσιμότητα του έλλογου στο ιστορικό, όσο και το συνολικά έλλογο αποτέλεσμα της εφαρμογής.⁵¹

III.

Η ενότητα και η λογική συνέπεια της ιστοριστικού τύπου επιχειρηματολογίας του Savigny⁵² μπορούν να ανακατασκευαστούν με αναφορά στον τρόπο συγκρότησης της τελευταίας ως κριτικής της ορθολογικής-κανονιστικής επιχειρηματολογίας. Οι επιστημολογικές, γνωσιοθεωρητικές και μεθοδολογικές θέσεις του πρώιμου ιστορισμού προκύπτουν στην πραγματικότητα ως απόρροια της κριτικής των αντίστοιχων θέσεων του αντίπαλου θεωρητικού παραδείγματος. Η κριτική του Savigny εκκινεί από τη ριζική αμφισβήτηση του πολιτικού αιτήματος μιας έλλογης διαμόρφωσης του δικαίου που προσανατολίζεται σε διαφωτιστικά προτάγματα. Η κεντρική δομή της συνίσταται στην κατάδειξη του «αφηρημένου» και «φορμαλιστικού χαρακτήρα» της ορθολογικής-κανονιστικής θεωρίας, στον οποίο αντιπαρατίθενται στην συνέχεια η «ιστορικότητα» του αντικειμένου της θεωρίας, των συγκεκριμένων δικαιοκινών σχέσεων, των ιστορικά-

οργανικά ανεπτυγμένων μορφών δικαίου και των περιεχομένων τους. Η αντιπαράθεση αυτή οφείλει να καταστήσει σαφή τη δομική αδυναμία της κανονιστικής-φορμαλιστικής θεωρίας να συλλάβει και να θεματοποιήσει την ιστορικότητα του πραγματικού (τα ιστορικά περιεχόμενα και τις ιστορικές μορφές τους) και, ως εκ τούτου, την αδυναμία εφαρμογής (και την καταστροφικότητα της εφαρμογής) του φορμαλιστικού-κανονιστικού πλαισίου σε οποιαδήποτε ιστορικά συγκεκριμένη κοινωνική πραγματικότητα. Το εγχείρημα μιας τέτοιας κριτικής τον οδηγεί σε μια κριτική των γνωσιοθεωρητικών, επιστημολογικών και μεθοδολογικών βάσεων της κανονιστικής παράδοσης.

Η θέση της «ιστορικότητας» των ιστορικών κοινωνιών, των ιστορικών μορφών και περιεχομένων, συνεπάγεται σε γνωσιοθεωρητικό επίπεδο για τον Savigny την αδυναμία της ορθολογικής προσπελασιμότητας και ορθολογικής ανασυγκρότησής τους. Η λογική της ιστορικής «οργανικής» ανάπτυξης των ιστορικών κοινωνιών, των ιστορικά ανεπτυγμένων δικαιωμάτων ρυθμίσεων, θεσμών και δικαιωμάτων συστημάτων, παραπέμπει σε μια «τελεολογική αντίληψη» της ιστορικής γένεσης και εξέλιξης των κοινωνικών μορφών, που δεν αντιπαρατίθεται απλώς στη «μηχανιστική» αντίληψη της ιστορίας – για την οποία μέμφεται τη διαφωτιστική παράδοση –, αλλά ταυτόχρονα προσανατολίζεται σε μια τελεολογία της ιστορίας που υπερβαίνει τα όρια του ανθρωπίνου Λόγου. Η ιστορία είναι για τον Savigny το κατ' εξοχήν πεδίο δράσης ανορθολογικών δυνάμεων («λαϊκό πνέυμα», «Θεία Πρόνοια»), οι σκοποί και τα σχέδια των οποίων παραμένουν άγνωστα, μη προσπελάσιμα και μη ανασυγκροτήσιμα από το ανθρωπινό πνεύμα. Οι σκοποί όμως αυτοί είναι ταυτόχρονα, ως Λόγος που ενυπάρχει στο ιστορικό και ως λογική της ιστορίας, δεσμευτικοί για τη συγκρότηση της θεωρίας. Ο Savigny οδηγείται έτσι κατ' ευθείαν σε μια *ανορθολογική γνωσιοθεωρία* που απαξιώνει τα γνωσιοθεωρητικά μέσα της ορθολογικής παράδοσης (διάνοια και Λόγος) και καταφεύγει σε γνωσιοθεωρητικά μέσα όπως αυτά της «άμεσης εποπτείας», της «εναίσθησης», κ.λπ.⁵³ Ο θεμελιώδης γνωσιοθεωρητικός αγνωστικισμός, που υποστηρίζεται εδώ λόγω της αδυναμίας σύλληψης των τελικών σκοπών της ιστορικής τελεολογικής-οργανικής ανάπτυξης, συνεπάγεται τη θεμελική *απροσδιοριστία* του ιστορικού-πραγματικού – θέση που υποσιγάπτει κατ' ευθείαν τα γνωσιοθεωρητικά θεμέλια κάθε απόπειρας ορθολογικής εξήγησης του πραγματικού (δυνατότητα συγκρότησης ορθολογικής θεωρίας) και κάθε απόπειρας ορθολογικής διαμόρφωσης και ρύθμισής του (δυνατότητα μιας ως προς τα αποτελέσματά της ελέγξιμης ορθολογικής πολιτικής).

