

## Szokás és pozitivitás: a Hegel-Savigny vita filozófiai alapjának vizsgálata

CHRISTOPH KLETZ ER

### Bevezetés

1812 decemberében úgy tűnt, hogy a berlini egyetem jogi karán elszabadulnak a dolgok. A leghíresebb jogász, az arisztokrata és a magabiztos nagyvárosi porosz kultúra vezéralakja, Friedrich Carl von Savigny azzal fenyegetőzött, hogy lemond a karról. Nehéz túlbecsülni a fenyegetés súlyát.<sup>1</sup> Savignyt korai remekműve, a *Das Recht des Besitzes* (A birtoklás jogáról) óta a római jog új pontifexeként ünnepezték. Tanítványai végtelenül csodálták, egyesek még Krisztushoz is hasonlították.<sup>2</sup> És ha valaha is ez az olimpikon valakire rávetette volna a magasan született megvetését, Savigny haragjának tárgya bizonyára oposszumot kellett volna játszania - legalábbis úgy tűnt. Nem így Eduard Gans:<sup>3</sup> ez a

<sup>1</sup> Hermann Kantorowicz egyszer megjegyezte, hogy Savigny neve "egyedülálló abban az értelemben, hogy hazájában szentté vált. A szent és sérthetetlen alatt azt értem, hogy a közvélemény olyan mértékben védi, hogy az ellene irányuló támadást, bármilyen jogos is legyen az, pozitívan gonosznak, sőt árulónak ítélik." Hermann Kantorowicz, 1937, "Savigny and the Historical School of Law in *Law Quarterly Review* Vol. 53, 326-43, at 326; lásd még Hermann Kantorowicz, "Was 1912, ist uns Savigny?" in *Recht und Wirtschaft* No. (21-12911), 47-54 és No. 3, 76-9. Még Savigny későbbi ellenfele a kodifikációs vitában, Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) is virágot dobott neki, és biztosította a huszonnégy éves Savignyt, abból az alkalomból, hogy a birtoklásról szóló értekezését kommentálta, hogy "Ön munkájának tanulmányozása végtelen örömmel töltött el, és hogy minden civilista között Ön az, akihez a legellenállhatatlanabb módon vonzódok". Lásd Mathias Freiherr von Rosenberg, 2000, *Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) im Urteil seiner Zeit* (Frankfurt am Main: Lang), 29; Anton Friedrich Justus Thibaut, 1997, *Die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Nachdruck der Ausgabe von 1814* (Goldbach: Keip).

<sup>2</sup> Rosenberg, *Savigny*, 137

<sup>3</sup> A Gans-Savigny vita részletesebb leírását lásd Terry Pinkardnál, 2000, *Hegel: A Biography* (Cambridge: Cambridge University Press), 530-4.

egy zsidó bankárcsalád sarja, eredetileg megpróbált bejutni a berlini jogi karra, de Savigny kezdeményezésére - feltehetően zsidó származása miatt - nem kapta meg a lehetőséget. Gans eredetileg abban bízott, hogy az 1812-es porosz emancipációs ediktumra hivatkozhat, de Savigny a porosz kulturális minisztériumnak írt jelentéseiben azzal érvelt, hogy a jogi karra nem lehet zsidót kinevezni, és valamikor az emancipációs ediktum vonatkozó passzusát a királyi kabinet rendeletével hatályon kívül helyezték, természetesen a befolyásos jogi kar kérésére.<sup>4</sup> Ezen események miatt nem volt nehéz kitalálni, milyen ellenséggé válik Gans.<sup>5</sup> Mi több, Gans szoros személyes és tudományos barátságra számíthatott a befolyásos Hegellel, aki viszont kölcsönösen előnyös kapcsolatban állt a porosz kultuszminiszterrel, Altensteinnel.<sup>6</sup> Három évvel azután, hogy Gans áttért a kereszténységre, Berlinben *Extraordinarius* lett, és fél évvel később Altenstein kihasználta a trónörökös, Friedrich Wilhelm - aki szintén heves ellenfele volt Gansnak<sup>7</sup> - rövid távollétét, hogy a királyt Gans professzorrá léptesse elő.

Savigny lemondással való fenyegetőzése tehát egy szerencsejáték volt, amelyet elvesztett.

Gans megérkezett, és Savigny távol maradt az adminisztrációtól.

<sup>4</sup> Ez a rend "lex Gans" néven vált ismertté. Lásd Hanns Günther Reissner, 1965, *Eduard Gans: ein Leben im Vormärz* (Tübingen: Mohr Siebeck), 91f; és Hans-Joachim Schoeps, 1968, *Preussen. Geschichte eines Staates* (Berlin: Propyläen), 124.

<sup>5</sup> *A System des römischen Zivilrechts* című művében például Gans a *Historische Rechtsschule*-t "karrieristák szövetkezetének nevezi, amelynek célja a kölcsönös előléptetés". Eduard Gans, 1827, *System des römischen Civilrechts* (Goldbach: Keip), 160. Gans további polemikus elkötelezettségét a *Historische Rechtsschule* iránt lásd Eduard Gans, *Naturrecht* 1981, und *Universalrechtsgeschichte*, szerkesztette Manfred Riedel (Stuttgart: Klett-Cotta), -156237. De nem csak Gans volt az, aki ilyen kevésre tartotta Savigny-t. Egy Jhering által lejegyzett beszélgetésben Bismarck (aki, akárcsak Jhering, Savigny tanítványa volt) az utóbbit "hiú foplinak, egy egészen pitiáner embernek" nevezte. Rosenberg, *Savigny*, 140.

<sup>6</sup> "Altenstein őt [Hegel] használta fel, hogy megszabaduljon a berlini, vitathatóan igen klikkes tudományos arisztokráciától (v. Savigny, Schleiermacher stb.), vagyis hogy találjon egy tudományos ellenpólust, amelyre támaszkodhat." (Hegel). Legalábbis így látta ezt Hegel kortársa, Heinrich Leo. Lásd Günther Nicolin, 1970, *Hegel in Berichten seiner Zeitgenossen* (Hamburg: Meiner), 454.

<sup>7</sup> Miután Savigny lemondott a karról, a trónörökös ezt írta neki: "Szívből sajnálom jogi karunkat a csatlakozásával és távozásával kapcsolatban, és nagyon is jól értem, hogy hatyú és liba [szójáték a *Gans* névre] miért nem úszhat ugyanabban a tóban. Isten ments, hogy a tó pocsoljává váljon. Az első lépés megtörtént! Friedrich Wilhelm trónörökös Savignynek decemberben 31. Lásd 1928. Adolf Stoll, *Friedrich 1939, Carl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, 3. kötet (Berlin: Heyman), 281.

a tantestület. A hegeli tábor legalább egy csatát megnyert egy ádáz konfliktusban, amelyet helyettesítő háborúkkal és pótpolemikával vívtak.

Ezt az írást nem Gans, hanem Hegel kedvéért kezdtük egy Gansra vonatkozó kitérővel. Tettük ezt azért, mert a fentebb leírt "Gans-ügy" volt az egyetlen alkalom, amikor Hegel és Savigny nyilvános, bár még mindig közvetett polemikus kapcsolatba kerültek egymással. Ez a tény meglehetősen furcsa, tekintve, hogy mindketten a maguk szakterületének kiválóságai, hangsúlyozottan közéleti személyiségek és a berlini egyetem erős szellemi csoportosulásainak vezetői voltak, és mindketten lázasan megvetették a másikat.

De a közvetlen nyilvános konfliktus hiánya mellett a két férfi művei különös kölcsönös közömbösséget is mutatnak. Savigny publikált műveiben tudomásom szerint egyetlen említés sincs Hegel nevééről;<sup>8</sup> és fordítva, Hegel művében, beleértve az általa tartott előadások terjedelmes kéziratait is, csak egyetlen futó említést találunk Savigny nevééről.<sup>9</sup>

Mi lehet ennek az oka? Nos, a diszciplínák közötti csekély különbség - *jogfilozófiája* szemben Savigny *jogtudományával* -, ami miatt a kezdetektől fogva hiábavalónak tűnhetett a másikkal való foglalkozás.<sup>10</sup> Savigny meg volt győződve arról, hogy a jogfilozófia, és így Hegel e téren tett kísérletei is időpocsékolásnak bizonyultak, hogy egy ilyen vállalkozás csak olyan emberek számára lehet érdekes, akik túlságosan tétlenek ahhoz, hogy *in concreto* a pozitív jog bonyolultságával foglalkozzanak. Számára a természetjog - és

<sup>8</sup> Kuno Fischer beszámol Savigny egy áprilisban kelt 1822 leveléről Creuzer-nek: 'Amit Hegelben kifogásolok, az korántsem csak az a gőgös és sekélyes ítélete néhány más tudományról, hanem az, hogy egy és ugyanaz az önhittség terjed az egész világon, hogy buzgó tanítványai elszakadjanak minden vallási kapcsolattól, és hogy még Fichte-t is felülmúlja Hegel ebben a tekintetben; ugyanígy, az ő esetlen, fordított, homályos viselkedése és nyelvezete minden nem tudományos kérdésben. Fisher idézi Savigny következő szóbeli megjegyzését is: Az egyetemen a kollegiális viszonyok sohasem voltak jók, de az Akadémián béke volt. Nos, mi soha nem engedték be oda Hegelt. Kuno Fischer, 1963, *Hegels Leben, Werke und Lehre* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft), 1251.

