

## De rol van rechtswetenschap en *raison d'état* bij het streven naar codificatie in Groot-Brittannië, 1530-1625

'The rule, like the magnetic needle, points at the law, but does not settle it.'<sup>1</sup>

### 1 *Natuurrecht: meester of dienaar der codificatie*

Het is een gangbare opvatting dat het succes van het codificatiestreven in landen als Frankrijk, Oostenrijk en Duitsland te danken is aan het binnen de continentale rechtswetenschap overheersend geworden natuurrechtelijke gedachtegoed. Deze opvatting, die ik aan zal duiden als de 'natuurrechtsthese', heeft een belangrijk nadeel. Zij ontnemt namelijk het zicht op een veel belangrijkere, politieke verklaring van dat succes, te weten het staatsbelang. Ook bij een zoektocht naar de oorzaak voor het ontbreken van een codificatie in Groot-Brittannië loopt men, wanneer men deze opvatting overneemt, het risico blind te zijn voor de *raison d'état* bij de pogingen om tot een codificatie van het recht te komen. Het is daarom noodzakelijk te beginnen met een beschrijving en evaluatie van deze 'natuurrechtsthese', waarin het natuurrecht gezien wordt als de meester van de codificatie.

Het is niet verwonderlijk, dat de natuurrechtsthese vooral in Duitsland tot ontwikkeling is gebracht. Daar heeft immers Hegels notie van de *Geist* als uiteindelijke beweging van de waarneembare wereld (te) veel navolging gevonden. De politieke machteloosheid van de Duitse intellectuelen in de negentiende eeuw heeft onder invloed van die notie geleid tot een schromelijke overwaardering van de invloed van ideeën op de maatschappelijke ontwikkelingen. In wezen politieke verschijnselen werden door deze intellectuelen niet meer toegeschreven aan zelfstandige beslissingen die het resultaat waren van concrete uitoefening van macht, maar aan de werking van de – uiteraard voor een belangrijk deel door henzelf bepaalde – tijdgeest.<sup>2</sup>

Ook de visie van veel Duitse rechtshistorici op het verschijnsel codificatie werd beïnvloed door deze voorliefde voor de *Geist* als verklarende factor. 'Das 18. Jahrhundert fand die höchste Form der Objektivation seines Geistes in der Gesetzgebung', zo merkte Dilthey (1833-1911) al aan het begin van de twintigste eeuw op naar aanleiding van de Pruisische codificatie uit 1794, het *Allgemeine Landrecht* (ALR).<sup>3</sup> Deze gedachte werd

---

<sup>1</sup> F. Bacon, 'Translation of the "De Augmentis Scientiarum"' in: F. Bacon, *Works* 5 (=Translations of the philosophical works 2) (Londen 1861; J. Spedding, R.L. Ellis en D.D. Heath (eds.)), 3-119 (citaat 106 (aforisme 85)).

<sup>2</sup> Vgl. F.K. Ringer, *Die Gelehrten. Der Niedergang der deutschen Mandarine 1890-1933* (Stuttgart 1983) en P.A.J. van den Berg, 'Het risico van cultuurkritiek' in: R. Aerts en K. van Berkel (eds.), *De pijn van Prometheus. Essays over cultuurkritiek en cultuurpessimisme* (Groningen 1996), 220-238 (225-228).

<sup>3</sup> W. Dilthey, 'Das Allgemeine Landrecht' in: W. Dilthey, *Gesammelte Schriften* 12: *Zur preußischen Geschichte* (Leipzig/Berlijn 1936), 131-204 (citaat 132).

vervolgens opgepakt door Thieme.<sup>4</sup> Deze verklaarde het ontstaan van codificaties als het ALR, het Oostenrijkse *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB) en de *Code civil* (Cc) rond 1800 vanuit de natuurrechtelijke ideeën. Hij schetste een ontwikkeling die aanving in het midden van de zeventiende eeuw met een generatie natuurrechtsdenkers, die uit waren op een systematisering van de rechtsstof. Tot deze generatie, Thieme noemt hen de *Systematiker*, behoorde onder meer Pufendorf. De fakkel werd overgenomen door een tweede generatie, die zich onderscheidde van de eerste door inhoudelijke kritiek op de bestaande rechtsstof te leveren. Daarnaast ruilden de natuurrechtsdenkers van deze tweede generatie, die door Thieme worden betiteld als de *Analytiker*, onder invloed van de Verlichting de universele opvatting van het natuurrecht in voor een meer relatieve. Christian Thomasius (1655-1728) en, in Frankrijk, Montesquieu (1689-1755) streefden naar een regionaal natuurrecht, geldend voor een concrete, bijzondere werkelijkheid. Het in een bepaalde samenleving geldende recht moest, zo meenden zij, aangepast zijn aan de bijzondere omstandigheden van die samenleving. Tenslotte ziet Thieme nog een derde generatie, die van de *Synthetiker*. Hun verdienste is het dat zij de codificaties daadwerkelijk tot stand hebben gebracht, waarbij zij slechts conform de tijdgeest hoefden te handelen. ‘Denn inzwischen’, aldus Thieme, ‘ist die von jenen [de eerste twee generaties] verursachte Strömung so stark und reiend geworden, hat sie so sehr das Zeitbewutsein mit sich fortgetragen, auch außerhalb der Jurisprudenz, da es überall auf dem Kontinent zu einer Rechtserneuerung kommt.’<sup>5</sup>

Wieacker, auteur van het gezaghebbende handboek *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, volgde in zijn schets van de codificatiegeschiedenis in grote lijnen de visie van Thieme. Ook Wieacker verklaarde de totstandkoming van de laat-achttiende-eeuwse wetboeken vooral uit de opkomst en ontwikkeling van het natuurrechtelijke gedachtegoed.<sup>6</sup> ‘Das Bündnis des Vernunftrechts mit der Aufklärung hat zunächst im Mittel- und Sdeuropischen absoluten Staaten, danach in Westeuropa, nach dem Vorgang des revolutionren Frankreich, eine erste große Welle der modernen Kodifikationen gezeitigt.’<sup>7</sup> Deze wetboeken werden, aldus Wieacker, gekenmerkt door enerzijds de systematisering van de rechtsstof en anderzijds door een inhoudelijk radicale vernieuwing ervan. Dit kan niet verbazen. De natuurrechtelijke tijdgeest die de wetboeken rond 1800 had voortgebracht, bestond nu juist uit de systematiserende bijdrage van de *Systematiker* en de inhoudelijk vernieuwende bijdragen van de *Analytiker*. Het belang dat Wieacker

<sup>4</sup> H. Thieme, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte* (Bazel 1947, 1954<sup>2</sup>), 16-18.