Ο Savigny διαβλέπει και καταγγέλει τον φορμαλιστικό χαρακτήρα της διαφωτιστικής παράδοσης και ιδιαίτερα της κοινωνικής και πολιτικής θεωρίας του διαφωτισμού, έτσι όπως αυτή συγκροτείται στις μοντέρνες θεωρίες του «φυσικού δικαίου». Τα γενικά κριτήρια αξιολόγησης τα οποία προϋποθέτουν οι θεωρίες αυτές, αλλά και οι καθολικής εγκυρότητας αξίες πάνω στις οποίες θεμελιώνονται, οφείλουν την καθολι-

κότητά τους και την αξίωση της υπεριστορικής εγκυρότητάς τους σε μια αφαίρεση από τα επιμέρους ιστορικά περιεχόμενα, και χρησιμοποιούνται στη συνέχεια για την ανάπτυξη μιας γενικής θεωρίας, ενός γενικού πλέγματος κατηγοριών, στο πλαίσιο του οποίου θεματοποιείται το επιμέρους και το ιστορικό. Οι αφαιρέσεις από τα ιστορικά περιεχόμενα (τα επιμέρους), στις οποίες προβαίνει μια τέτοια τύπου θεωρία, αναδεικνύουν τη «φόρμα», τη γενικότητα της μορφής,⁵⁴ ως κριτήριο αξιολόγησης και ως γνώμονα ανάπτυξης του εννοιακού πλαισίου θεματοποίησης του επιμέρους. Ο αναπόφευκτα «αφηρημένος» και «φορμαλιστικός» χαρακτήρας της θεωρίας την καθιστά όμως, σύμφωνα με τον Savigny, ανίκανη για την εννοιακή σύλληψη και θεματοποίηση του αντικειμένου της: των ιστορικά συγκεκριμένων κοινωνικών σχέσεων, των ιστορικά συγκεκριμένων κοινωνικών μορφών, και μάλιστα στην ιδιαιτερότητά τους, στην ιστορικά ανεπανάληπτη «ατομικότητά» τους. Ο Savigny εντοπίζει το μεθοδολογικό σφάλμα της φορμαλιστικής-κανονιστικής προσέγγισης ακριβώς στο ότι επιχειρεί να συλλάβει το επιμέρους περιεχόμενο βάσει της γενικότητας της φόρμας (γενικές κατηγορίες), πράγμα που οδηγεί στη συνεχή προβολή της φόρμας πάνω στο περιεχόμενο, της οποίας όμως διαρκώς διαφεύγει το περιεχομενικό στοιχείο. Συνέπεια αυτής της κριτικής είναι το μεθοδολογικό αίτημα ενός *ιστορικού-ιδιαιτέρου κατηγοριακού πλαισίου*, η ανάπτυξη του οποίου θα παρακολουθεί την περιεχομενική ανάπτυξη του (ιδιαιτέρου και ανεπανάληπτου) ιστορικού περιεχομένου που οφείλει να συλλάβει εννοιακά. Εύκολα διαπιστώνει κανείς εδώ τη μεταφορά της προβλήματος της ιστορικότητας από το επίπεδο του αντικειμένου της θεωρίας στην ίδια τη συγκρότηση της θεωρίας, δεσμεύοντας πλέον τη θεωρία στο ιστορικό της αντικείμενο, το οποίο δεν της επιτρέπεται να το υπερβεί εννοιακά. Στην ακραία του συνέπεια, το μεθοδολογικό αυτό αίτημα οδηγεί σε πλήρη *σχετικισμό της θεωρίας*, στη συγκρότηση τόσων (άπειρων) εννοιακών πλαισίων όσων και ιδιαίτερων ιστορικών αντικειμένων. Ανάλογη είναι και η κριτική του Savigny στα αξιολογικά κριτήρια της κανονιστικής-φορμαλιστικής θεωρίας. Η κριτική εστιάζει εδώ στην κατάδειξη της παραγωγής αυτών των κριτηρίων μέσω αφαίρεσης από μια συγκεκριμένη ιστορική πραγματικότητα (αυτή των νεωτερικών κοινωνιών), για την οποία και μόνο μπορούν να εγείρουν αιτήματα δεσμευτικότητας. Η κατάδειξη της ιστορικότητας της γένεσης των κριτηρίων αυτών (και των αξιών στις οποίες παραπέμπουν) συμπίπτει για τον Savigny με την κατάδειξη της ιστορικής σχετικότητάς τους και του ιστορικού περιορισμού του πεδίου εγκυρότητάς τους. Το από την κριτική αυτή συναγόμενο αίτημα της αποιλειστικής χρήσης *αξιολογικών κριτηρίων που είναι «εσωτερικά» του ιστορικού αντικειμένου* το οποίο αξιολογούν, που δεν μπορούν να το υπερβούν παρά με απώλεια της ίδιας της εγκυρότητάς τους, οδηγεί στην ακραία περίπτωση όχι μόνο σε *αξιακό σχετικισμό* αλλά και σε μετατροπή των αξιολογικών κρίσεων σε επιβεβαιωτικές ταυτολογικές κρίσεις: Η αξιολόγηση απεμπολεί τη δυνατότη-