<sup>9</sup> Az 1818/19-es heidelbergi előadásaiban Hegel kifejezetten megemlíti Savigny-t, miközben kritikával illeti.

a vagyonszétválással kapcsolatos nézetei. G. W. F. Hegel, *Die 1818/19-ös Philosophieverlesungen in Heidelberg*, 1983, *Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannemann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19)*, szerkesztette: Karl-Heinz Ilting (Stuttgart: Klett-Cotta), x27, 54.

<sup>10</sup> Wolfgang Schild, 1978, "Savigny und Hegel. Systematische Überlegungen zur Begründung einer Rechtswissenschaft zwischen Jurisprudenz und Philosophie" in *Anales de la Catedra Francisco Suarez* Nos. 18-19 (1978-9), 271-320, aki Hegel és Savigny egész kapcsolatát a másik diszciplínája iránti kölcsönös tiszteletlenség fényében próbálja elemezni. Végül soron ennek a kísérletnek kudarcot kellett vallania, mert mind Hegel, mind Savigny - ha csak burkoltan is - de részt vett ellenfele fegyelmzésében. Így, még ha a kölcsönös megvetés meg is magyarázhatja a felszínen a munkájukkal való foglalkozás hiányát, ez irrelevánsá válik, amint alapvetőbb rétegekbe jutunk.

Savigny mintha a jogfilozófia egész vállalkozását a természetjog egyik alfajának tekintette volna, és nagyon valószínű, hogy Hegelt is természetes jogásznak tartotta - nem az ész rendkívül összetett és örökké érvényes emanációja volt, hanem a pozitív jog egyszerű rövidítése vagy egyszerűsítése. A nietzschei témákat megelőlegező szellemben írta: "Egykor a jusztiniánuszi intézményeket néhány nyilvánvaló sajátosság egyszerű kihagyásával természetjoggá változtatták, amit aztán az ész közvetlen követelésének vélték: manapság senkinek sem hiányzik a szájalom egy ilyen művelet iránt - azonban a mai napig találkozunk olyan emberekkel, akik saját jogi fogalmaikat és véleményüket pusztán azért tartják tisztán ésszerűnek, mert nem ismerik genealógiájukat." A jogtudományi művekről azonban nem tudunk.<sup>11</sup> Savigny tehát nem volt semmi értékes, amit Savigny a jogfilozófusoknak az ő feltételeikkel mondhatott volna el, vagy tanulhatott volna tőlük. Savigny aligha tudta, hogy maga Hegel a természetjog és a pozitív jog viszonyát szigorúan párhuzamosan látta "az Institutes és a Pandects" viszonyával.<sup>12</sup>

Hegelt viszont kevésbé nyűgözte le a római jog,<sup>13</sup> amely a történeti iskola tudományos szellemiségének végső komplexitási forrása volt. Hegel sok kortársával osztotta ezt a római joggal szembeni ellenszenvet. Mindenesetre a történeti iskola római jogra való összpontosítása a kívülállók számára rendkívül meglepő lehetett, különösen mivel a XVIII. század végén és a XIX. század elején úgy tűnt, hogy a római jog érvényességének végéhez közeledik.<sup>14</sup> Ez volt

<sup>11</sup> Friedrich Carl von Savigny, 1967, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Hildesheim: Georg Olms), 115.

<sup>12</sup> G. W. F. Hegel, 1998, *Elements of the Philosophy of Right*, szerkesztette Allen W. Wood, fordította H. B. Nisbet (Cambridge: Cambridge University Press)3., 29.

<sup>13</sup> "Így például a római jogban az *emberi lény* definíciója nem lenne lehetséges, mivel a rabszolga nem sorolható alá; sőt, a rabszolga státusza erőszakot tesz e fogalom ellen. Hegel, *Elemek*, 2. "Ettől eltekintve, éppen a római jogászok és praetorok *következetlenségét* kell egyik legnagyobb erényüknek tekinteni, mert ez tette lehetővé számukra, hogy elhatárolódjanak az igazságtalan és förtelmes intézményektől, noha ugyanakkor kénytelenek voltak szóbeli különbségtételeket kitalálni a *callide-on* (mint amikor *bonorum possessio-nak* nevezték azt, ami mégis öröklésnek számított), sőt ostoba kifogásokat is (és az ostobaság ugyanúgy következetlenség), hogy megőrizték a Tizenkét Tábla betűjét, például a  *fictio* vagy *hypokrisis* révén, hogy a *filia filius* volt." Hegel, *Elemek*3., 34.

A római jog a német földeken való befogadása óta érvényes jog volt. A *Historische Rechtsschule* hamarosan romanistákra és germanistákra oszlott. Mivel Savigny vezette a romanistákat, és mivel megszállottan igyekezett visszatérni a "legtisztább eredethez és

ahhoz, ami "a forrásokban őshonos", úgy tűnt, hogy Németországban *csak* a római jognak van jelentősége. Opus magnumának, *Das System des heutigen Römischen Rechts* ("A mai római jog rendszere") bevezetőjében Savigny ezért írhatta: "Ennek megfelelően a mai római jog kifejtéséhez, amelyre a jelen mű irányul, csak annyit kell tennie, hogy

nyilvánvalóvá vált, hogy a római jog felelős a jogbizonytalanságért, a bírósági eljárások hosszadalmasságáért és a jogi szakma szofisztikusságáért.<sup>15</sup> Tekintettel ezekre az erős római-ellenes áramlatokra tudományos körökben, valamint arra, hogy a német *Bürgerliches Gesetzbuch* 1900-ig késett, az a tény, hogy a római jogot Németországban egészen napjainkig érvényes jogként alkalmazták, ékes bizonyítéka a történeti iskola befolyásának. Akárhogy is legyen, a Savignyhoz hasonló romanisták nem voltak az a közönség, amelyhez Hegel a jogfilozófiáját intézte volna.

De a furcsa életrajzi és bibliográfiai kereszteződések hiányán kívül van-e közös vonásuk a jogi kérdésekben? Mindkét mű a *történelem* felé fordulást képviseli, mindkettő jelentős szerepet tulajdonít annak, amit *Volksgeistnek* neveznek, mindkettő megfordítja a szokás és a megszokás negatív értékelését, amely az autonóm szubjektivitás kanti morálfilozófiájából következett, és mindkettő negatívan viszonyul a természetjoghoz, még ha végső soron a saját álláspontjuk nem is tudja lerázni magáról valamiféle természetjogi látszatot. Ez a közelség egyes kommentátorokat és eszmetörténészeket még arra is megkísértett, hogy ugyanazt a címkét ragasszák mindkét gondolkodóra, valami *konzervatív, apologetikus historizmusfelét*. Ám a hasonlóságok ismét csak hamisak, és ha a hasonlóságok felszínét megkarcoljuk, az alatt áthidalhatatlan ellentétet találunk lappangani.

Ez a tanulmány megpróbálja kidolgozni ezt a szellemi ellentétet, amely a hamis intellektuális rokonság mögé rejtve, amely viszont a nyilvános metszéspontok hiánya mögé rejtőzik. Ennek érdekében arra az egyetlen témára összpontosít, amely egyszerre köti össze és választja el a két gondolkodót: a szokásra és a szokásjogra. Ezáltal nyilvánvalóvá válik, hogy a szokásjog által betöltendő szerepről alkotott eltérő értékeléseik, különösen a kodifikációval kapcsolatban, egy sokkal inkább

néhány kiegészítéssel a németországi *szokásjog* kifejtése lesz. Friedrich Carl von Savigny, *System* 1840, *des heutigen Römisches Rechts* (Berlin: Veit), x vol. Savigny 1,2,5. rendszere egyértelműen igényt tartott arra, hogy érvényes jogot mutasson be, tehát olyan jogot, amelyet a német bíróságok közvetlenül alkalmazhattak.

<sup>15</sup> Reimund Scheuermann, 1972, *Einfluss der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861* (Berlin: DeGruyter); Hans Thieme, 1936, "Die Zeit des Naturrechts. Eine privatrechtsgeschichtliche Studie" in SavZGA vol. (561936), 202-63 at 241ff; Peter Bender, "Die Rezeption des Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft" ... schaft (Diss. Iur. Freiburg im Breisgau, 1955). Lásd még Thibaut, *Notwendigkeit*: 'A jog utolsó és legfőbb forrása számunkra következőképpen a római törvénykönyvek; vagyis egy olyan nemzet műve, amely nagyon különbözőtőlünk, és amely a legmélyebb hanyatlásának időszakából származik, és minden lapján a hanyatlás nyomait viseli. Teljesen szenvedélyes egyoldalúságba kell esni, ha valaki komolyan szerencsésnek minősíti a németeket e rosszul kidolgozott mű átvétele miatt, és ajánlja annak további megtartását'.

alapvető intellektuális ellentét a pozitivitásról, az észről és általában a filozófia szerepéről. Ami miatt Hegel nem ért egyet Savigny értékelésével a szokásjog és a kodifikáció viszonyáról, az nem a szokásjog elméletében mint olyanban rejlik, hanem abban a szellemi alapon, amelyen ez az elmélet áll.