<sup>5</sup> Thieme, *Das Naturrecht*, 17.

<sup>6</sup> F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besondere Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen 1952, 1967<sup>2</sup>), 322-347.

<sup>7</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, 322-323. Eenzelfde standpunt vertolkte in Wieackers voetpoor ook G. Dilcher, ‘Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht’ in: *Juristenzeitung* 24/1 (1969), 1-7 (2).

hechte aan de natuurrechtelijke tijdgeest voor de codificaties was zo groot, dat hij alle rond 1800 ontstane wetboeken betitelde als ‘Natuurrechtsgesetzbücher’.

Het is niet meer dan logisch, dat Duitse auteurs als Thieme en Wieacker bij hun behandeling van de codificatiegeschiedenis van Engeland ook hun toevlucht namen tot de positie en werking van het natuurrecht. Maar hun verklaringen voor de afwezigheid van een codificatie in Engeland verschillen wel enigszins. Zo was Thieme van mening, dat in Engeland, anders dan op het continent, het inhoudelijke natuurrechtelijke gedachtegoed door de rechters continu werd toegepast en daardoor al in de *common law* was opgenomen.<sup>8</sup> Een abrupte implementatie van natuurrechtelijke ideeën door middel van een codificatie, zoals op het continent plaats zou vinden, was daarom in Engeland niet meer nodig. Wieacker gaf een andere verklaring.<sup>9</sup> Hij meende wel, dat de moraliserende kracht van het natuurrecht het Engelse recht had beïnvloed. Maar volgens hem had het rationele, op systematisering gerichte element van het natuurrecht slechts geringe werking gehad. Daarom, aldus Wieacker, viel Bentham's pleidooi voor een rationele codificatie in Engeland in onvruchtbare bodem.<sup>10</sup>

In de jaren zeventig had de natuurrechtstheorie nauwelijks aan kracht ingeboet. Teubner wijdde in 1974 een groot deel van zijn studie naar de Engelse codificatiegeschiedenis aan de vraag ‘inwieweit in England im 17. und 18. Jh. ein naturrechtlich-aufklärerisches Systemdenken entwickelt wurde (...), die zur Grundlage eines Planes zur Kodifikation des englischen Rechts hätten werden können.’<sup>11</sup> Zijn antwoord op deze vraag luidde, dat in de Engelse rechtswetenschap de ‘Vorstellung eines systematischen, deduktiven Naturrechts, aus dessen Grundprinzipien ein in sich geschlossenes Normengefüge abgeleitet werden könnte’ geen vaste voet aan de grond had gekregen.<sup>12</sup> Het ontbreken van een dergelijke voorstelling had tot gevolg, dat ‘sowohl die rechtswissenschaftlichen Impulse und Voraussetzungen als auch die philosophischen Grundlagen einer naturrechtlichen Kodifikationsidee’ in Engeland geen ingang vonden. Anders dan Wieacker zag Teubner evenwel de veronderstelde afwezigheid van de ‘Systematik des römischen Rechts in Form und Denken’ niet als de enige oorzaak van het uitblijven van een Engels wetboek. Teubner gaf toe, dat een begripsmatig gsystematiseerde rechtswetenschap niet noodzakelijk leidde tot dito wetboeken. ‘Gesetzgebung ist’, zo meende hij, ‘kein wissenschaftsimmanenter Vorgang, sonder ein politischer Willensakt.’<sup>13</sup> Hij kende daarbij, conform de door het

<sup>8</sup> Thieme, *Das Naturrecht*, 36-37.

<sup>9</sup> Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, 279.

<sup>10</sup> De nadruk op de afwezigheid van een systematiserende rechtswetenschap als verklaring voor het uitblijven van een Engelse codificatie kan overigens ook worden aangetroffen bij de Belgische rechtshistoricus R.C. van Caenegem, *The birth of the English common law* (Cambridge 1973), 89.

<sup>11</sup> W. Teubner, *Kodifikation und Rechtsreform in England. Ein Beitrag zur Untersuchung des Einflusses von Naturrecht und Utilitarismus auf die Idee einer Kodifikation des englischen Rechts* (Berlijn 1974), 204.

<sup>12</sup> Teubner, *Kodifikation*, 204.

<sup>13</sup> Teubner, *Kodifikation*, 206.

marxisme beïnvloedde wetenschappelijke opvattingen van die tijd, een belangrijke rol toe aan de positie van de burgerij in de eind-achttiende eeuwse, begin negentiende-eeuwse samenleving. De burgerij op het continent was toen, aldus Teubner, uitgesloten van de werkelijke politieke macht. Om toch nog iets van het natuurrechtelijke en verlichte gedachtegoed te realiseren, moest in ieder geval de heerschappij van de staat gerationaliseerd worden. Bovendien moest de politiek machteloze burger in economisch opzicht alle ruimte krijgen, bijvoorbeeld door het invoeren van contractsvrijheid. De abstracte en systematische codificaties voorzagen hierin, zo meende Teubner. Ook in Engeland had de burgerij toen, ondanks de slechte rechtswetenschappelijke uitgangspositie, om dezelfde redenen kunnen kiezen voor een rationalisering van het recht door middel van een codificatie. De Engelse burgerij koos er echter volgens Teubner voor om werkelijke invloed op de politieke besluitvorming na te streven. Zij richtte zich op een hervorming van het Parlement en al in 1832 wierp dit streven zijn vruchten af. Daarmee was, aldus Teubner, het project van een systematische, alles omvattende codificatie van de baan.