τα κριτικής του ιστορικού αντικειμένου της, δανειζόμενη τα κριτήριά της από το υποκρίση αντικείμενο.⁵⁵

Η μεθοδολογία του Savigny προκρίνει, τέλος, έναν ιδιότυπο *μεθοδολογικό ολισμό* που χαρακτηρίζεται, αφ' ενός, από το στοιχείο της ιστορικότητας και, αφ' ετέρου, από το στοιχείο της οργανικότητας. Το δίκαιο νοείται ως οργανικό-ιστορικό όλον, η διάθρωση του οποίου, για γνωσιοθεωρητικούς λόγους, δεν είναι ορθολογικά προσπελάσιμη (ιστορικό ανορθολογικό όλον). Αυτή η μεθοδολογική θέση είναι ταυτόχρονα και πολιτική: Αντιπαρέρχεται την αξίωση του ορθολογικού νομοθέτη τόσο να επιχειρήσει να νομοθετήσει συνολικά (αστικός κώδικας), όσο και να επιχειρήσει να ρυθμίσει μεμονωμένες κοινωνικές σχέσεις (σ' αυτή την περίπτωση πρόκειται για μέρη ενός όλου, των οποίων η νομοθετική ρύθμιση μπορεί να αποβεί καταστροφική για ολόκληρο τον οργανισμό και σε κάθε περίπτωση θα έχει αποτελέσματα τα οποία δεν δύναται να εγγυηθεί ο ίδιος ο νομοθέτης). Το όλον που σαφώς έχει την πρωτοκαθεδρία έναντι των επιμέρους μερών του μπορεί να κατανοηθεί μόνον *ιστορικά-γενετικά*. Ο τρόπος κατανόησης και εξήγησης ενός ιστορικού θεσμού είναι μια «γενετική-ιστορική μέθοδος»⁵⁶ που ανατρέχει πίσω στη στιγμή γένεσης του θεσμού, αναζητά σ' αυτήν την καθαρότητα των ουσιωδών χαρακτηριστικών, των «καθοδηγητικών αρχών» ανάπτυξης του και διανύει την ιστορική πορεία της εξέλιξής του μέχρι το σήμερα. Η γενετική ανασυγκρότηση (γενετική εξήγηση) του θεσμού, που οφείλει να γίνει με αναφορά στην ιστορική στιγμή της γένεσης του θεσμού και στους συσχετισμούς του προς ένα ιστορικά μετασχηματιζόμενο δικαιοτικό όλον (ιστορική ανορθολογική ολότητα των δικαιικών θεσμών), οφείλει να αναδείξει την ιστορική διάθρωση του όλου, τις ιστορικές αρχές που το διέπουν και να προσφέρει τελικά το ιστορικά συγκεκριμένο κατηγοριακό πλαίσιο που απαιτείται για μια ιστοριστική (μη φορμαλιστική) θεωρία του ιστορικού. Αξίζει εδώ να επισημανθεί ως επιστημολογικό χαρακτηριστικό της ιστοριστικής θεωρίας αυτή η αναδρομή στο σημείο γένεσης του θεσμού, η αναζήτηση μιας αυθεντικής, άμεσης και αδιαμεσολάβητης καταγωγικής πρωταρχικότητας (Ursprung) ως προνομιακό σημείο ανάπτυξης της θεωρίας.

Οι εξαιρετικές δυσκολίες της πραγματοποίησης ενός τέτοιου επιστημολογικού και μεθοδολογικού προγράμματος είναι προφανείς. Χαρακτηριστικό του έργου του ίδιου του Savigny αλλά και ολόκληρης της «ιστορικής σχολής του δικαίου» του 19ου αιώνα είναι ότι το πιο σημαντικό κομμάτι της θεωρίας, η ιστορική-γενετική ανασυγκρότηση του «σημερινού ρωμαϊκού δικαίου», παραμένει πρόγραμμα που δεν υλοποιείται ποτέ, αλλά ταυτόχρονα θεωρείται ως ήδη υλοποιημένο, έτσι ώστε να είμαστε πλέον σε θέση να γνωρίζουμε τη διάθρωση του όλου, τις «καθοδηγητικές αρχές» που το διέπουν και με αναφορά στις οποίες μπορούμε να ερμηνεύουμε τους μεμονωμένους δικαιοκούς θεσμούς και να συμπληρώνουμε τα κενά του δικαιοκού σώματος. Αλλά και όσον