### A nép és a szokásjog

Savigny szokásjogi elmélete analitikusan következik a *Rechtsquellenlehre* (jogforrástan) című művéből, és ahhoz, hogy az előbbit megértsük, az utóbbit is meg kell vizsgálnunk. Ezen analitikus levezetés szerint a jogforrás-tan először is minden jogot pozitív jogként definiál, majd azt tanítja, hogy a *Volk* (a nép) közös tudata lehet e pozitív jog egyetlen igazi forrása és tartalma, majd arra a következtetésre jut, hogy elsősorban a *szokásjogon* - pontosabban a *szokáson* - keresztül juthatunk hozzá a nép tudatában rejlő pozitív joghoz. Ebben a fejezetben ezt az érvelési irányvonalat követjük nyomon részletesen.

Az a különös tény, hogy Savigny érett művében a jogfilozófia kizárólag egy ilyen jogforrástan segítségével fejezi ki magát, kevésbé lesz különös, ha röviden elgondoljuk azon, hogy a jogforrástan mint olyan milyen következményekkel jár. Egy ilyen doktrínát az különböztet meg az utóbbi kifejezés legáltalánosabb értelmében vett jogfilozófiától, hogy nem törekszik a jog fogalmi meghatározására, kritériumára vagy kritikájára, hanem kizárólag a jogforrás pontos kifejtésére törekszik. Mint ilyen, határozottan filozófiaellenes álláspontot képvisel. Ezzel a metadoktrinális döntéssel, hogy a jogforrások doktrínájára összpontosít, Savigny azonban már implicit módon jogi pozitívizmusként határozta meg saját jogtudományi álláspontját: ha az igazán érdekes elméleti kérdés nem a jog természetére, hanem a jogi szabályok forrásaira vonatkozó kérdés, akkor e szabályok létezését már problémamentesként feltételezi. Mindenütt, ahol egy jogviszony problematikusá válik, és ahol tudatosul bennünk, ott mindig már létezik egy szabály, amely ezt a viszonyt szabályozza, és ez így lenne szükségtelen és valójában lehetetlen lenne egy ilyen szabályt visszamenőleg kitalálni.<sup>16</sup> A szabály mint mindig már létező létezésének ez az előfeltétele, egy olyan előfeltételezés, amely kijelöli azt a szellemi helyet, amelyre Kelsen később az *alapvető norma* kifejezést fogja használni, minden jogot pozitívként rögzít.

<sup>16</sup> Savigny *rendszer*, 14.

törvény: "A törvénynek e tulajdonságával kapcsolatban, amely szerint a törvény már minden helyzetben adottként tényleges létezéssel bír, *pozitív törvénynek* nevezzük.<sup>17</sup>

A jog pozitivitása időbeliségének függvénye, pontosabban a jog és a vele való tudományos foglalkozás időbeli viszonyának függvénye: a jog olyan szellemi entitás, amely megelőzi tudományos reflexióját, nem szubjektív szellem, hanem pozitív, vagy hegelianus kifejezéssel élve, *objektív* szellem. A pozitív jog pozitivitása tehát nem abban jut kifejezésre, hogy azt egy formális joghatóság *önként* létrehozza, hanem egyszerűen abban, hogy ott van, hogy *adott*. Bármit is gondolunk a jogról, vagy bármit is akarunk róla, a pozitív jog konkrét történelmi létezése a maga nagyon is konkrét meghatározottságában mindig megelőzi reflexióinkat, és késedelmessé teszi azokat. *Savigny* a jogforrásokra való összpontosítása így a jog minden fogalmi, absztrakt, 'filozófiai' megközelítését kizárja, mint elhibázottat, félrevezetettet, mint ami végső soron a konkrét tárgyat hiányolja - a XIX. század eleji jogi ismeretelmélet számára azt tette, amit *a naturalizmus tett az* általános ismeretelmélet számára...

ogy a huszadik század végén.<sup>18</sup>

A jognak mint mindig már létezőnek ez a felfogása egyrészt kizárja, hogy a jog absztrakt filozófiai megközelítése felesleges vagy téves legyen, másrészt pedig Savigny egész jogfilozófiáját előlegezi meg. Savigny álláspontjának feltűnő sajátossága, hogy a pozitív joggal kapcsolatos szinte valamennyi alapvető jogfilozófiai meghatározását a jogfilozófia *in toto* eredeti és vitathatatlanul őszinte visszautasításával hozza létre. Ez találóan illusztrálja azt a régi elenktikus belátást, hogy a filozófia elutasítása maga is erős filozófiai álláspont, nemcsak az elvont köznyelvi értelemben, hanem nagyon is konkrét értelemben, mint olyan filozófiai álláspont, amely a filozófia elutasításából konkrét filozófiai tartalmat képes generálni. Minden filozófiai önelutasításnak azonban megvannak a maga korlátai. Éppen Savigny további filozófiai keretének korlátai és fogalmi szegénysége lesz az<sup>19</sup>, ami végül is védhetetlenné teszi álláspontját, egy olyan keret, amely nem teszi lehetővé, hogy *az adottat értelmként* értsük.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> E gondolatmenet szerint nem szabad elragadtatnunk magunkat a jog (vagy a tudomány) természetével kapcsolatos elméleti kérdéseinkben, amikor mindig előttünk van e jog (és tudomány) konkrét megtestesülése. Ezek a filozófiai kérdések nemcsak fölöslegesek, hanem egyenesen károsak. Savigny úgy véli, hogy a jogtudomány kizárólag a saját előfeltevéseire, azaz a történelemre támaszkodhat, és nincs szüksége arra, hogy a filozófia lábat adjon neki. Lásd Alexander Rosenberg, 2000, *A tudomány filozófiája: A Contemporary Introduction* (London: Routledge), 153-5.

<sup>19</sup> Savigny *rendszer*, 4.

Tehát Savigny előfeltevése, miszerint a jog mindig már létezik, csak látszólag helyezi hatályon kívül mindazokat a sürgető problémákat, amelyekkel az "elvont" jogfilozófia és a természetjog-elmélet az évezredek során foglalkozott. Ha Savigny azt állítja, hogy a jogfilozófia elhomályosítja a tényleges jogról alkotott képünket azzal, hogy egy mesterséges, kitalált jogot idéz meg, akkor egy egész sor olyan kérdést hagy nyitva, amelyekre általában ez az absztrakt filozófiai vizsgálódás adott választ: még ha el is ismerjük, hogy a pozitív jog mindig már létezik, akkor is fel kell tennünk a kérdést, hogy hogyan, milyen formában létezik ez a pozitív jog. Savigny nyilvánvalóan nem akarja azt állítani, hogy a pozitív törvény akár írott szövegek gyűjteményeként, akár az égben előre jelzett örök rendként létezik. Savigny híres válasza, amely e lehetőségek között közvetít, az, hogy a *Volksgeist*, a nép szelleme az, amelyben a pozitív törvény "láthatatlan" létezéssel bír.

Annak érdekében, hogy jobban megértsük, mit jelent Savigny a *Volk* kifejezéssel, a következőket kell tennünk megkülönböztetni két másik csoporttól: egyrészt az *államtól*, másrészt a *csőcseléktől*. A *Volk* annyiban különbözik az államtól, hogy az utóbbi az előbbinek a külső megtestesítője. Míg tehát a *Volk*nak homályos és átfedő határai vannak, addig az államnak világos határai. Az államban a *Volk* valódi személyiséget, azaz cselekvőképességet nyer. Másfelől a *Volkot* a 'szellemi egység'<sup>20</sup> és a közös nyelv különbözteti meg az emberek szervezetlen halmazától. A *Volk* egy *történelmen átívelő, természetes egész*.<sup>21</sup>

Feltűnő, hogy Savigny nem reflektál arra a dialektikus feszültségre, amely ebben az 'egészben' rejtőzik, amelynek ugyanakkor 'természetesnek' kellene lennie; hiányzik belőle az a belátás, hogy csak a szellem biztosíthatja az egységet. Ezért nem csoda, hogy ugyanazon az oldalon Savigny ezt a "természetes egészet" egyben 'szellemi egységként' is meghatározza, ami annak egyenes ellentéte. A *Volk* ez a középső fogalom: az állam mesterségességével szemben 'természetesnek', a csőcselék rendezetlen önkényével szemben pedig "szellemi"-nek tűnik.

Nos, a pozitív törvény éppúgy él e *nép* tudatában, mint a nyelv. Ennek megfelelően nem elvont szabályok összegeként él ott, hanem szerves egészként, egymással összefüggő jogintézmények összességként. Ezek a *jogintézmények (Rechtsinstitute)* a jogi szabályok elmélyült alapja, lényege; ezek alkotják az objektív jogot, ahogyan a *jogviszonyok (Rechtsverhältnisse)* is az emberek jogainak és jogosultságainak elmélyült alapja, lényege, és ezek alkotják a subjektív jogot. És ahogyan minden bírósági ítélet, amely meghatározza a

<sup>20</sup> *Ibid.* „*Ibid.* 19.

<sup>21</sup>



a felek szubjektív jogait egy bizonyos absztrakt objektív jogi szabály alá kell rendelni, így minden jogviszony jelképesen egyfajta jogintézmény alatt áll. A pozitív jog *valódi* formája és reprezentációja pedig a jogintézmények szerves egésze, amelyből a jogi szabályokat absztrakció útján kell meríteni.