Het op de voorgrond plaatsen van de natuurrechtelijke, verlichte tijdgeest als bepalend voor de totstandkoming van de codificaties door Thieme, Wieacker en Teubner heeft een belangrijk bezwaar. Het ontnemt namelijk het zicht op de praktisch-politieke achtergronden ervan, hetgeen overigens niet verwonderlijk is gezien de reden, waarom de Duitse intellectuelen zich in de eerste plaats op de *Geist* als verklarende factor richtten. De genoemde auteurs miskennen het politieke gewicht van de enorme rechtsverscheidenheid binnen de afzonderlijke staten op het continent. Zij hebben daardoor te weinig oog voor het belang van de staat, de *raison d'état* om hierin door middel van een codificatie verandering aan te brengen. Het belangrijkste kenmerk van de continentale codificaties was nu eenmaal dat ze exclusieve gelding hadden, hetgeen betekende dat al het daarin niet opgenomen recht als afgeschaft werd beschouwd. De erkenning, dat de totstandkoming rond 1800 van codificaties op het continent vooral het gevolg was van een praktisch-politiek streven van de staat naar rechtseenheid biedt uitzicht op een even eenvoudige als plausibele verklaring voor het uitblijven van een codificatie in Engeland. De Engelse staat slaagde er namelijk in een vroeg stadium in de rechtspraak te centraliseren. Dit bracht een vrijwel volledige rechtseenheid met zich mee die codificatie overbodig maakte, zoals ook door verschillende auteurs wordt opgemerkt.<sup>14</sup>

Daarmee is niet gezegd, dat de ontwikkelingen binnen de rechtswetenschap onder invloed van het humanisme, het natuurrecht en de Verlichting geen belangrijke rol speelden in de codificatiegeschiedenis. Vooral het streven naar systematisering is van

---

<sup>14</sup> Zie M. Lang, *Codification in the British Empire and America* (Amsterdam 1924), 2-5, M. Berger, 'Codification' in: E. Atwooll (ed.), *Perspectives in jurisprudence* (Glasgow 1977), 142-159 (149), K. Zweigert en H. Kötz, *An introduction to comparative law* (Oxford 1987, 1992<sup>2</sup>), 190-191, en tenslotte J.H.A. Lokin en W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis* (Groningen 1986, 1992<sup>2</sup>), 379.

cruciaal belang geweest voor de continentale rechtswetenschap, waarbij ik slechts hoeft te verwijzen naar de overigens sterk op het Romeinse recht gerichte studie van Jean Domat (1626-1696), getiteld *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (Parijs 1689-1694).<sup>15</sup> Maar het is mijn overtuiging, dat die neiging tot systematisering zo dominant is geworden vanwege de rechtsversplintering binnen de continentale staten.<sup>16</sup> De continentale rechtswetenschap zag zich namelijk voor een andere opgave gesteld dan de Engelse. Op het continent diende een overkoepelend subsidiair geldend rechtssysteem te worden gecreëerd, waarbinnen de lokale rechtsstelsels konden functioneren, en waaruit men ter aanvulling van die rechtsstelsels kon putten, zonder dat een hantering van wezensvreemde begrippen nodig was. Het aldus door middel van rechtsvergelijking ontwikkelde gemene recht, dat overigens per staat verschilde, diende de verschillende lokale gewoonterechtelijke rechtsregels vergelijkbaar te maken en moest zich daarom wel bedienen van abstracte begrippen.<sup>17</sup> Het *ius commune* fungeerde als meta-taal, waarin de lokale verschillen op een hoger, meer abstract niveau werden opgeheven. In Frankrijk verrichtte François Bourjon (?-1751) met zijn *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes* (1747) in dit kader belangrijk werk, nadat Charles Dumoulin (1500-1566) al in 1539 een lans had gebroken voor de ontwikkeling van een gemeen Frans recht op basis van de eigen costumen. In Engeland ontbrak deze praktische noodzaak. Er verschenen in Engeland desondanks met een zekere regelmaat systematische beschrijvingen van het recht.<sup>18</sup> Naast de meer bekende werken als Henry Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae* (ca. 1250), Matthew Hale, *The analysis of the law: being a scheme or abstract of the several titles and portions of the law of England, digested into method* (1713) en William Blackstone's *Commentaries of the laws of England* (1765-1769), verdient ook de onder invloed van Domat in 1720 tot stand gekomen studie van de advocaat Thomas Wood (1661-1722), *An institute of the Laws of England; or the laws of England in their Natural Order, according to Common Use* vermelding. Maar de impuls tot systematisering was daar meer vrijblijvend. Bovendien kregen andere, meer empirische wetenschappelijke stromingen de kans de behoefte aan systematisering af te zwakken, zoals hierna nog zal blijken bij de bespreking van de opvattingen van de beroemde jurist en filosoof Francis Bacon (1561-1626).

Toen een aantal continentale staten eind achttiende, begin negentiende eeuw de beslissing nam zag om een uniforme codificatie te realiseren, werden de codificatoren

<sup>15</sup> Lokin/Zwalve, *Hoofdstukken*, 34.

<sup>16</sup> Vgl. K. Luig, 'Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert' in: *Ius Commune* 3 (1970), 64-97, in het bijzonder p. 74, waar hij over Frankrijk spreekt.

<sup>17</sup> Zweigert/Kötz, *An introduction*, 43, merken over het door middel van rechtsvergelijking in het leven te roepen systeem op: 'The system must be very flexible, and have concepts large enough to embrace the quite heterogeneous legal institutions which are functionally comparable.'