αφορά τις λοιπές γνωσιοθεωρητικές, επιστημολογικές και μεθοδολογικές του θέσεις, ο Savigny παραμένει κατά ενδιαφέροντα τρόπο «ασυνεπής»: Το ιδιαίτερο ενδιαφέρον του ιστορισμού του Savigny έγκειται ακριβώς στο γεγονός ότι παντού μετριάζει, προλαμβάνει και ματαιώνει τις ακραίες σχετικιστικές συνέπειες των γνωσιοθεωρητικών, επιστημολογικών και μεθοδολογικών του θέσεων. Έτσι, π.χ., στο γνωσιοθεωρητικό επίπεδο, η θεωρία περί ανορθολογικών δυνάμεων, περί «κλαϊκού πνεύματος» κ.λπ. που δημιουργούν ιστορικά το δίκαιο εμφανίζεται στο πλαίσιο μιας γενικότερης θεωρίας γένεσης του δικαίου που τοποθετεί την ανορθολογική γένεση του δικαίου στις απαρχές της ιστορίας ενός λαού (πρώτη φάση), ενώ ταυτόχρονα εξασφαλίζει για τη νεώτερη εποχή (την εποχή του!) τη δυνατότητα ορθολογικής-επιστημονικής επεξεργασίας και εξέλιξης του δικαίου. Όσον αφορά το ζήτημα των αξιολογικών κριτηρίων και της καθολικότητάς τους, ο Savigny τονίζει την ιδιαιτερότητα, τη μοναδικότητα, το ανεπανάληπτο του κάθε δικαίου συστήματος, του κάθε δικαίου θεσμού, αλλά ταυτόχρονα προβαίνει σε συγκρίσεις και αναλογίες μεταξύ θεσμών και θεσμικών πλεγμάτων και ως αποτέλεσμα των συγκρίσεων αυτών εξάγει τελικά ένα είδος καθολικών κριτηρίων, των οποίων όμως τη νομιμοποιητική βάση δεν αποτελεί ο ανθρωπίνος Λόγος, η φύση του ανθρώπου, κ.λπ., αλλά το ίδιο το ιστορικό υλικό. Το γενικό θεωρείται ότι «παράγεται» τρόπον τινά κατ' ευθείαν από το ιστορικό και ιδιαίτερο. Το ίδιο όμως ισχύει και για τη συγκρότηση των κατηγοριών της ανάλυσης του «σημερινού» δικαίου. Η συστηματική του «σημερινού ρωμαϊκού δικαίου» που προτείνει τελικά ο Savigny είναι εκπληκτικά κοντά στη φυσικοδικαιική συστηματική και χρησιμοποιεί τις ίδιες βασικές κατηγορίες με αυτήν (έννοια του προσώπου, του δικαίου ως εγγυητή της αυτονομίας του, του υποκειμενικού δικαιώματος, κ.λπ.).⁵⁷ Δεν είναι το επιστημολογικό, το γνωσιοθεωρητικό και το μεθοδολογικό πρόγραμμα του πρώιμου ιστορισμού, αλλά η θεωρία που παράγει τελικά αυτό το πρόγραμμα, έτσι όπως αποτυπώνεται στη θεωρία δικαίου του Savigny, αυτό που φαίνεται να έλκεται σε υψηλό βαθμό από ένα νεωτερικό αξιακό και κατηγοριακό πλαίσιο.

Η «ασυνέπεια» αυτή είναι όμως απόρροια της ίδιας της «ιστορικότητας» της ιστοριστικής θεωρίας. Αν για φορμαλιστικού-κανονιστικού τύπου θεωρίες ο αναστοχασμός της ιστορικότητας του έλλογου προκύπτει βάσει της δικής τους εσωτερικής λογικής από τον αναστοχασμό της προβληματικής της εφαρμογής του έλλογου στο ιστορικό, για μια ιστοριστικού τύπου θεωρία η δεσμευτικότητα του νεωτερικού αξιακού και κατηγοριακού πλαισίου προκύπτει από την αναστοχαστική εφαρμογή της ιστοριστικής προσέγγισης στην ίδια την ιστοριστική θεωρία: Η ιστορική πραγματικότητα που συγκροτεί ιστορικά τον ιστοριστικό τύπο θεωρίας είναι η ίδια η «νεωτερικότητα»: το ιδιαίτερο ιστορικό αντικείμενο που επιχειρεί να συλλάβει εννοιϊκά η ιστοριστική θεωρία βρίσκεται ήδη σε μια μετάβαση προς τη νεωτερικότητα, έχοντας ήδη αναπτύξει