Tekintettel a pozitív törvénynek a *népben való* láthatatlan, de rétegzett létezésére, felmerül a kérdés, hogy ez a pozitív törvény hogyan fejezi ki magát, hogy valaha is bármilyen bizonyossággal megismerhessük. Puchta válasza erre a kérdésre, amelyben Savigny követi őt, a *szokásjog*. Savigny azonban már a kezdetektől fogva aggodalmakat fogalmaz meg ezzel a fogalommal és annak történetével kapcsolatban. Könnyen félrevezethet bennünket:

A név túl könnyen csábíthatna a következő hasonlatra. Amikor egy jogviszonyban valaminek történnie kellett, kezdetben teljesen mindegy volt, hogy mi fog történni; a véletlen és az önkény határozta meg a döntést. Most pedig, amikor ugyanaz az eset ismét előfordult, egyszerűen kényelmesebb volt ugyanazt a döntést megismételni, mint újat kitalálni, és minden újabb ismétléssel ez az eljárás egyre kényelmesebbnek és természetesebbnek kellett, hogy tűnjön. Ily módon idővel a jogszerűség státuszát egy olyan szabály nyerte el, amely eredetileg semmivel sem tartott nagyobb igényt az érvényességre, mint az ellenkezője, és a másik helyett e szabály választásának alapja egyedül a szokás volt.<sup>22</sup>

Savigny szerint a jog és a szokás valódi viszonya éppen fordított: a pozitív jogot nem a szokás hozza létre, hanem a szokást a pozitív jog hozza létre, amely láthatatlanul a *nép* tudatában létezik, mint a vélemények természetes megegyezése. A szokás ennek a természetes véleményegyezésnek a kifejeződése. Ennek megfelelően a szokás nem a pozitív jog érvényességének alapja, hanem csak *Kennzeichen* (jelzője), amely egy rejtett, mélyebb jogi létezésre utal. Semmilyen jog, Savigny egyetért Puchta-val, soha nem jöhet létre külső cselekedetekkel, akár szokás, akár nem, hanem csak a nép természetes véleményegyezésének belső, szellemi eseménye által.<sup>23</sup> Röviden fogalmazva, a szokás a pozitív jog *ratio cognoscendi*, nem pedig annak *ratio essendi*.

<sup>22</sup> *Ibid.* „34-5.

<sup>23</sup> Georg Friedrich Puchta, *Das 1928, Gewohnheitsrecht* (Erlangen: Palm). Savigny mellett a "romanisták" és Arndts is kifejezetten átvették Puchta spiritualista tanítását. A "germanisták" tagadták a szokásjog kifejezett doktrínájának szükségességét, és azt követelték, hogy minden ilyen kérdésben a római jog szerint döntsenek. Lásd Scheuermann, *Einfluss*.

Ez az alap [a pozitív jognak] az emberek közös tudatában van meg, ott van aktualitása. Ez a létezés azonban láthatatlan - hogyan ismerhetnénk meg? Csak akkor ismerhetjük meg, ha a külső cselekvésben megmutatkozik, ha kilép az *Ungewohntheit* (szokás), *Sitte* (konvenciók), *Gewohnheit* (szokás): a folyamatos és így tartós magatartás egységességéből láthatjuk a pusztán véletlennel szemben álló közös gyökerét, a *Volks Glaube-ot* (a nép hitét). A szokás tehát a pozitív jog mutatója, nem pedig alkotásának alapja.<sup>24</sup>

Itt nagyon óvatosnak kell lennünk: nem a szokásjog a pozitív jog mutatója, hanem a szokás. Csak két szint áll előttünk: a pozitív jog szellemi szintje és a szokásjog ténybeli szintje. Tehát hová illeszkedik a "szokásjog"? Nos, igazából sehova. A szokásjog önmagában nem jog, és a pozitív jog semmit sem köszönhet a szokásjognak. Nincs olyan jog, amely ontológiailag "szokásjogként" lenne meghatározva. Minden jogot csak az emberek tudatának *'innere, stillwirkende Kraft'* (*belső*, csendben ható erő) hoznak létre. Az egyetlen lehetőség az, hogy a "szokásjog" címet a pozitív jog azon részének tartjuk fenn, amelyet a szokásjogon keresztül *fedeztek fel*. Mint ilyen, ez nem ontológiai meghatározása a jognak, hanem csak episztemikus vagy heurisztikus meghatározása. Végül soron, Savigny-nak rá kell jönnie, a "szokásjog" egy szerencsétlen szóalkotás, amely a jog és a szokás valódi viszonyának zavarából keletkezett. Maga Savigny ezért egyszer "ügynevezett szokásjognak" nevezte.<sup>26</sup>

Ami meglepő ebben a kapcsolatban, hogy Savigny más alkalmakkor... sions még mindig a szokásjogról beszél a jogi ontológia szempontjából. De bár a szokásjog Savigny számára kétségtelenül a jog legrégebbi, legerősebb és legalapvetőbb forrását jelöli ki, mégis csak *közvetett* ismereteket ad a pozitív jogról, csak azok számára szükséges, akik kívülről szemlélik a jogot anélkül, hogy maguk is a jogközösség részei lennének. Aki a jogközösség része, az nélkülözheti a szokásjogra való hivatkozást. Azok számára [akik a jogközösség tagjai] a szokásjog egyes eseteiből ilyen következtetés felesleges, mert az *ő* megismerésük *közvetlen*, csak közvetlen intuícióra épülő.<sup>27</sup>

Ami a szokásjogban "törvény", az így a szokás mögött rejtve marad. A pozitív jog lehet konkrét, de még mindig láthatatlan; lehet, hogy "odakint" van, de szigorúan véve nem érzékelhető. Mint ilyen, a valódi, de

<sup>24</sup> Savigny, *System*, Savigny35.

<sup>25</sup> *Beruf*, *Ibid*13.

<sup>26</sup>., Savigny14.

<sup>27</sup> *System*, 38.

A "láthatatlan" törvény erősen hasonlít Kant önmagában való dolgához, és végső soron ugyanazzal a polémiával kell szembenéznie: miért hivatkozik először a konkrétság és közvetlenség végső forrására a metafizikával szemben, ha ezt a forrást aztán egy örök túlvilágra, a láthatatlanság *Hinterweltjére* utalják? Savigny megoldása a problémának a pozitív törvénynek a *Volk tagjai* általi állítólagosan közvetlen, de mindazonáltal intellektuális *intuícója révén*, megfelel Jacobi sikertelen megoldásának a kanti problémákra az érzéshez és az intuíciónak való visszahúzóással.

Mindenesetre, bár Savigny elmélete szöges ellentétben állt a szokásjog hagyományos elméleteivel, mégis nagy hatással volt a szokásjog alkalmazásával kapcsolatos bírósági gyakorlatra. Bármilyen eltérések is voltak a részletekben a hagyományos felfogáson belül, a szokásjog természetéről az uralkodó vélemény egységesen az volt, hogy a jogalkotás élvez elsőbbséget. Az *usus modernus pandectarum*ban például természetesnek vették, hogy a szokásjog érvényességi alapja csak a jogalkotó kifejezett vagy hallgatóságos elfogadásában rejlik.<sup>28</sup> A szokásjog valami olyasmiről volt, ami egy pusztán tényhez hasonlított, amely csak a jogalkotás hallgatóságos vagy kifejezett elfogadása révén nyerte el jogi státuszát.

Nos, a történelmi iskola *spiritualista* felfogása a szokásjogról jog, a tényállási elem megszüntetése a nép láthatatlan egyetértésének javára, egészen más nézethez vezetett a szokásjognak a bírósági eljárásokban betöltött szerepét illetően. A hagyományos doktrína a szokásjogot a tényállás szintjéhez képest csak kissé emelkedettnek tekintette, de nem eléggé egyértelműen ahhoz, hogy a *iura novit curia* általános szabálya alá tartozzon. Ennek megfelelően a szokásjogi szabályra hivatkozó félnek ugyanúgy viselnie kellett a bizonyítási terhet annak létezéséről, mintha egyszerű tényről állított volna.<sup>29</sup> A történelmi iskola szokásjogi felfogása e doktrína megváltoztatásához vezetett. Ténybeli adalékok híján a szokásjogot immár úgy tekintették, mint a tulajdonképpeni jogot, a legalapvetőbb jogot, és ezért a bíróság feladata volt annak létezésének és terjedelmének megállapítása. Ahhoz, hogy a bíróság megállapíthassa, hogy egy bizonyos szokás a nép közös meggyőződésén alapul, három elemnek kellett teljesülnie: (i) a szokást létrehozó gyakorlatot *opinio necessitatis*nek kellett kisélnie; (ii) a gyakorlatnak ésszerűnek kellett lennie, azaz nem lehetett ellentétes magasabb elvekkel vagy *boni mores*-sel; és (iii) a szokásnak a következőknek kellett lennie

<sup>28</sup> Lásd például Christian Friedrich Glück, 1797, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Helffeld. Ein Commentar*, Part (Erlangen: Palm), Lásd 447. Scheuermann, *Einfluss*, 81.