<sup>18</sup> R. Zimmermann, 'Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law' in: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 1 (1993), 4-51 (10-19, 41-43 en 46-47).

geconfronteerd met de vraag hoe die wetboeken er inhoudelijk uit dienden te zien. Gezien het feit dat het bewerken van rechtseenheid het belangrijkste doel was, is het niet verwonderlijk dat men zich op het onder invloed van de rechtswetenschap ontwikkelde, qua methode inderdaad systematische gemene recht baseerde. Maar de systematisering van het recht was als zodanig geen doel van de codificatie. Men sloot zich eenvoudigweg aan bij de stand van de rechtswetenschap van dat moment. Zo is het te verklaren, dat de mate van abstractie, van systematisering en van conceptuele coherentie nogal uiteenliep per codificatie. Het ALR was zo gedetailleerd en beschrijvend, dat het door sommigen wel wordt getypeerd als een ‘monströses, geistwidriges Unternehmen’.<sup>19</sup> Maar ook het wetenschappelijke karakter van de *Code civil* viel wel mee, zeker in vergelijking tot het Duitse BGB uit 1900.<sup>20</sup> Voor het BGB is aansluiting gezocht bij een sterk Romeinsrechtelijk georiënteerde, pandektistische rechtswetenschap die nog eens honderd jaar heeft gefunctioneerd in een door rechtsverscheidenheid gekenmerkt gebied, en die daarom verder was voortgeschreden op het pad der abstrahering en systematisering. Ook op de volgens Wieacker inhoudelijk radicale invloed van het natuurrecht op de codificaties valt wel wat af te dingen. Het natuurrecht heeft als zodanig weinig concreet-juridische inhoud en het is dan ook niet verwonderlijk, dat er zelden gesproken kan worden van directe overname uit het natuurrecht van een materieelrechtelijke oplossing.<sup>21</sup> De *Code civil* werd inhoudelijk voor een belangrijk deel samengesteld uit het Romeinse recht en het eigen Franse *droit coutumier*. Maar ook in meer algemene zin moet het revolutionair-natuurrechtelijke karakter van het ALR en het ABGB,<sup>22</sup> ja zelfs van de *Code* niet worden overdreven. Veelzeggend is in dit verband de – ik zou haast zeggen bijna Engelse – scepisis waarmee één van de redacteurs van de *Code*, Portalis, vernieuwingen bejegende.<sup>23</sup> ‘Les théories nouvelles’, zo merkte hij op, ‘ne sont que les systèmes de quelques individus; les maximes anciennes sont l’esprit des siècles.’

Het natuurrechtelijke gedachtegoed heeft derhalve vooral op het vlak van de systematisering een - soms grotere, soms kleinere - bijdrage geleverd aan de diverse codificaties van de achttiende en negentiende eeuw, maar het deed dat slechts als dienaar.

<sup>19</sup> Aldus W. Kunkel in het *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 71 (1954), 509-539 (citaat 534), waar hij onder meer Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, bespreekt. Vgl. ook Zweigert/Kötz, *An introduction*, 143-144.

<sup>20</sup> Voor Zweigert en Kötz is dit verschil zelfs één van de redenen om een duidelijke scheiding aan te brengen tussen de Romaanse en de Germaanse rechtsfamilie. Vgl. Zweigert/Kötz, *An introduction*, 69-70, 92, 146-147 en 150-151.

<sup>21</sup> K. Luig, ‘Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert’ in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 96 (1979), 38-54 (54). Vgl. over het – beperkt – natuurrechtelijke gehalte van het ABGB: W. Brauner, ‘Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811’ in: *Gutenberg-Jahrbuch* 62 (Mainz 1987), 205-254 (245-246).

<sup>22</sup> De standenmaatschappij werd zowel door het ALR als – zij het iets subtieler – door het ABGB in tact gelaten. Brauner, ‘Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch’, 243-245.

<sup>23</sup> M.A. Plessier, *Jean Etienne Marie Portalis und der Code civil* (Berlijn 1997), 228.

Justinianus bewees met zijn *Corpus Iuris* dat een codificatie ook heel goed zonder de hulp van deze dienaar tot stand kan worden gebracht.<sup>24</sup>

Volgens Thieme, Wieacker en Teubner heeft het natuurrechtelijke gedachtegoed als zodanig de hoofdrol gespeeld bij de totstandkoming van de continentale codificaties.<sup>25</sup> Zij miskennen daarmee het belang van de rechtsverscheidenheid, zoals die binnen de continentale staten bestond, voor zowel de succesvolle ontwikkeling van de rechtswetenschap tot een gesystematiseerd en abstract geheel, als voor het uiteindelijke besluit van de staat tot codificatie op grond van praktisch-politieke argumenten, te weten de *raison d'état*. Deze miskennis heeft ook gevolgen voor hun schets van de codificatiegeschiedenis van Engeland. In die schets ontbreekt namelijk iedere serieuze aandacht voor de praktisch-politieke discussie over de wenselijkheid van codificatie. Dit klemmt des te meer, daar in het begin van de zeventiende eeuw Engeland en Schotland in een – zij het slechts personele – unie, Groot-Brittannië, werden samengevoegd, een staatkundig geheel waarbinnen vanaf dat moment ook rechtsverscheidenheid bestond. De eerste koning van dit nieuwe conglomeraat, de Schotse vorst James VI (1566-1625), die als James I de Engelse troon besteeg,<sup>26</sup> wenste onmiddellijk rechtseenheid te bewerkstelligen, onder meer door middel van een codificatie. Teubner ziet dit volledig over het hoofd.<sup>27</sup> Het feit dat Teubner zo weinig oog had voor het belang van de rechtsverscheidenheid heeft hem er wellicht toe gebracht om niet de codificatiegeschiedenis van Groot-Brittannië te onderzoeken, maar zich te beperken tot die van Engeland.

In het navolgende zal een poging worden gedaan om de codificatiegeschiedenis van Groot-Brittannië te behandelen in het licht van de rechtsverscheidenheid. Daarbij zal zoveel mogelijk een vergelijkend perspectief worden aangehouden. De door de Duitse auteurs gemaakte vergelijking tussen het codificatiestreven in Engeland met dat op het continent is namelijk nuttig, juist omdat in Engeland dit streven nooit succesvol is geweest. Een vergelijkende beschrijving vereist wel dat een gelijk conceptueel instrumentarium gehanteerd wordt. Een dergelijk instrumentarium kan gevonden worden in de verschillende argumenten die ter ondersteuning van de codificatievoorstellen werden

<sup>24</sup> J.H.A. Lokin, 'Codificatie in Constantinopel? Enige opmerkingen over de wetgevingstechniek van Theodosius II en Justinianus I' in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 12 (1995), 38-53.