εν μέρει στο εσωτερικό του νεωτεριστικές δομές και θεσμούς. Έτσι ώστε αυτό που εμφανίζεται ως «ασυνέπεια» της ιστοριστικής θεωρίας σε σχέση με το επιστημολογικό και μεθοδολογικό της πρόγραμμα να είναι ταυτόχρονα η «αυστηρότατη συνέπεια» του ίδιου του ιστορισμού: Είναι ο τρόπος με τον οποίο η θεωρία έλκεται και δεσμεύεται διαρκώς από την ιστορικότητα του (νεωτεριστικού) αντικειμένου της. Ρητά ο Savigny ορίζει ως αντικείμενο της θεωρίας του το ρωμαϊκό δίκαιο, αλλά όχι το ρωμαϊκό δίκαιο στην οιοδήποτε «αυθεντικότητα» και «αμεσότητα» της ιστορικής του πρωταρχικότητας, ούτε στην ποικιλομορφία των ιστοριών του μορφών, αλλά στη *σημερινή* του μορφή, στη *σημερινή* του χρήση: Η θεωρία οφείλει να είναι «Σύστημα του *σημερινού* ρωμαϊκού δικαίου». ⁵⁸ Ο προσανατολισμός της θεωρίας στην ιστορική ιδιαιτερότητα του αντικειμένου της σημαίνει ταυτόχρονα την αναγνώριση της σκοπιάς του «σήμερα» ως δεσμευτικής για την ίδια τη συγκρότηση της θεωρίας. Πρόκειται προφανώς για μια σκοπιά που δεν μπορεί να απεμποληθεί, ούτε όταν η θεωρία στρέφει το ενδιαφέρον της προς την «πρωταρχική μορφή» του δικαίου, ούτε όταν παρακολουθεί την ιστορική-οργανικιστική και ανορθολογική ιστορική εξέλιξη του αντικειμένου της ή ανασυγκροτεί την ποικιλομορφία των ιστοριών του μορφών, γιατί απέναντι στον πλούτο των ιστοριών μορφών και περιεχομένων η θεωρία καλείται πάντα να κρίνει ποιες μορφές είναι «ζωντανές» και ποιες «απονεκρωμένες», ποια χαρακτηριστικά του αντικειμένου είναι «ουσιώδη» και ποια «επουσιώδη», ποιες «αρχές» είναι «ιαθοδηγητικές» και ποιες όχι, τί ανήκει στον «πυρήνα» ενός δικαιοτικού θεσμού και τί αποτελεί παροδική μορφή του. Αυτές οι αξιολογικές κρίσεις μπορούν να εκφερθούν όμως μόνον από τη σκοπιά του ιστορικού «τόρα» ή – όπως γράφει ο ίδιος ο Savigny – με αναφορά στις σημερινές «ανάγκες του λαού». Η διαφοροτικά ιδωμένα: Αυτή η ίδια σκοπιά «εκσυγχρονίζει» το ρωμαϊκό δίκαιο, το προσαρμόζει σε νεωτεριστικές κοινωνικές σχέσεις και το καθιστά συμβατό (αφαιρώντας τα «απονεκρωμένα» ή «επουσιώδη» κομμάτια του) με τις αξίες, τους κανόνες και τις λειτουργικές απαιτήσεις αυτών των κοινωνικών σχέσεων. Χαρακτηριστικό της γερμανικής «ιστορικής σχολής του δικαίου» είναι άλλωστε και ο διπλός ιστορικός της ρόλος: Στις αρχές του 19ου αιώνα είναι αυτή που ως νικήτρια της «διένεξης περί κωδικοποίησης» αποτρέπει τη δημιουργία μιας νεωτεριστικής αστικής νομοθεσίας στη Γερμανία, αλλά ταυτόχρονα αναλαμβάνει η ίδια να φέρει εις πέρας τον εκσυγχρονισμό του δικαίου και να προετοιμάσει «σιωπηρά» την κωδικοποίηση του αστικού δικαίου που η ίδια ματαίωσε και ανέβαλε μέχρι τα τέλη του αιώνα, ⁵⁹ οπότε και προκύπτει ως το κατ' εξοχήν νομοθετικό επίτευγμα της ίδιας της «ιστορικής σχολής».

Απ' αυτή την άποψη, βάσιμος είναι ο ισχυρισμός ότι και πολιτικά η «διένεξη περί κωδικοποίησης» αποτελεί διαμάχη στο εσωτερικό της αστικής εκσυγχρονιστικής παράταξης. ⁶⁰ Πρόκειται για παραλλαγές της νεωτεριστικής αντίληψης περί δικαίου που

ακολουθούν διαφορετικές στρατηγικές όσον αφορά την πραγματοποίησή τους σε μια συγκεκριμένη ιστορική πραγματικότητα. Η ανάλυση όμως δείχνει ότι στις δύο αντίπαλες απόπειρες επιστημολογικής και μεθοδολογικής θεμελίωσης των κοινωνικών επιστημών ενυπάρχει, παρ' όλη την αντιπαλότητα, ένας κοινός προβληματισμός που προκύπτει είτε – από την πλευρά κανονιστικής-φορμαλιστικής παράδοσης – ως αναστοχασμός της ιστορικότητας της ορθολογικής θεωρίας είτε – από την πλευρά της σχετικιστικής-ιστοριστικής παράδοσης – ως αναστοχασμός της δεσμευτικότητας της ιστορικότητας. Η κοινή αυτή προβληματική αφορά την αναγκαιότητα αλλά και τις δυσκολίες μιας ιστορικής διαμεσολάβησης της κοινωνικής ορθολογικότητας.

ΣΗΜΕΙΩΣΕΙΣ

1 Βλ. Κοσμάς Ψυχοπαίδης, «Φορμαλισμός, ιστορισμός και αξιολογία στη θεμελίωση της πολιτικής οικονομίας (G. Schmoller)», *Αξιολογικά* 4, 1992, σ. 132-190, σ. 133, και τ. ιδ., «Ιστορισμός και κανονιστικότητα», *Δευκαλίων* 14/1, 1995, σ. 29-36.