<sup>29</sup> Glück, *Pandecten*, 476.

hibátlanul végezték.<sup>30</sup> Ha e három követelménynek megfelelő gyakorlatot folytattak szokásszerűen, a bíróság jogosult volt e gyakorlatból a nép közös meggyőződésére, azaz a szokásjog meglétére következtetni.<sup>31</sup>


Az a tény, hogy a német bíróságok olyan szokásjogi doktrínát fogadtak el, amely saját bevallása szerint csak "ügynevezett" szokásjogról beszélhetünk, kezdetben paradoxnak tűnhet. De elsősorban a bíróságok azon igénye, hogy egy elméletileg megalapozott, de mégis könnyen alkalmazható doktrínát kapjanak, magyarázhatja azt, hogy a történelmi iskola szokásjogi doktrínája hamarosan teljes hatalmat vett át a német bíróságok felett. Puchta spiritualista tanát egyetlen bíróság sem bírálta, és csak a szokásjognak a törvénytől való eltéréseinek kérdésében nem követték a bíróságok a történelmi iskola álláspontját.

Még egy utolsó kérdés megérdemli a tárgyalást: már nagyon korán azt állították, hogy a történelmi iskola szokásjogi tanítása maga is *a-historikus*, amennyiben nincs összhangban a római forrásokkal.<sup>32</sup> A kortárs romanisták hajlamosak egyetérteni ezzel a kritikával, és meggyőződni arról, hogy a klasszikus jogászoknak nem volt hasonló szokásjogi doktrínájuk.<sup>33</sup> Különösen a spiritualista fordulatot nem lehet a rómaiakra ráhúzni, mondják, mivel számukra a szokásjog nemcsak a *consensus omniumot*, hanem konstitutívan a *consuetudo* tisztán tényszerű elemét is megkövetelte.<sup>34</sup> Így, mondják, Puchta és Savigny tanítása nem felel meg a *tiszta* római jognak, és ezért nem felel meg saját érvényességi kritériumuknak.

Ez a kritika téves. Mind a szokásjog doktrínája, mind pedig a *tiszta* római jog tisztelete az iskola *Rechtsquellenlehre-jének* későbbi eredményei. Így a szokásjog tanítása, amely maga is a jogforrástan közvetlen eredménye, nem szorul megerősítésre azok által a források által, amelyek csak ugyanazon jogforrástan miatt relevánsak. Sem Savigny, sem Puchta nem állította soha, hogy *minden, amit* valaha is írni fognak, összhangban kell lennie a *tiszta* római joggal.

<sup>30</sup> Puchta, *Gewohnheitsrecht*, II. kötet, 29ff. *Ibid.* <sup>31</sup>81.

<sup>32</sup> Siegfried Brie, 1899, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung* (Breslau: Marcus), III/IV. o.; és Alfred Pernice, 1901, "Parerga X. Nachtrag über Gewohnheitsrecht und ungeschriebenes Recht" in *SavZGA*, vol. 22 (1901), -9555, p. 69: "Puchta és Savigny nem bizonyították, hogy tanításuk a római forrásokon alapul."

<sup>33</sup> Burkhard Schmiedel, 1966, *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht* (Wien: , 6-7.

<sup>34</sup> D.1.3.32 és D.1.3.35.

Különösen az a része a tanításuknak, amely a római jognak jelentőséget tulajdonított, nem függhet önmagában a római jog általi megerősítéstől. Nos, ez a rész az *ő Rechtsquellenlehre-jük*. És mivel a szokásjog tanítása analitikusan következik ebből a jogforrástanból, ugyanúgy nem szorul a római jog általi megerősítésre. A történeti iskola szokásjogi tanának problémája nem a római jogtól való eltérése, hanem az, hogy az egész igazoló munkát egy olyan *Rechtsquellenlehre-nek* kell elvégeznie, amely úgy értelmezi magát, hogy végső soron a filozófiai diskurzus számára megválaszolhatatlan.

### Custom és Sittlichkeit

Az biztos, hogy Hegel nem írt részletesen a *szokásjogról*, ahogyan jogelméleti segítőtársa, Eduard Gans sem. Ami tehát a szokásjogi doktrína részleteit illeti, nem világos, hogy Hegel milyen mértékben értett volna egyet Savigny-vel. Mindenesetre nem valószínű, hogy Hegel különösebben kedvelte volna Savigny elképzelését a jognak az emberekben való *láthatatlan* létezéséről, hiszen Hegel Kantnak a dolog önmagában való fogalmával szembeni kritikája könnyen átfordítható e tan kritikájává: ha tudjuk, amit nem érzékelhetünk, akkor miért nevezzük abszolút megismerhetetlennek? A megismerhetetlennek való ábrázolásnak más motívumai kell, hogy legyenek, mint amiket maga az elmélet állít. Ha a rejtett, láthatatlan törvény, amely az emberekben él, nyitott lenne az intuíció számára, ahogyan maga Savigny állítja, ha tehát közvetlenül érzékelhető, jól látható, akkor miért nevezzük eleve láthatatlannak? Ha a szokásjog a valódi, rejtett pozitív jog médiuma, amely a társadalomban beavatottak számára fölösleges, ahogyan azt maga Savigny állítja, akkor miért nevezzük a legközvetlenebb jogforrásnak? Miért nem lehetünk őszinték, és miért nem nevezzük a jogtudós, azaz Savigny *közvetlen* intuícióját a jog fő forrásának? Savigny nem tud válaszokat adni ezekre a kérdésekre, és kétséges, hogy *ő* maga is érdemesnek tartotta volna megválaszolni ezeket a kérdéseket.

Az azonban kétségtelen, hogy Hegel osztozott Savignyvel egy a szokások erős tisztelete. A szokás felértékelése Hegelnél nem az autonómia, a szabad, önreflexív cselekvés, a *szubjektív szellem* Kant-filozófiájának negációja, hanem meghaladása a szokás és a megszokás, az *objektív szellem*, azaz egy olyan intellektualitás javára, amely nemcsak szubjektív, "a fejünkben" van, hanem a realitás, az objektivitás jellegével bír. A szokás, mondaná Hegel, nem az autonómia ellentéte, hanem annak *igazsága*. A szokás pozitív értékelésében Hegel szembeállítja magát racionalista kortársaival, és felveszi azt a fonalat, amelyet a

a nyugati történelem során, és amely időnként felbukkan, mondjuk, Arisztotelész, Plutarkhosz, Aquinói vagy Montaigne műveiben. Ebben a hagyományban a szokást az erkölcsfilozófiai diskurzus központi fogalmi csomópontjának tekintik: az egyes cselekedetek nem relevánsak a magatartás erkölcsiségének megítélése szempontjából, csak a szokás az. Az erkölcsi értékelés vagy elítélés szempontjából csak a szokásszerű cselekedetek jönnek szóba. Még Kant filozófiájában is találunk ennek a belátásnak visszhangjait: a kategorikus imperatívusz különböző formuláiban nem a cselekvések *egyes szándékai*, hanem *maximák*, azaz a szokások lehetséges szabályai kerülnek egyetemesség szempontjából vizsgálatra.

Hegel azonban nemcsak átveszi ezt a hagyományt, hanem *át is alakítja azt* azáltal, hogy az arisztotelészi szokásközpontúságot rövidre zárja az erkölcs és a szabadság kanti reci- procitásával: ha Arisztotelész szerint a szokásszerű cselekvés az erkölcs igazi tárgya, és ha Kant szerint csak az erkölcs spektrumán belüli cselekvés igazán *szabad* cselekvés, akkor a szokás és a megszokás a *szabadság* kifejeződése. A szokás és a megszokás nem a szabadsággal ellentétes társadalmi megnyilvánulások, nem a 'mindennapok' kifejeződései, amelyeket az önkifejező, heroikus szubjektivitásnak le kell győznie, hanem e szubjektivitás feltételei, a szabadság játékformái.

Hogyan kapcsolja össze Hegel a szokást és a szabadságot, ezt a két, intuitíve ellentétes fogalmat? Ha megnézzük Hegel rendszerét a maga teljességében, láthatjuk, hogy a szokás és a megszokás először egy nagyon meglepő szakaszban jelenik meg: közvetlenül az őrület tárgyalása után. Ennek megfelelően Hegel számára a szokás első és legkiemelkedőbb szerepe az, hogy gyógyír legyen az ellen, amit ő őrületnek nevez.<sup>35</sup> A szokás az egyetlen gyógyír a túlzó önézetre, az önmagát abszolútnak tételező és saját meghatározottságait egy téveszmés világba hallucináló önézetre. Az ennek az érzésben való teljes elmerülése, az önmaga és a világ közötti különbségtételre való képesség hiánya ellen a szokás az objektív tudat első lépése a pusztá szubjektivitásból. Nos, a szokás itt játszott szerepét csak akkor érthetjük meg, ha megértjük, hogy ez az "őrület", amely ellen a szokás az egyetlen orvosság, nem ritka aberráció, amely csak néhány emberi példaképnél fordul elő, hanem a *Geistnek* mint olyanak, a szellemnek az aktualitásba kerülés szakaszában lévő alapvető és szükségszerű meghatározottsága. A *Geist*, vagy esetünkben a *Wissen* (tudás), saját meghatározottságának és a világ adottságának e bonyolult kombinációja és reflexiója, pozitívizása és előfeltétele, és a világ adottságának egész sor befejezetlen stádiumán kell keresztülmennie, amelyben vagy a világban

<sup>35</sup> G. W. F. Hegel, *Enzyklopa'die*1995, *der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*. 1830. *Dritter Teil. Die Philosophie des Geistes* (Frankfurt am Main), xx409-10.

a szubjektum fogyasztja el, vagy a szubjektumot fogyasztja el a világ. A szokás az egyik módja az egyensúlytalanság orvoslásának, és végső soron mindkettő összeegyeztetésének. A szokásban a lélek *megszabadul* önértetétől, és így teret enged a világnak:

Az, hogy a lélek absztrakt, egyetemes létezővé teszi magát, és az érzések (és a tudatosság) sajátosságait lényének pusztá jellemzőjévé redukálja, az a Szokás. Ily módon a lélek a tartalmak birtokában van, és úgy tartalmazza őket, hogy ezekben a vonásokban nem mint érző, nem áll velük kapcsolatban úgy, hogy megkülönbözteti magát tőlük, és nem is merül el bennük, hanem birtokolja őket és mozog bennük, anélkül, hogy érezné vagy tudatában lenne ennek a ténynek. A lélek megszabadul tőlük, amennyiben nem érdeklik vagy foglalkoztatják: és miközben ezekben a formákban mint birtokában léteznek, ugyanakkor nyitott arra, hogy mással is foglalkozzon és elfoglalja magát - mondjuk az érzéssel és általában a mentális tudattal.

