

gewoonterecht, koninklijke bevelschriften en jury. Het resultaat bleek goed te zijn, en kende een zeer groot succes. Op het einde van zijn regeerperiode werd er reeds een belangrijke uiteenzetting gedaan over dit systeem (Glanvill), en in het begin van de dertiende eeuw werd een zeer groot werk hierover geschreven door Bracton.

"Het had de invloed niet ondergaan van Romeinse elementen, en dat bleef zo, zelfs gedurende de eeuwen dat het vasteland steeds meer en grondiger te maken kreeg met het onderwijs van de glossatoren en de commentatoren van de Corpus Juris" (blz. 5). De ontwikkeling van het recht kwam hoofdzakelijk tot stand door zeer bekwame rechters, die zelfs een invloed hadden op wetgevend vlak. Zo had Engeland reeds zeer vroeg een nationaal systeem, hetgeen op het vasteland niet kon.

De opleiding van de rechters gebeurde niet aan universiteiten, en was niet gebaseerd op het Romeins recht, maar gebeurde in een rechtsschool en was gebaseerd op de praktijk. De wetgevende activiteiten van Henry II (de 'assizes'), van Edward I, van de Tudors, verontrustte de publieke opinie en leidde tot de reactie van Sir Edward Coke, over "de nietigheid van de wetten die onredelijk waren en tegen de hoofdprincipes van het common law" (blz. 6 en 7). Na het absolutisme van de Stuarts was er geen reden tot ongerustheid meer, zodat Sir William Blackstone niet aarzelde om de mening van Coke te ontcrachten, en de nadruk te leggen op de macht van koning en parlement, hetgeen weerklank vond bij Dicey, de Oxford-professor en grondwetsspecialist. Zo leefde de overtuiging verder dat het de bedoeling van de wetgever niet kon zijn het 'common law' te veranderen, en was er een succesvol verzet tegen de codificatie van het Engelse recht, in tegenstelling tot de grote Europese beweging, die in de achttiende eeuw begon en zich na de Franse revolutie doorzette. Het gevolg hiervan was een grotere soepelheid voor de rechter, maar ook een grotere macht dan op het vasteland, waar de woorden van Montesquieu nog naklinken "Les juges de la nation ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi" (blz. 8).

Deze bijdrage van Van Caeneghem is een schitterende samenvatting van de historische groei van het Engelse 'Common Law', en het contrast met het 'Civil Law' (en de rol hierin van het Romeins recht) van het Europees vasteland.

Philip DE KEUKELAERE

OVER HET JURIDISCH REALISME

J.P. Schouppe, *Le réalisme juridique*, Gent. Story - Scientia, 1987, 192 blz., ISBN 90 6439 474 4

Het werk van J.P. Schouppe is in vele opzichten merkwaardig. Niet alleen omdat het moedig is de 'verwaarloosde draad' van het 'juridisch realisme' terug op te halen, maar ook omdat dit werk op meesterlijke wijze de historische spanning weergeeft tussen het

objectief en subjectief recht. Deze spanning, die wellicht aan de basis ligt van één van de elementen van de moderniteit.

Heel terecht begint het verhaal bij Aristoteles, die als eerste een verband legt tussen het ethische en het juridische, door middel van de term 'to dikaion', hetgeen juist is (in de betekenis van rechtvaardig) — in het Latijn soms vertaald door 'ius'. Etymologisch laat Schouppe het woord afleiden van 'dicha' en schrijft hij "Het recht drukt een maat uit, de afbakening van wat juist is in de verhouding tussen één of meerdere personen. De objectieve achtergrond waarop het onderzoek van het rechtsbegrip zich ontwikkelt, komt als vanzelfsprekend over" (blz. 14).

Vervolgens ontleedt Schouppe hetzelfde thema bij Thomas van Aquino, waar het recht eerder als 'het verschuldigde' wordt benaderd (le dû). De stelling van Schouppe is dat dit 'ius suum', een objectieve opvatting over het recht inhoudt, waarbij vooraf het bestaan van de 'zaak' (res), die men tegoeed heeft, wordt vooropgesteld. Schouppe weerlegt hierbij op overtuigende wijze de stelling van J. Dabin in dit verband, die hierin het 'ius' van het 'rechtssubject' situeerde (J. Dabin, *La définition du droit*, in : *Mélanges P. Roubert*, Dalloz, 1962, blz. 205).