<sup>25</sup> Ook ten onzent wordt wel beweerd, dat de 'natuurrechtsgedachte aan de basis van de nationale codificaties van de vroege negentiende eeuw' stond, zij het ditmaal vanwege de natuurrechtelijke opvatting, 'dat elk volk gebaat is bij een begrijpelijke, en dus in de eigen taal geschreven wetgeving.' J.M. Milo, *Het rechtsvergelijkende argument in de ontwikkeling van het Nederlandse vermogensrecht 1838-1940* (Maastricht 1997), 31.

<sup>26</sup> Met het overlijden van koningin Elizabeth I op 24 maart 1603 was het huis van Tudor uitgestorven. James, zoon van Mary Stuart (1542-1568), was als haar neef gerechtigd tot de troon.

<sup>27</sup> Teubner, *Kodifikation*, 49-50.

aangevoerd.<sup>28</sup> Het eerste argument is praktisch-juridisch van aard. Het wordt gebruikt door degenen, die met een codificatie ten behoeve van de justitiabelen een makkelijker, goedkoper en sneller recht willen realiseren.<sup>29</sup> Het tweede te onderscheiden argument is praktisch-politiek en ziet op het codificeren van het recht vanwege het belang van de staat bij vooral rechtseenheid. Zoals gezegd was deze *raison d'état* van groot gewicht voor het succes van het continentale codificatiestreven.<sup>30</sup>

Een beperking in de tijd is wel noodzakelijk. De codificatiegeschiedenis van Groot-Brittannië kan hier niet geheel uit de doeken worden gedaan. Maar exemplarisch kan wel gekeken worden naar de periode van ruwweg 1530 tot 1625. Ten eerste zal ik aandacht besteden aan de invloed van het humanisme en het natuurrechtelijk gedachtegoed op de Engelse rechtswetenschap en de gevolgen die deze invloed had voor de opvattingen ten aanzien van codificatie. Een centrale positie zullen daarbij de rechtswetenschappelijke opvattingen van Bacon innemen. Daarna zal ik de pogingen van James VI/I beschrijven om met het oog op de *raison d'état* een uniforme codificatie voor de nieuwe staatkundige formatie te bewerkstelligen. Het was zijn bedoeling om de kwestie van de rechtseenheid te regelen in een nader verdrag tussen Engeland en Schotland, dat gericht was op versteviging van de nieuwe unie. Daarom zullen eerst de opvattingen over de door de vorst gewenste rechtseenheid van de twee belangrijkste leden van de commissie ter voorbereiding van dat unieverdrag, de Schotse rechtsgeleerde Thomas Craig (1538-1608) en de eerder genoemde Bacon, worden besproken. Vervolgens zal aandacht besteed worden aan een aantal tractaten, waarin gereageerd werd op de besprekingen tussen Engeland en Schotland over een unieverdrag. Tenslotte zal dan worden behandeld hoe James VI/I het Engelse Parlement voor zijn codificatieplannen probeerde te winnen, zowel in het kader van het unieverdrag als daarbuiten. Maar voordat we toekomen aan de

<sup>28</sup> Zie voor een uitgebreide omschrijving van deze argumenten en voor de hantering ervan op het continent: P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming. De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie, Frankrijk en Nederland, 1450-1811* (Groningen 1996), 19-34. Een eerste aanzet tot een vergelijking op basis van dit instrumentarium is te vinden bij: P.A.J. van den Berg, 'Staatsvorming zonder codificatie. Een vergelijking tussen het codificatiestreven op het continent en in Engeland, met bijzondere aandacht voor Jeremy Bentham en Henry Peter Brougham' in: C.J.H. Jansen en M. van de Vrugt (eds.), *Recht en geschiedenis* (Nijmegen 1999), 11-30.

<sup>29</sup> In de Angelsaksische literatuur wordt het codificatiestreven vaak vanuit dit perspectief onderzocht: B. Shapiro, 'Codification of the Laws in Seventeenth Century England' in: *Wisconsin Law Review* 54 (1974), 428-465. B. Shapiro, 'Law reform in seventeenth century England' in: *The American Journal of Legal History* (hierna *AJLH*) 19 (1975), 280-312. D. Veall, *The popular movement for law reform 1640-1660* (Oxford 1970), 65-72.

<sup>30</sup> Vgl. ook F.H. Lawson, 'A common lawyer looks at codification' in: *Inter-American Law Review* 2/1 (1960), 1-6 (1). In de achttiende eeuw speelde op het continent ook nog een derde argument een rol, namelijk het politiek-theoretische argument. Daarmee werd gepleit voor een codificatie, die de burgers zekerheid moest verschaffen omtrent hun positie ten opzichte van de staat. Omdat de achttiende eeuw hier niet aan de orde zal komen, kan ook de behandeling van het politiek-theoretische argument hier achterwege blijven.



eigenlijke codificatiegeschiedenis is het noodzakelijk om een korte schets te geven van de rechtsbronnenleer in Groot-Brittannië en dan met name in Engeland. Vooral de bijzondere Engelse kijk op wetgeving verdient enige toelichting.

## 2 *Rechtsbronnenleer in Engeland*

De staatkundige ontwikkeling van Engeland was een geheel andere dan bijvoorbeeld van Frankrijk.<sup>31</sup> Engeland was aan de vooravond van de verovering ervan door Willem de Veroveraar al in één staat verenigd en werd bestuurd door een centrale overheid met behulp van een bescheiden ambtelijk apparaat. Na de verovering in 1066 konden deze centrale organen, waaronder een gerechtshof, verder worden opgebouwd, omdat de Normandische vorsten krachtige bestuurders waren. Het ontbreken van privileges van de regio's had belangrijke consequenties. Engeland kon zich eerder dan welke continentale staat ook ontwikkelen tot een eenheidsstaat, gekenmerkt door onder andere munteenheid, de afwezigheid van binnenlandse tolheffing en zelfs een zeker nationaal Engels bewustzijn.<sup>32</sup>