2 Ο «ιστορισμός» σαφώς και δεν αποτελεί ένα ενιαίο θεωρητικό υπόδειγμα, αλλά επιτρέπει ισχυρές διαφοροποιήσεις και αποκλίσεις. Το πρόγραμμα του «πρώιμου ιστορισμού» στα τέλη του 18ου και στις αρχές του 19ου αιώνα συνδέεται με τα ονόματα των Johann Gottfried Herder, Justus Möser, Gustav Hugo, (Χέρντερ, Μόζερ, Χούγκω) αλλά και με την «ιστορική σχολή του δικαίου» του Friedrich Carl von Savigny (Σαβινύ). Για το πρόγραμμα του «πρώιμου ιστορισμού», βλ. αναλυτικά Aliki Lavranu, *Historizität und Verbindlichkeit von Werten. Zu Gustav Hugos Rechtsphilosophie und zu Friedrich Carl von Savignys Rechtslehre*, διδ. διατρ., Göttingen 1996, και για τη θεωρία του Savigny επίσης την εργασία του Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984, και στην ελληνική γλώσσα, βλ. Παύλος Σούρλας, «Kant και Savigny», *Αφιέρωμα στον Κωνσταντίνο Τσάτσο*, Αθήνα, Σάκουλας 1980, σ. 791-812· Αλίκη Λαβράνου «Οι ιστοριστικές βάσεις της θεωρίας του F.C.v. Savigny», *Αξιολογικά* 8, 1995, σ. 70-130. Διαφορετικό τύπο θεωρίας αποτελεί συνολικά ο «ώστερος ιστορισμός» στα τέλη του 19ου και στις αρχές του 20ού αιώνα, με σημαντικότερο εκπρόσωπο τον Gustav Schmoller (Γκούσταβ Σμόλλερ) και την «νέωτερη ιστορική σχολή της πολιτικής οικονομίας». Για το επιστημολογικό και μεθοδολογικό πρόγραμμα του Schmoller, πρβλ. Κοσμάς Ψυχοπαίδης, «Φορμαλισμός, ιστορισμός και αξιολογία στη θεμελίωση της Πολιτικής Οικονομίας (G. Schmoller)», *ό.π.*: Θανάσης Γκιούρας, «Gustav Schmoller – Ιστορισμός και κριτική», *Αξιολογικά* 4, 1992, σ. 96–131, και Aliki Lavranu, «Deskription, Kausalität und Teleologie. Zu Gustav Schmollers methodologischen und wissenschaftstheoretischen Positionen im Anschluß an den Methodenstreit», στο Otto Gerhard Oexle (επιμ.), *Krise des Historismus – Krise der Wirklichkeit. Wissenschaft, Kunst und Literatur 1880-1932* (Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für Geschichte, τ. 228), Vandenhoeck-Ruprecht, Göttingen 2007 (υπό δημοσ.).

3 Σε μεθοδολογικές διαφορές ανάγει την αντιπαράθεση διαφωτισμού και ιστορισμού ο Friedrich Meinecke (Φ. Μάινεκε). Βλ. Friedrich Meinecke, *Die Entstehung des Historismus*, 2η εκδ., Frankfurt a.M. 1946.

4 Πρβλ., π.χ., την κριτική του Edmund Burke (Ε. Μπεργκ) για την Γαλλική Επανάσταση (Edmund Burke, *Reflexions on the Revolution in France*, επιμ. J.C.D. Clark, Stanford UP, Stanford 2001).

5 Για τον H. Conring (1606-1681), βλ. σχετικά Eric Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4η εκδ., Tübingen 1963.

6 Για τα παρακάτω, πρβλ. τις σχετικές εκτεταμένες και διεισδυτικές παρουσιάσεις των Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2η εκδ., Göttingen 1967, σ. 204 κ.ε., 249 κ.ε.· Roderich v. Stintzing-Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, München–Leipzig 1884, μέρ. I, σ. 58 κ.ε.· Sten Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1960, σ. 288 κ.ε., και Hans Hattenhauer, «Einleitung», στο *Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften*, επιμ. Hans Hattenhauer, München 1973, σ. 9-53, ιδ. σ. 33 κ.ε.

7 Βλ. Johann Ludwig Klüber, *Staatsrechts des Rheinbundes*, Tübingen 1808, § 27.

8 Για τις δικαιοκτικές κωδικοποιήσεις στο πνεύμα του διαφωτισμού, βλ. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, ό.π., σ. 322 κ.ε. και για τον Code civil, ό.π., σ. 339 κ.ε.

9 C.A.C.H. von Kamptz, «Gedanken über die Einführung des Code Napoléon in den Staaten des Rheinbundes», *Der Rheinische Bund*, 1807, σ. 474 κ.ε.

10 August Wilhelm Rehberg, *Über den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover 1814.

11 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) του 1794, αλλά και στον ποινικό κώδικα της Βαυαρίας (Bairisches Criminalgesetzbuch) του 1813.

12 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamte Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (ABGB) του 1781.

13 A.F.J. Thibaut, «Besprechung der Schrift Rehbergs “Über den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland”», *Heidelberger Jahrbücher für Literatur*, τχ. 1-2, 1814, σ. 1-32.

14 A.F.J. Thibaut, «Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland [1814]», στο *Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften*, ό.π. Με κάποιες συμπληρώσεις (βλ. ό.π., σ. 193-199) ακολουθεί, το ίδιο έτος, και μια δεύτερη έκδοση του κειμένου.