A szokást joggal nevezik *második természetnek*; természetnek, mert a lélek közvetlen lénye; második természetnek, mert a lélek által létrehozott közvetlenség, amely lenyomja és formálja a testiséget, amely belép az érzésmódokba mint olyanokba, valamint az ábrázolásokba és akaratokba, amennyiben azok testet öltöttek.<sup>36</sup>

A kantianizmus ezen "arisztotelizálása" - a kötelesség és a hajlam, a szabadság és a természetes okság kanti diskurzusának szellemi szintre emelése - szerint a szokás a természetesen adott első idealizálása, például a testnek az elvont szabályok és szabályszerűségek vásznává alakítása. Ez viszont lehetővé teszi a test és érző természetének absztrahálását, így felszabadulnak az intellektuális erőforrások a világgal való találkozásra.

Így értelmezve a szokás találó első illusztrációja annak, amit Hegel rendszerének későbbi szakaszaiban *Sittlichkeitenek* fog nevezni.

De ha egyszerűen *azonos* az egyének aktualitásával, akkor az etikai [*das Sittliche*], mint általános viselkedési módjuk, *szokásként* [*Sitte*] jelenik meg; és az etikai *szokás második természetként* jelenik meg, amely az eredeti és tisztán természetes akarat helyét veszi át, és az egyéni lét mindent átható lelke, jelentősége és aktualitása. Ez a *szellem* élő és világként jelenlévő *szellem*, és csak így kezd el szellemként létezni a szellem szubsztanciája.

<sup>36</sup> *Tiltott.*, x 410Hozzáadás.

A szokás az, amit a jog és az erkölcs még nem ért el, nevezetesen a szellem. Mert a jogban a partikularitás még nem a fogalomé, hanem csak a természetes akaraté. Hasonlóképpen az erkölcs szempontjából az öntudat még nem szellemi tudatosság ... A nevelés az ember erkölcsössé tételének művészete: természetes lénynek tekinti az embert, és megmutatja neki, hogyan születhet újjá, és hogyan alakítható át eredeti természete egy második, szellemi természetté, hogy ez a szellemiség *megszokottá* váljon számára. A szokásban megszűnik a természetes és a szubjektív akarat közötti ellentét, és megtörik a szubjektum ellenállása; ennyiben a szokás az etika része.<sup>37</sup>

A *Sittlichkeit* először szokásként jelenik meg. Ez azt jelenti, hogy a szokás a *Sittlichkeit* egyik jele, és hogy a *Sittlichkeit* nem merül ki a szokásban.

De mi is az a *Sittlichkeit*? Nos, ez a szabadság *konkrét aktualitása*. Hegel szerint minden jog az *Ideaként létező szabadság*. És az "Ideaként létező" alatt Hegel nem azt érti, hogy "eszményként" létezik, vagy hogy a létezés pusztá képzetként van jelen a fejünkben, hanem éppen az ellenkezőjét: Ideaként létező azt jelenti, hogy racionális aktualitással rendelkezik. Minden Igazság a szabad- dom *létezése*, létezés nem a fejünkben, hanem a világban. A Jogban az, amit az erkölcsfilozófia csak *követel*, már *létezik*. Az absztrakt Jogban a szabadság mint tulajdon és szerződés létezik; a pozitív erkölcsben létezhet mint jó szándék és jólét; de a szabadságnak mindez a létezése *absztrakt*, azaz elszakadt a konkrét társadalmi élet teljességétől. Az absztrakt jogban *személyek* vagyunk, az erkölcsben pedig *alattvalók*. Csak a *Sittlichkeitben*, a szokásban lesz a szabadságnak *konkrét* létezése a világban, csak ott szűnünk meg pusztá személyek vagy alattvalók lenni, és határozzuk meg magunkat szabad *emberként*.

Míg tehát Kant filozófiai rendszerében a szabadság különböző *fogalmi* filozófiaiilag tesztelhető, transzcendens módon levezethető, gyakorlatilag aktuálisnak és elméletileg problematikusnak tekinthető, addig a hegeli rendszerben a szokás a szabadság, a szokás a világban *aktualitásra* talált kanti szabadságfogalom.

A szabadság *konkrét* aktualitásaként a *Sittlichkeit* ennek megfelelően nem valami olyan dolog, ami az emberiségre mint olyanra vonatkozik, hanem egy bizonyos *Volkra*. Hegel és Savigny ismét konvergálni látszanak. Ám a konvergencia ismét félrevezető: míg Savigny számára a *Volk a természet*, valami termett, adott meghatározottsága, addig a hegeli *Volk* mint etikai szubsztancia a szabadság, és mint ilyen, szemben áll a természettel. A hegeli *Volk* a

<sup>37</sup> Hegel, *Elemek*, x 151Hozzáadás.



nem determinált, hanem önmagát határozza meg, *szabadon* alkotta meg magát.<sup>38</sup> Ennek megfelelően abszurd lenne megtagadni tőle azt a képességet, hogy szabadon és tudatosan adjon magának jogi kódexet.

### Pozitivitás, ész és történelem

De végső soron nem Hegelnek a szokáshoz mint olyanhoz való hozzáállása az, ami konfliktusba hozta őt a történelmi iskola joghoz való hozzáállásával. Sok jóindulattal mindkét eddigi elméletet ugyanannak a vállalkozásnak különböző, de talán egymást kiegészítő aspektusainak tekinthetjük, Hegel inkább a tágabb társadalmi és szellemi formációkra, Savigny pedig a német jog konkrét történelmi forrásaira összpontosít.

Ami igazán elválasztja őket egymástól, az nem a szokásjog értékelése, hanem a *pozitivitás* fogalma, és ez a különbség erősen kihatott mindkét iskola értékelésére annak a szerepnek a megítélésére, amelyet a szokásjognak a jogalkotással kapcsolatban játszania kell.

Hegel pozitivitásfogalma két fő értelemben különbözik a történelmi iskola pozitivitásfogalmától. Először is, (i) Hegel pozitivitásfogalma tágabb és fogalmilag élesebb. Másodsor, és ami még fontosabb, (ii) míg Savigny pozitivitásfogalma elsősorban a reflexió határainak kijelölésében segít neki, addig Hegelé filozófiailag erőteljes relációs fogalom, amely közvetít az ész és a történelem között.

Tehát, (i) míg Savigny számára a törvény pozitivitása csak a történetiségében alapozódik meg, addig Hegel a pozitivitást sokkal tágabb értelemben veszi, amelynek a történetiség csak az egyik eleme:

A jog általában *pozitív* (a) azáltal, hogy egy államon belül érvényesül; és ez a joghatóság az az elv, amely a jog megismerésének, azaz a *pozitív jogtudománynak* az alapja. (b) *Tartalmát* tekintve ez a jog pozitív elemet nyer a) a nép sajátos *nemzeti jellege, történelmi* fejlődésének szakasza és a *természeti szükségyszerűség* által szabályozott viszonyok egész összefüggése révén; b) azon szükségyszerűség révén, amely szerint a jogrendszerben az egyetemes fogalomnak a tárgyak és esetek sajátos és *külsőleg* adott jellemzőire való *alkalmazását* kell tartalmaznia - olyan alkalmazást, amely már nem a spekulatív gondolkodás és a fogalom továbbfejlesztésének kérdése, hanem a szubszumálás a

<sup>38</sup> Lásd még: Armin von Bogdandy, *Hegels*1986, *Theorie des Gesetzes*, (Freiburg: Alber), 206-17.

megértés; g) a tényleges *döntéshozatalhoz* szükséges *végső* meghatározásokon keresztül.<sup>39</sup>

Ez a rész legalább *en passant* a történeti iskola módszerének kommentálása.<sup>40</sup> Ebben Hegel egyetért Savignyvel abban, hogy egy nép sajátos története a törvény partikularitásának, determinált jellegének egyik meghatározó tényezője. De ugyanígy az éghajlat, a táj jellege, a vallás és a jogon kívüli szokások is. Hegel és más szerzők számára úgy tűnhetett, hogy Savigny mindössze annyit tett, hogy Montesquieu *De l'Esprit des Loix* című művének egyik elemét, azaz a pozitív jog történetiségét abszolutizálta. És, eltekintve ettől a "történelmi fejlődés szakaszától és a *természeti szükségszerűség* által szabályozott viszonyok egész összefüggésétől", Savigny nem vette figyelembe a jognak az *alkalmazás* szükségessége miatti pozitív *meghatározottságát* sem, és ami a legfontosabb, abból a *formájából* eredően, hogy egy adott államon belül érvényesül.