Voor het recht was deze ontwikkeling van groot belang. Tot het begin van de twaalfde eeuw leek de situatie in Engeland sterk op die van het continent. Het lokale gewoonterecht zoals toegepast door lokale rechters in veelal mondelinge procedures overheerste, hetgeen resulteerde in een grote rechtsverscheidenheid. Aan het eind van die eeuw was de situatie compleet veranderd. Het centrale gerechtshof had zijn greep op de rechtsvorming vergroot: geen enkel lokaal gerecht kon nog langer finaal, dat wil zeggen zonder toezicht van de rechters in Westminster, zaken beslissen.<sup>33</sup> Op deze wijze ontstond uit de diverse lokale gewoonterechtsregels een vrij compleet nationaal gewoonterecht, de fameuze *common law*. Als gevolg hiervan had men anders dan op het continent weinig behoefte aan het Romeinse recht als subsidiaire rechtsbron. De positie van deze koninklijke *common law* was bovendien zo sterk, dat 'local custom thereafter [would] be seen at best as exceptional and at worst exceptional.'<sup>34</sup> In een laat-twaalfde eeuwse verhandeling over de wetten en gewoonten van Engeland werden de lokale costumen niet eens meer behandeld.<sup>35</sup> Engeland kreeg zo 'a body of national law unique in Europe', zonder dat overigens de

<sup>31</sup> Zie voor de volgende schets: J.H. Baker, *An introduction to English legal history* (Londen etc. 1971, 1990<sup>3</sup>), 14 ev.

<sup>32</sup> B.P. Levack, *The formation of the British state. England, Scotland, and the Union, 1603-1707* (Oxford 1987), 10-11, 17 en 20-21. J. Brewer, 'The eighteenth-century British state. Contexts and issues' in: L. Stone (ed.), *An Imperial State at War. Britain from 1689 to 1815* (Londen/New York 1994), 52-71 (61). Waar belemmeringen voor de binnenlandse handel ontbraken, was ook de opkomst van een kameralistische wetenschap overbodig. Brewer, 'The eighteenth-century', 55.

<sup>33</sup> Baker, *An Introduction*, 31. R.C. van Caenegem, *Judges, legislators and professors. Chapters in European legal history* (Cambridge 1987), 5.

<sup>34</sup> Baker, *An Introduction*, 16.

<sup>35</sup> Lokin/Zwalve, *Hoofdstukken*, 351.

lokale costumen formeel werden afgeschaft. De meeste verdwenen gemakkelijk omdat zij niet op schrift gesteld waren. Het was vermoedelijk niet eens de bedoeling van de vorsten om rechtseenheid te bewerkstelligen. Zij vloeide eenvoudig voort uit het bestaan van een centrale rechter.

Op dezelfde wijze kwam ook de rechtseenheid tussen Engeland en het sinds het eind van de dertiende, begin van de veertiende eeuw onder het gezag van Londen staande Wales tot stand. In Wales verengelse het recht namelijk onder invloed van de rechtspraak ten koste van de lokale costumen.<sup>36</sup> Pas in 1536 werden de meeste costumen van Wales formeel afgeschaft. Alleen de 'reasonable local customs' mochten, mits het bestaan ervan voldoende werd bewezen, blijven bestaan.

Met de vestiging van het centrale gezag had zich ook de rechtsbronnenleer gewijzigd.<sup>37</sup> Onomstreden was sinds de dertiende eeuw de bevoegdheid van de centrale overheid, sinds de *Magna Charta* (1215) de vorst en het Parlement samen, om door middel van wetgeving in het recht in te grijpen.<sup>38</sup> De door de centrale wetgever opgestelde *statutes* stonden, anders dan op het continent tot aan de codificaties, dan ook bovenaan in de hiërarchie van rechtsbronnen.<sup>39</sup> Ook in Engeland moest de vorst weliswaar bij zijn kroning beloven de *common law* te respecteren, zo merkte de jurist John Cowell (1554-1611) in 1605 op, maar dit costumiere recht was desondanks niet onaantastbaar: 'any of these customes may be altered or nulled by a statute.'<sup>40</sup> Toch namen deze *statutes* niet dezelfde overheersende positie in als de wetten op het continent *na* de codificaties. Op het continent was de door de codificaties veroorzaakte breuk met het gewoonterecht en met de overige rechtsbronnen, zoals het Romeinse recht, radicaal. Daar werd de wet formeel tot enige rechtsbron verheven door aan de codificatie exclusieve werking te verlenen, omdat men een einde wilde maken aan rechtsvorming op lokaal niveau. Dat probleem speelde niet in Engeland en de *common law*, dat het karakter van gewoonterecht had, kon daardoor meer van haar gezag behouden. Het door de rechters in de loop der eeuwen gevonden gewoonterecht stond, zo meenden vele Engelse juristen, dichter bij de natuurlijke rede dan geschreven wetten en werd dan ook gezien als de beste manier van rechtsvorming. De

<sup>36</sup> De Engelse rechters waren bij wet aanvankelijk alleen bevoegd verklaard in het geconfisqueerde deel van Wales. Voor het niet geconfisqueerde deel van Wales bestonden aparte *Great Sessions*. Maar na verloop van tijd kregen de *Chancery* en *King's Bench* toch greep op deze gebieden. In 1830 werden de *Great Sessions* opgeheven en was de rechtseenheid volledig. Baker, *An Introduction*, 36-37.

<sup>37</sup> Zie voor een vroeg zeventiende-eeuwse uiteenzetting van de rechtsbronnenleer in Engeland en Schotland: T. Craig, *De Unione Regnorum Britanniae Tractatus* (Edinburgh 1909; C.S. Terry verzorgde deze Latijns/Engelse editie van een manuscript uit 1605), 320 ev.

<sup>38</sup> Baker, *An Introduction*, 239. Levack, *The formation*, 18. J. Cowell, *Institutes of the Lawes of England* (Londen 1651; vertaling van de *Institutiones Iuris Anglicani* (Cambridge 1605)), 5.

<sup>39</sup> Op het continent genoten de lokale privaatrechtelijke costumen staatsrechtelijke bescherming, omdat zij tot de door de vorst gegarandeerde provinciale privileges behoorden. Hoewel in de loop van de zeventiende eeuw het belang van de wet als rechtsbron toenam, bleef het primaat daardoor formeel liggen bij het gewoonterecht.

<sup>40</sup> Cowell, *Institutes*, 6.