Naar aanleiding van het onderzoek naar het juist situeren van de Spaanse scholastiek in dit debat, onderzoekt Schouppe twee belangrijke noties uit het Romeins recht, de termen 'ius' en 'dominium'. Vooral de term 'dominium' heeft een zeer belangrijke rol in de spanning tussen objectief recht en subjectief recht, en in het ontstaan van het moderne recht gespeeld (zie : Ph. De Keukelaere, *De achillespees van het moderne recht*, in : *Nucleus*, mei 1990).

Schouppe situeert de historische breuklijn bij Willem van Occam. Hij neemt hier de stelling over van Michel Villey (die het de 'via moderna' noemt) (M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*. Parijs, PUF, 1983, blz. 120 en 124). Schouppe baseert zich op het gelegenheidsdebat tussen Paus Johannes XXII en de orde der Franciscanen, met betrekking tot de discussie over het behoud van de goederen van de orde (blz. 64-65). Het ontstaan van het subjectief recht houdt misschien evenzeer verband met een zeer belangrijke theologische stelling, die eveneens door Occam werd verkondigd, en later een loutere juridische stelling werd. Het Bijbelse scheppingsverhaal heeft steeds een groot succes gehad (ofschoon het wellicht niet het belangrijkste verhaal van de Bijbel is). In de Middeleeuwen verkondigde men de stelling van de schepping 'ex nihilo', door God de Schepper. Occam poogde Gods soevereine vrijheid met deze stelling te verzoenen, waarbij de nadruk op de grenzeloze scheppende kracht van God werd gelegd. Deze theologische stelling vergleed naar het juridische (hetgeen in deze tijd best kon, omdat er geen duidelijke scheiding tussen deze domeinen was). Gods 'dominium' werd aldus een 'potestas absoluta' vrij van de wetten van het heelal. Later zou deze interpretatie van het 'dominium' als een 'recht' (van het soevereine rechtssubject) worden geïnterpreteerd, waarbij men volledig van de stelling van Aristoteles of van het thomisme zal afwijken (M.F. Renoux-Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, in : *Droits*, Parijs, PUF, 1985). De Spaanse scholastiek (de Vitoria, de Soto, de Molina en Suarez) blijft essentieel trouw aan de stelling van Thomas van Aquino, maar zou het 'juridisch realisme' met het 'subjectief' recht pogen te verzoenen.

Tenslotte overloopt Schouppe de katholieke moralisten, de thomisten van de negentiende eeuw, en de canonisten van de twintigste eeuw, om te eindigen met een synthetische uiteenzetting over de realistische opvatting.

Niet alleen geeft het werk van Schouppe een vernieuwd inzicht in het juridisch realisme (ofschoon we thans ook dienen te beseffen dat het juridisch subjectivisme duidelijk de overhand heeft gehaald), het situeert ook historisch heel goed het juridisch subjectivisme, hetgeen zo belangrijk in het juridisch-filosofisch debat van het einde van deze twintigste eeuw is geworden. In dit opzicht zou men kunnen stellen dat het rechtssubjectivisme eigenlijk twee kanten opgaat, enerzijds het tot stand brengen van 'individuele rechten', 'persoonlijkheidsrechten', 'rechten van de mens', en anderzijds de bevestiging van het 'soeverein rechtssubject' (F. Van Neste, *Hoe Ethisch is het Recht ?*, Antwerpen, Kluwer, 1991, blz. 8, met verwijzing naar Fr. Van Dun, *Het Fundamenteel rechtsbeginsel*. Antwerpen, Kluwer 1983). In dit opzicht is het uiterst juridisch subjectivisme niets anders dan het 'verlangen' van het rechtssubject "Sedert Freud weten we op wetenschappelijke wijze dat het verlangen onverwoestbaar is, en een als het ware waanzinnige ruimte en tijd beheerst. Enerzijds kan het 'ik' zijn eigen dood niet inbeelden, en wordt er een onsterfelijke duur ingesteld. Anderzijds veroverf het een ruimte, in verhouding tot zijn eigen onredelijkheid". (B. Edelman, *Sujet de droit et techno-science*, in : *Archives de Philosophie du droit*, Sirey, 1989, blz. 171, zie ook D. Forscheid, *Ethique, La science et la loi*, 1991, blz. 65). Vooral op het vlak van de verhouding tussen biotechnieken en recht is er thans een verwarring ontstaan tussen de 'vrijheid' en het louter 'verlangen' van het rechtssubject.

Philip DE KEUKELAERE