15 «Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft» [1814], στο *Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften*, ό.π., σ. 95-192. Το κείμενο του Thibaut απετέλεσε όμως μόνον την εξωτερική αφορμή, για μια προ πολλού προγραμματισμένη δημοσίευση των θεωρητικών, μεθοδολογικών και επιστημολογικών θέσεων του Savigny.

16 A.F.J. Thibaut, «Besprechung (Antikritik) der Schrift Savignys» [1814], στο *Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften*, ό.π., σ. 200-210.

17 F.C.v. Savigny, «Rezension zu Th. v. Gönner “Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit”» [1815], στο F.C.v. Savigny, *Vermischte Schriften*, 2η εκδ., τ. 5, Aalen 1981, σ. 115-172.

18 Πρβλ. σχετικά *Thibaut und Savigny. Ihre programmatische Schriften*, ό.π., σ. 211-227.

19 A.F.J. Thibaut, «Über die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule», *Archiv für die civilistische Praxis*, τ. 21, 1838, σ. 391-419.

20 A.F.J. Thibaut, «Über die Notwendigkeit», ό.π., σ. 64.

21 Ό.π., σ. 63, 73.

22 Ό.π., σ. 66.

23 Ό.π., σ. 74, 67.

24 «Όλα τα γερμανικά έθνη», γράφει, «είναι τώρα μιας άποψης, όλα συνενωμένα σε ένα μεγάλο σκοπό, όλα αγωνίζονται από κοινού» (A.F.J. Thibaut, «Besprechung der Schrift Rehbergs», ό.π., σ. 30), είναι τώρα «συνενωμένα με εγκάρδια αγάπη, και όπου και να κοιτάξει κανείς βρίσκει ανάμεσά τους συμφιλιωμένους τους εχθρούς και τους φίλους πιο στενά συνδεδεμένους παρά ποτέ» (A.F.J. Thibaut, «Über die Notwendigkeit», ό.π., σ. 93).

25 A.F.J. Thibaut, «Über die Notwendigkeit», ό.π., σ. 92-93.

26 Ό.π., σ. 66.

27 Πρβλ. ό.π., σ. 64 κ.ε.

28 Ό.π., σ. 78.

29 Βλ. ό.π., σ. 68.

30 Αυτή είναι όμως ουσιαστικά η παρουσίαση του Thibaut από την σιοκιπιά του Savigny, ο οποίος και μέμφεται στον Thibaut το αίτημα της δογματικής-δεσποτικής πραγματοποίησης αφηρημένων αρχών δικαίου, οι οποίες παραβλέπουν όμως την ιστορικότητα του πραγματικού και παραμένουν γι' αυτό το λόγο «ξένες» προς αυτό και αδυνατούν να εφαρμοσθούν.

31 Βλ. A.F.J. Thibaut, «Über die Notwendigkeit», ό.π., σ. 68 και σ 73: «ανάγκες του λαού».

32 Βλ. ό.π., σ. 68.

33 Βλ. ό.π., σ. 68-69.

34 Βλ. ό.π., σ. 69. Σύγκρ. και την ανάλογη αντιστροφή της επιχειρηματολογίας του Savigny από τον Anselm von Feuerbach, «Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung, Bamberg και Leipzig 1816).

35 A.F.J. Thibaut, ό.π., σ. 69.

36 Βλ. ό.π., σ. 67: Οι δικαιοί προσδιορισμοί οφείλουν να είναι «διαυγείς, μονοσήμαντοι και εξα-ντλητικοί».

37 Ό.π., σ. 67, 72, 77.

38 Ό.π., σ. 78: ανάγκες της «moderner bürgerlicher Verkehr».

39 Ό.π., σ. 73, 74.

40 Ό.π., σ. 81. Ιδιαίτερο ρόλο αποδίδει ο Thibaut στη δημοσιότητα και σε επίπεδο σύνταξης ενός αστικού κώδικα. Η άσκηση της νομοθετικής ελευθερίας του συμβουλευτικού-νομοθετικού σώματος συνδέεται με την ύπαρξη μιας κριτικής δημοσιότητας που θα συμμετέχει σ' αυτές τις διαδικασίες και θα αποτελέσει την εγγύηση του έλλογου και σοφού νομοθετικού αποτελέσματος (ό.π.)

41 Βλ. A.F.J. Thibaut, ό.π., σ. 86, και την αναφορά στον Montesquieu (Μοντεσκιέ).

42 Ό.π., σ. 87: σε νομιμοποίηση του ο,τιδήποτε μπορεί κανείς να σκεφτεί, γιατί «ακόμη και το πιο τρελλό πράγμα μπορεί να βρει εδώ και κει κάποιους οπαδούς». Σύγκρ. και A.F.J. Thibaut, «Über die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule», ό.π., σ. 288.

43 Βλ. A.F.J. Thibaut, «Über die Notwendigkeit», ό.π., σ. 87.

44 Βλ. ό.π., σ. 88. Κατά τα άλλα οι μικρές δυσκολίες που μορρούν να προκύψουν λόγω των ιδιαίτερων συνθηκών αντισταθμίζονται σαφώς από τα «αμέτρητα πλεονεκτήματα» ενός ενιαίου δικαίου (ό.π.).

45 Βλ. ό.π., σ. 88-89.

46 Βλ. ό.π., σ. 91.