*common law*, zo merkte één van hen aan het begin van de zeventiende eeuw op, ‘doth far excel our written lawes, namely our Statutes or Acts of Parliament.’<sup>41</sup> Wetgeving door vorst en Parlement zou daarentegen altijd een incidenteel, aanvullend karakter hebben. De *statutes* vormden in de praktijk niet meer dan ‘Supplements or amendments to the aforesayd Customes’, zoals Cowell schreef.<sup>42</sup> Rechters hadden er zelfs geen moeite mee om de *statutes* die er waren strikt en in de lijn van de *common law* uit te leggen.<sup>43</sup> Een dergelijke visie op wetgeving had tevens gevolgen voor de invulling van het begrip ‘codificatie’ in de Angelsaksische wereld. Ook codificatie werd daar beschouwd als een instrument ter aanvulling en verbetering van de *common law* en niet als middel om rechtseenheid tot stand te brengen. De Engelse juristen hadden daarom zelden oog voor de exclusiviteit als essentieel kenmerk van de continentale codificatie.<sup>44</sup> De rol van wetgeving werd, tenslotte, ook nog beperkt door het feit, dat de totstandkoming van de *statutes*, zoals gezegd, afhankelijk was van de samenwerking tussen vorst en Parlement. Waar de vorst in de zeventiende eeuw onder invloed van de absolutistische staatsleer poogde via *statutes* zijn invloed te vergroten, trad het Parlement remmend op en werd zo tot verdediger van de *common law*.<sup>45</sup>

De vroege ontwikkeling van een min of meer uniform gewoonterechtelijk privaatrecht had een aantal belangrijke gevolgen voor de rechtspleging rond 1600. Ten eerste vond er in Engeland geen systematische verschriftelijking van het recht plaats. Op het continent, waar decentraal, naar lokaal gewoonterecht werd recht gesproken, vond vanaf 1450 in Frankrijk een door de vorst aangemoedigd streven naar optekening plaats. Het overal verschillende lokale gewoonterecht diende immers bewezen te worden. In Engeland daarentegen geschieden de toepassing en ontwikkeling van het recht voor het grootste deel centraal, in Westminster, en door een gering aantal ambtenaren. De procedures speelden zich dan ook vooral mondeling af. De deelnemers aan het proces, de rechters en advocaten, hadden een grondige kennis van de *common law*, opgedaan in de omgeving van de centrale gerechtshoven. Er verschenen vanaf 1250 wel ‘verslagen’ van een aantal

---

<sup>41</sup> J. Davies, ‘A Discourse of Law and Lawyers (1615)’ in: J. Davies, *The Works in Verse and Prose* II (np 1876; A.B. Grosart (ed.)), 243-287 (citaat 253).

<sup>42</sup> Cowell, *Institutes*, 4. Lokin/Zwalve, *Hoofdstukken*, 377.

<sup>43</sup> Daarnaast pasten rechters de zgn. ‘Rule of exclusion’ toe, die inhield dat niet mocht worden gekeken naar de parlementaire geschiedenis van de *statutes*. Vgl. ook de opvattingen van Edward Coke (1552-1633). Van Caenegem, *Judges*, 17 en 22. G.J. Postema, *Jeremy Bentham and the common law* (Oxford 1986), 14-27. Overigens poogde het Parlement eind achttiende eeuw deze situatie te wijzigen via de zgn. ‘Septennial Acts’ (1780), waarin het parlementaire wetgeving superieur verklaarde aan rechtersrecht. J.U. Lewis, ‘Sir Edward Coke (1552-1633): his theory of "artificial reason" as a context for modern basic legal history’ in: *The Law Quarterly Review* 84 (juli 1968), 330-342 (330).

<sup>44</sup> Berger, ‘Codification’, 143-145, 147 en 153.

<sup>45</sup> M. Landon, *The triumph of the lawyers. Their role in English politics, 1678-1689* (Alabama 1970), 25-29. Lewis, ‘Sir Edward Coke’, 330.

rechtszaken, die tot circa 1550 *Yearbooks* werden genoemd.<sup>46</sup> Dit waren echter particuliere uitgaven met vooral een educatief doel. Ze hadden meestal weinig autoriteit. Er werden soms zelfs gesprekken in weergegeven die in de *Inns* aan tafel over het recht werden gevoerd. Ze zijn derhalve niet te vergelijken met de huidige publicaties van jurisprudentie. In samenhang hiermee had zich ook geen precedentenstelsel ontwikkeld.<sup>47</sup> Engeland kende, samengevat, wel rechtseenheid, maar geen geschriften waarin het recht met exclusieve autoriteit was vastgelegd, net zomin als overigens de staten op het continent tot aan de codificaties.

### 3 *Rechtswetenschap en codificatie in Engeland onder invloed van het humanisme*

#### 3.1 Reginald Pole (1500-1558)

Onder invloed van het humanisme had de codificatiegedachte in de zestiende eeuw op het continent een belangrijke impuls gekregen. In Frankrijk streefden rechtswetenschappers als François Hotman (1530-1590) en Charles Dumoulin in de eerste helft van die eeuw naar een meer systematische en heldere weergave van het recht. Zij hadden, deels uit wetenschappelijke belangstelling, deels met het oog op de justitiabelen, het *ius in artem redigere* tot opgave gekozen.<sup>48</sup> Ook in Engeland won deze gedachte terrein.<sup>49</sup> Ergens rond 1530 werd door Thomas Starkey (ca. 1495-1538), die enkele jaren kapelaan van Henry VIII (1491-1509-1547) was geweest, een manuscript opgesteld, waarin de toestand van het recht uitgebreid aan de orde komt. Starkeys manuscript bevat een fictieve dialoog tussen Reginald Pole, een Engelse kardinaal die zich hevig verzette tegen de politiek van Henry VIII,<sup>50</sup> en een professor uit Oxford. Starkey kende Pole goed, want zij hadden samen enige tijd voor studie in Italië doorgebracht. Daarom had Henry VIII Starkey ook uitgekozen om als bemiddelaar tussen hem en Pole op te treden.