De talán még az is lehetséges, hogy ezeket a különbségeket kibékítsük azzal, hogy a történelem olyan gazdag koncepciójával, amely magában foglalja mindezeket a pozitív elemeket. A második (ii) különbségre rátérve tehát láthatjuk, hogy ami különbségük alapvetését jelzi, az azzal kapcsolatos, hogy a pozitívitás fogalmának pontosan milyen *szerepet* kellene játszania elméleteikben, milyen stratégiai munkát kellene végeznie ennek a fogalomnak. Savigny a pozitívítást az időbeliség *simpliciter* következményének tekintette, vagyis annak a ténynek, hogy a törvénnyel mindig már létezőként találkozunk. A törvény ilyen értelemben vett pozitívként való meghatározása feleslegessé tette a pozitív törvény lehetséges tartalmára való hivatkozást, mert a pozitívitás episztemikusan szükséges lehetőség, nem pedig a törvény ontológiai meghatározása. Mint ilyen episztemikus meghatározás, a törvény pozitívítása elsősorban a reflexió határainak meghatározását jelenti. De a reflexió határainak meghatározásával a pozitívítás egyúttal a világ kezdetét is meghatározza: kijelöli azt a pontot, ahol a tudománynak meg kell állnia, és ahol a világ kezdődik,

<sup>39</sup> Hegel, *Elemek*. Lásd 3.még Eduard Gans, 1971, *Naturrecht von Gans*. Im Wintersemester bis 1828/1829 in *Philosophische Schriften*, szerkesztette Horst (Glashütten im Taunus: Detlev Auvermann), 37-154.

<sup>40</sup> Ezt az ezt követő megjegyzések is megerősítik: 'A jog meghatározottságának kialakulását és fejlődését úgy vizsgálni, ahogyan az időben megjelenik, tisztán történelmi feladat. Ez a feladat a maga szférájában ... érdemleges és dicséretes, és semmi köze a filozófiai megközelítéshez - kivéve, ha a történelmi alapokból való fejlődést összekeverjük a fogalomból való fejlődéssel, és a történelmi magyarázat és igazolás jelentőségét kiterjesztjük az *önmagában és önmagára érvényes* igazolásra.' Hegel, *Elemek*, x3 megjegyzés.

elhatárolja egymástól a szót és a tárgyat, az értelmet és a világot. Mint ilyen, *a pozitívitás* nemcsak a pozitív jognak, hanem - ami még fontosabb - *a jogtudománynak is* alkotóeleme. Savigny azonban nem reflektál arra, hogy a pozitívitás az ész határainak kijelölésével már túllépte ezeket a határokat, és racionalizálta a túlvilágot.

Savigny munkájában a pozitívitás tehát a tudománya megfelelő tárgyának létrehozásában játszik szerepet. Ha ezt szem előtt tartjuk, jobban megérthetjük, hogy Savigny miért akarta a törvényt úgy ábrázolni, mint ami nem létrejön, hanem mint ami egyszerűen csak van. A probléma középpontjában a *karok versengése áll*: ha a jog csak *van*, akkor a jogtudomány az egyetlen illetékes tudományág, amely foglalkozhat vele, és a joggal kapcsolatban a legfőbb kar a jogi kar, amely semmiféle intellektuális tiszteletadással nem tartozik a filozófiai karnak. A jogász a saját háza táján lenne úr. Ha viszont a pozitív jog nem csupán kint van, hanem *létre is jött*, ha maga is a filozófiai értelem, az ész terméke, akkor tudományos feldolgozása *reflexív* vállalkozás, és főhelyét a filozófiai karoknál kell lennie, még akkor is, ha a részletes dogmatikai feldolgozása - amelyet hegelianus kontextusban pusztán *verstaändig* (megértésszerű), nem pedig *vernünftig* (racionális) lenne jellemezhető - a jogi karokra lenne delegálva.

Tehát végső soron Hegel egyetértett Savignyvel a temporalitás időbeliségét illetően.

törvényt, arra a tényre, hogy a törvény mindig is ott van. Amit azonban vitatott, azok az elméleti implikációk, amelyeket ennek feltételez, és azok a filozófiai lehetőségek, amelyeket nyitva hagy: az a tény, hogy a pozitív törvény mindig már létezik, csak akkor teszi feleslegessé a tartalmának racionalitásáról való reflexiót, ha valaki (i) az észnek mint a történelem felett és azon kívül valahogyan örökké lebegő normák tárházának a történelmen kívüli, történeti metafizikai felfogása van, és (ii) tagadja a történelem racionális elméletének lehetőségét és szükségességét.

(i) Az ész Hegel szerint nem független normák elszigetelt világa, hanem *abszolút közvetítés*. Ebben az értelemben azonosítja Hegel az értelmet és a szabadságot. Mindkettő ez az abszolút hatalom, hogy képes legyen elviselni *a másikat*, hogy képes legyen önmagánál maradni, miközben a másikkal együtt van. Nos, hogy ez miért kell, hogy az *ész* definíciója legyen, talán világosabbá válik, ha elgondolkozunk azon, hogy a *megismerés* és a *tudás* olyan formák, amelyekben a másikkal (a világgal) kell együtt lennünk anélkül, hogy elveszítenénk önmagunkat a másik számára, ahol egy adott, önkényes tartalmat kell összekapcsolnunk a szükségszerűséggel anélkül, hogy ezáltal a tartalom adottságát lerombolnánk vagy a forma szükségszerűségét megbontanánk. Kant *szintetikus a priori*ja nem más, mint ennek a struktúrának a kifejeződése, és a Hegel előtti egész ismeretelmélet Hegelig

napjainkban, beleértve az igazság koherencia-elmélete és az igazság korrespondencia-elmélete közötti vitákat is, az önmagunkkal való együttlét és a másikkal való együttlét dialektikájával küzdött. Hasonlóképpen, a kérdés, hogy miért kellene ennek a másikban való önállóságnak a *szabadság* definíciójának lennie, világosabbá kell válnia, ha elgondolkozunk azon, hogy a kantai kísérlet a szabadság transzcendentális dedukciójának megtalálására éppen ez a kísérlet volt, hogy megtaláljuk egy olyan cselekvés lehetőségét, amelynek a determináció *abszolút* önmagában van, és mégis kilép a pusztá gondolatból, és elköteleződik egy világgal.

Az ész tehát mindig is önmaga és a másik pusztá oppozíciója fölött áll, és az ész és a pozitívítás viszonya nem lehet az egyszerű oppozíció viszonya, ahogyan Savigny szerette volna. A pozitívítás inkább az ész *egyik* mozzanata:

Az általános mód, ahogyan a tapasztalat először tudatosítja bennünk a dolgok ésszerű rendjét, az elfogadott és ésszerűtlen hiedelem. Hasonlóképpen, az állampolgár tudata országáról és annak törvényeiről az ész- világ észlelése, amíg úgy tekint rájuk, mint nem feltételezett és ugyancsak egyetemes hatalmakra, amelyeknek alá kell vetnie egyéni akaratát. És ugyanebben az értelemben a gyermek tudása és akarata is racionális, amennyiben ismeri szülei akaratát, és azt akarja. Ahhoz pedig, hogy ezeket a racionális (természetesen pozitívan racionális) valóságokat spekulatív elvekké alakítsuk, csak az szükséges, hogy elgondoljuk őket.<sup>41</sup>

Hegel rendszerében a pozitívítás nem a tudás határát jelöli, hanem az ész önbevezetését jelenti. Valahányszor Hegel megpróbálja bevezetni az olvasót abba, hogy mi is valójában az értelem, így vagy úgy, de mindig a pozitívításra hivatkozik, legyen szó az aktualitás és a racionalitás azonosságának kettős téziséről, az értelem, a dialektika és a spekuláció viszonyáról szóló reflexióiról vagy a *Fenomenológia* előszavában található módszertani reflexióiról.

(ii) Hasonlóképpen, a törvény pozitívítása csak akkor tenné feleslegessé a tartalmának racionalitásáról való elmélkedést, ha tagadnánk a történelem racionális elméletének lehetőségét és szükségességét.

De - állítja Hegel - lehetetlen tagadni ezt a lehetőséget, és ugyanakkor olyan történelmi tanulmányokat folytatni, amelyek azt állítják, hogy racionálisak, mivel a történelem egyetlen racionális felfogása az, hogy a történelem maga a racionalitás története.

<sup>41</sup> Hegel, *Enzyklopa'die*, xx81-2.