47 Βλ. ό.π., σ. 77.

48 Βλ. ό.π. (η έμφαση δική μου, Α.Λ.).

49 Βλ. ό.π., σ. 90.

50 Βλ. A.F.J. Thibaut, «Besprechung der Schrift Rehbergs», ό.π., σ. 80.

51 Για την προβληματική του «μετριάσμου», βλ. Κοσμάς Ψυχουαίδης, «Κανονιστικότητα, σχετικισμός και μετριάσμος στην πολιτική φιλοσοφία της νεωτερικότητας», *Δευκαλίω* 11/2, 1993, σ. 81-126.

52 Βλ. F.C.v. Savigny, «Vom Beruf unserer Zeit», ό.π., σ. 95-192· τ. ιδ., «Rezension zu Th. v. Gönner», ό.π., και τ. ιδ., «Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft» [1815], στο F.C.v. Savigny, *Vermischte Schriften*, ό.π., τ. 1, σ. 105-126 και σχετικά Αλίκη Λαβράνου, «Οι ιστοριστικές βάσεις της θεωρίας του F.C.v. Savigny», ό.π.

53 Βλ. αναλυτικά Αλίκη Λαβράνου, «Οι ιστοριστικές βάσεις της θεωρίας του F. C. V. Savigny», ό.π., σ. 73-85.

54 Έτσι, π.χ., η γενικότητα (μορφικό χαρακτηριστικό) του δικαίου αποτελεί πολιτικό αίτημα της διαφωτιστικής θεωρίας και ταυτόχρονα κριτήριο αξιολόγησης των επιμέρους ιστορικών περιεχομένων (των εκάστοτε ιστορικά συγκεκριμένων δικαιοών ρυθμίσεων).

55 Η τάση για πλήρη αναγωγή της εγκυρότητας σε γένεση και η μετατροπή των αξιολογικών κρίσεων σε ταυτολογικές κρίσεις αποτελούν κρίσιμα σημεία εσωτερικής μετάβασης του ιστορισμού σε θετικισμό και εμπειρισμό. Η μετάβαση αυτή επιτελείται τελικά από τον ύστερο ιστορισμό του Gustav Schmoller, ενυπάρχει όμως ήδη και στον πρώιμο ιστορισμό του Gustav Hugo. Βλ. σχετικά Alikí Lavranu, *Historizität und Verbindlichkeit von Werten*, ό.π., μέρ. Ι.

56 Αναλυτικότερα για τη ιστορική γενετική μέθοδο του Savigny, βλ. Βλ. Αλίκη Λαβράνου, «Οι ιστοριστικές βάσεις της θεωρίας του F.C.v. Savigny», ό.π., σ. 109 κ.ε.

57 Βλ. Παύλος Σούρλας, «Kant και Savigny», ό.π., και Alikí Lavranu, *Historizität und Verbindlichkeit von Werten*, ό.π., σ. 269-328.

58 Έτσι ο τίτλος του βασικού έργου του Savigny: *System des heutigen römischen Rechts*, τ. 1-8, Berlin 1840 κ.ε.

59 Ο γερμανικός αστικός κώδικας δημοσιεύεται και μπαίνει σε ισχύ με καθυστέρηση περίπου ενός αιώνα, την 1η Ιανουαρίου 1900.

60 Βλ. σχετικά Hans Kiefner, «Thibaut und Savigny. Bemerkungen zum Kodifikationsstreit», *Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geb.*, επιμ. A. Burschmann, F.-L. Knemeyer, G. Otte και W. Schubert, Bielefeld 1983, σ. 53-85· Hermann Klenner, «Savigny und das Historische Denken in der Rechtswissenschaft», *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX* (Anales de la catedra Francisco Suarez, N. 1-19), Granada 1978-1979, σ. 133-169, και Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, ό.π., σ. 160-193.

ΠΕΡΙΟΔΟΣ Β΄ ■ ΧΡΟΝΟΣ 29ος ■ ΤΕΥΧΟΣ 96 ■ ΙΑΝΟΥΑΡΙΟΣ-ΜΑΡΤΙΟΣ 2007 ■ ΤΙΜΗ 12 ΕΥΡΩ

ΤΡΙΜΗΝΙΑΙΑ ΕΚΔΟΣΗ
ΕΠΙΣΤΗΜΟΝΙΚΟΥ
ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΥ
ΚΑΙ ΠΑΙΔΕΙΑΣ

ΣΥΓΧΡΟΝΑ ΘΕΜΑΤΑ

ΠΟΙΑ ΠΟΛΥΠΟΛΙΤΙΣΜΙΚΟΤΗΤΑ;
ΜΕΤΑΦΡΑΣΗ ΚΑΙ ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ
ΜΕΣΑΙΑ ΣΤΡΩΜΑΤΑ ΚΑΙ ΚΡΑΤΟΣ ΠΡΟΝΟΙΑΣ
ΜΠΕΝΓΙΑΜΙΝ, ΤΕΧΝΗ ΚΑΙ ΙΣΤΟΡΙΑ
ΝΤΟΣΤΟΓΙΕΦΣΚΙ ΚΑΙ ΘΑΝΑΤΙΚΗ ΠΟΙΝΗ