Miért is lenne ez így? Bizonyára megszoktuk, hogy a történelem mint tudományos vállalkozás (*historia rerum gestarum*) racionalitását meg kell különböztetni a történelem mint események sorozata (*res gestae*) racionalitásától. Hegel történelemfilozófiája azonban éppen az ellenkezőjét igyekszik megmutatni:

Az egyetlen gondolat, amelyet a filozófia a történelem szemléléséhez magával hoz, az az *ész* egyszerű felfogása; hogy az ész a világ uralkodója; hogy a világ történelme ezért egy racionális folyamatot mutat be nekünk. Ez a meggyőződés és intuíció hipotézis a történelem mint olyan területén. A filozófia területén ez nem hipotézis.<sup>42</sup>

Aki nevetségesnek, ha nem is megdöbbenőnek találja azt a gondolatot, hogy "az ész a világ uralkodója", azt a következő gondolatsor megnyugtathatja: a történelem (*res gestae*) nemcsak a saját létünkől elválasztott történelem gyűjteménye, hanem saját kulturális lényként való *előfeltételeink* összessége is. Mint ilyen, a történelem egyben a megfelelően racionális történelmi kutatás *előfeltételeinek* összessége is, amely szintén kulturális kifejezés. Ha pedig ez a történelmi kutatás (*historia rerum gestarum*) racionális akar lenni, akkor a történelmet (*res gestae*) *legalábbis* úgy kell érteni, mint ami lehetővé teszi ennek a történelmi kutatásnak a racionalitását, mint ami a történelmi kutatás racionalitásának a története. Mármost a történelmi kutatás nem elszigetelt vállalkozás, hanem csak a szabadság kontextusában, azaz a modern racionális államban lehet racionális.<sup>43</sup> A racionális történelmi kutatás tehát az ész mint olyan fejlődésének kutatása.

Ennek a gondolatmenetnek persze csak akkor van értelme, ha meg vagyunk győződve arról.

hogy az értelem már megvalósult a világban. És Hegel szerint pontosan ez történt a francia forradalomban, a racionális liberális állam megjelenésével, amely mindenkinek kölcsönös elismerést és szabad állampolgárságot biztosít. A forradalom utáni államban éppen ez az Értelem, amely a történelem során kizárólag a filozófusok által megfogalmazott *követelésekben* fejezte ki magát, vált aktuálissá. És csak ebben az összefüggésben lehet teljes mértékben értékelni Hegel *diktumát* a kodifikációs vitával kapcsolatban: "Megtagadni egy civilizált nemzet, vagy a jogászai hivatás megtagadása

<sup>42</sup> G. W. F. Hegel, *Vorlesungen* 1995, *u'ber die Philosophie der Geschichte* (Frankfurt am Main: Suhrkamp), 20.

<sup>43</sup> Hegel néhány helyen még a *res gestae*-t és az államot is egyenlővé teszi: "Csak a törvényeket ismerő államban történhetnek különálló tranzakciók, amelyeket olyan világos tudatosság kísér, amely biztosítja a tartós feljegyzés lehetőségét és szükségességét. Hegel, *Philosophie der Geschichte*, 84.

azon belül a jogi kódex megalkotásának képessége a legnagyobb sértések közé tartozna, amelyeket bármelyiküknek fel lehetne ajánlani.<sup>44</sup>

A döntő kifejezés itt a *civilizált*. Ez azt jelenti, hogy a *forradalom utáni*, vagy modern kifejezéssel élve, a *történelem utáni*. Olyan időkben, amikor az értelem követelései aktualizálódtak egy népben, nem lehet sem a filozófusok feladata, hogy új törvényt *követeljenek*, sem a jogtörténészeké, hogy azt állítsák, hogy az igazi törvényt ezer évvel ezelőtt 'fogalmakkal számoló' jogászok alkották -csakis maguk a népek tehetik meg, hogy tudatosan és szabadon alkossák magukat a jogon keresztül.

A szokástól a törvényhozás felé való végső fordulatban Hegel meglepő módon újra-kantianizálja a szokásról alkotott korábbi álláspontját. Kant erkölcsfilozófiája szerint az egyetemes erkölcsi törvény nem korlátozás, hanem szabadságunk kifejeződése, mert nem valaki más adta nekünk ezt a törvényt, hanem mi magunk mint racionális lények adtuk ezt a törvényt. Ha viszont a szeszélyeinket követjük, akkor azt hihetjük, hogy szabadok vagyunk, de valójában hajlamaink törvényeit, azaz sötét biológiai természetünk kauzális törvényeit követjük. Mind az erkölcsi törvény, mind a hajlam törvénye lehet *a miénk*, de csak az előbbi a *miénk abban* a hangsúlyos értelemben, hogy az gondolat, és így teljesen önnön magától átlátható. Az igazi szabadság nem elégszik meg a "saját" törvényünknek való esetleges, önkényes megfeleléssel; hanem csak olyan törvénynek való megfelelés jelentheti a szabadságot, amelyről egyúttal azt is tudjuk, *hogyan* jött létre, és *miért* követjük. Ahhoz, hogy szabad legyen, az erkölcsi cselekvésnek *öntudattal*, önmagunknak az erkölcsi törvényhez való eme viszonyának átgondolt belátásával kell együtt járnia.

Hegel a törvényhozás és a szokásjog viszonyát a következők mentén értékeli

hasonló vonalakon, anélkül azonban, hogy visszazuhanna korábbi arisztotelészi fordulata mögé, anélkül, hogy visszacsúszna egy olyan kanti dualizmusba, amely nemcsak a hajlam, hanem a szokások leértékelését is magában foglalja. Ha tehát a szokásjog szerint cselekszünk, akkor követhetjük a törvényeinket. Hiányzik azonban az öntudatosság eleme: "A szokásjogok tartalmazzák a *gondolkodás* és a *megismerés* mozzanatát. A különbség ezek és a törvényes törvények között egyszerűen abban áll, hogy az előbbiek szubjektív és kontingens módon ismertek, tehát kevésbé determináltak önmaguk számára, és a gondolat egyetemessége homályosabb." A szokásjogok és a törvényes törvények között a különbség egyszerűen abban áll, hogy az előbbiek szubjektív és kontingens módon ismertek.<sup>45</sup> A szokásokkal tehát az a probléma, hogy nincs pontos ismeretünk az eredetükről, és nem tudjuk igazán, *miért* követjük őket. Mi több, a követés okainak ismeretének hiánya miatt

<sup>44</sup> Hegel, *Elemek*, xx 211 és *Ibid*241. <sup>45</sup> ..x 211Megjegyzés.

a szokás logikájának szerves részét képezik: bizonyos szabályok szerint cselekszünk, mert ez a szokás, mert "itt így mennek a dolgok". Ez a tautológia - "a dolgok így mennek, mert a dolgok így mennek" - nem más, mint az önátláthatóság e hiányának kifejeződése.

Egy racionális állam pozitív törvényi szabályozásával azonban ez a hiányosság orvosolható. Követésükkel kanti értelemben *szabadok vagyunk*, nemcsak azért, mert olyan szabályokat követünk, amelyek *a mieink*, hanem azért is, mert teljesen átlátható számunkra, *hogyan* születtek és *miért* követjük őket. A pozitív törvényi normák szerint élvezni semmi sem marad rejtve, és az ember teljesen öntudatosá válik.

### Következtetés

Elmondható tehát, hogy mindkét gondolkodónak a szokásjoggal kapcsolatos álláspontja elválaszthatatlanul összefüggött a francia forradalomhoz való hozzáállásukkal. Mindketten egyértelműen konzervatívok voltak, de a megőrzés tárgya nem is lehetett volna különbözőbb: míg Hegel a francia forradalom által elért, lényegében a magánjog napóleoni kodifikációiban kifejezett állapotot kívánta megvédeni, addig Savigny a régi római jogot (amelynek érvényessége a szokásjogon alapult) akarta megvédeni a forradalmi újításokkal, például a napóleoni kódexekkel szemben. Míg Hegel a forradalom konzerválását akarta, addig Savigny egy konzervatív forradalmat akart, a forradalom előtti rend helyreállítását.

Savigny a szokásjogban találta meg a jogforrásokról szóló tanításának *paradigmáját* és tárgyi leckéjét: a jog nem az emberi fejlődés társadalmi technikája, nem egy teljesen rendelkezésünkre álló eszköz, hanem a nyelvhez hasonlóan saját életet él az emberek tudatában, saját keletkezési és fejlődési szabályai vannak. Továbbá, mivel minden jog szilárdan egy nép széles körű közös tudatán alapul, minden jog alapvetően demokratikus. Ennek azonban két meglepő következménye volt. Először is, Savigny a szokásjogra való összpontosítása szinte eltüntette a szokásjog és a pozitív jog között általában. Ez nem kell, hogy gyengeség legyen, hanem talán a *liberalizmus* szellemi erejét és elevenségét bizonyítja, amely képes legyőzni a régi fogalmi képződményeket a valódi

érdemi kapcsolatok. Másodsor, minden jog demokratikus alapja nem az emberek felhatalmazásához, hanem végső soron a jogi szakértők felhatalmazásához vezet.

Hegel elmékedései a szokásjogról és a szokásjogról részben ugyanebből indultak ki, de teljesen más eredményekre vezettek. Hegel *két* kopernikuszi redőzést vezet be: először egy arisztotelészi kart használ, hogy megfordítsa <sup>147</sup>

individualista erkölcsfilozófiát, hogy a kanti freedomot a *Sittlichkeit* szempontjából értsük meg. De aztán egy kanti kar segítségével megfordítja ezt az arisztotelészi etikai életet, hogy megmutassa, hogy a modern racionális államban a kanti autonómia elérkezik. Hogy ez a kettős húzás sikeres volt-e vagy sem, még mindig tanult vita tárgya.

Akárhogy is van, Hegel mégis győztesként kerül ki a szellemi harcból. Neki kell: a filozófia és annak elutasítása közötti konfliktuson csak a filozófia ülhet ítéletet. És mivel a filozófia elutasításának győztesnek nyilvánítása azt jelentené, hogy saját tekintélyét vonja vissza, a filozófia nem tehet mást, mint hogy minden esetben megerősíti önmagát.