In deze dialoog stelde Pole zonder omwegen vast, dat het Engelse recht wanordelijk was. Het was ‘infynyte, and without ordur or end (...). Ther ys no stabyl ground in our commyn law to leyne unto.’<sup>51</sup> Bovendien werden veel te veel rechtszaken in Westminster beslist, op grote afstand van de rechtszoekenden derhalve. Het gevolg was dat juridische procedures veel te lang duurden en veel te veel geld kostten. Dit werkte in het nadeel van

<sup>46</sup> Zie hierover Baker, *An Introduction*, 204-214, J.P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Mich. 1968), 50-65 en Landon, *The triumph of the lawyers*, 37.

<sup>47</sup> Lokin/Zwalve, *Hoofdstukken*, 373-374.

<sup>48</sup> N. Hammerstein, *Ius und Historie. Ein Beitrag zur Geschichte des historischen Denkens an deutschen Universitäten im späten 17. und im 18. Jahrhundert* (Göttingen 1972), 28-29.

<sup>49</sup> Vgl. voor de invloed van het humanisme op de Engelse juristen: C. Brooks en K. Sharpe, *History, English Law and the Renaissance* in: *Past and Present* 72 (1976), 133-142.

<sup>50</sup> *Dictionary of National Biography* (hierna DNB) 46 (Londen 1896), 35-40.

<sup>51</sup> T. Starkey, *England in the reign of King Henry the Eighth* (=Early English text society Extra series 32) (Londen 1878; S.J. Herrtage en J.M. Cowper (eds.)), 192. Zie hierover ook Van Caenegem, *The birth of the English common law*, 105-106.

de armere justitiabelen.<sup>52</sup> De oorzaak van de rechtsonzekerheid was gelegen in de vorm, inhoud en status van de in de *Yearbooks* opgenomen rechterlijke uitspraken. Deze uitspraken waren niet alleen te talrijk, en te vaak met elkaar in tegenspraak, maar ze hadden ook nog eens een geringe autoriteit. Het gevolg was, dat ‘the jugys are not bounden (...) to folow them as a rule, but aftur theyr owne lyberty they have authoryte to juge.’<sup>53</sup> Pole stelde een oplossing voor naar het voorbeeld van het *Corpus Iuris*. De Italiaanse reis had blijkbaar haar vruchten afgeworpen. Het was noodzakelijk, zo meende hij,

‘to use the same remedy that Justynyan dyd in the law of the romaynes, to bryng thys infynyte processe to certayn endys, to cut away thys long lawys, and, by the wysdome of some polytyke and wyse men, instytute a few and bettur lawys and ordynancys.’<sup>54</sup>

Daarnaast diende men het oud-Frans als rechtstaal te verlaten en alle wetten hetzij in het Engels, hetzij in het Latijn te vertalen. Pole had een voorkeur voor het Latijn, omdat de adel, de enige bevolkingsgroep die in zijn ogen tot de juridische professie behoorde te worden toegelaten, dan gedwongen zou zijn die taal goed te leren. Pole overwoog zelfs een volledige receptie van het Romeinse recht. Pole omschreef het Engelse recht namelijk als barbaars en tyranniek en stelde voor om het te vervangen door het Romeinse recht, ‘wych ys now the commyn law almost of al Chrystyan natyonys.’<sup>55</sup> Hij zag hier weinig obstakels: de vorst hoefde er slechts zijn autoriteit aan te verlenen. Het schijnt dat Henry VIII een dergelijk voorstel serieus heeft overwogen, maar van een uitvoering ervan is het niet gekomen.<sup>56</sup>

### 3.2 John Cowell

De invloed van het humanisme op de rechtswetenschap was ook aan het begin van de zeventiende eeuw nog goed merkbaar, zoals blijkt uit de kritiek van John Cowell, sinds 1594 *regius professor* te Cambridge met als leeropdracht het Romeinse recht,<sup>57</sup> op de *common law*. Wel was zijn oordeel over het Engelse recht minder hard dan het oordeel van Pole. Volgens Cowell had het Engelse recht net als het in de overige christelijke naties geldende Romeinse recht, zijn wortels in de ratio en de natuur. Anders dan op het continent ontbrak in Engeland echter de continentale, op het *Corpus Iuris* gestoelde methode. Dat was jammer, want daardoor verloren de Engelse juristen het zicht op de universaliteit van hun recht, terwijl bovendien dat recht onbegrijpelijk werd voor de overige christelijke volkeren. Cowell voegde de daad bij het woord en schreef een

<sup>52</sup> Starkey, *England*, 117-118.

<sup>53</sup> Starkey, *England*, 192.

<sup>54</sup> Starkey, *England*, 192-193.

<sup>55</sup> Starkey, *England*, 194.

<sup>56</sup> F.W. Maitland, ‘English Law and the Renaissance’ in: *Select Essays in Anglo-American Legal History* (Boston 1907), 168-207 (172 (n) en 190).

<sup>57</sup> *DNB* 12 (Londen 1887), 375-376.

rechtswetenschappelijke verhandeling met behulp van de continentale methode, de *Institutiones Iuris Anglicani ad methodum et seriem Institutionum Iustiniani compositae & digestae* (Cambridge 1605), waarin hij het Engelse recht beschreef naar het model van de Instituten. Maar hij was er niet alleen op uit om de Engelse rechtswetenschap deel te laten uitmaken van het continentale rechtswetenschappelijke debat. Hij richtte zich tevens tot de wetgever, in de hoop dat deze het Engelse recht zou verbeteren. Hij zou zijn werk geslaagd achten, zo merkte hij op, indien zijn pogingen een Themistocles, met wie hij ongetwijfeld James VI bedoelde, zullen hebben ‘aangespoord om deze grotere delen van onze wetgeving, gereinigd van het vuil van een gezwollen taalgebruik, terug te brengen tot de orde van de Justiniaanse Digesten.’<sup>58</sup>

Het belang van Cowell is niet zozeer gelegen in de aanmoediging van de wetgever om de warboel van het Engelse recht te reinigen en ordenen. Hij komt namelijk met deze door de humanistische wetenschap geïnspireerde aanbeveling niet in de buurt van een voorstel tot een exclusieve codificatie.<sup>59</sup> Maar het is wel zijn verdienste, dat hij een rechtswetenschappelijk werk het licht liet zien, waarin het Engelse recht werd gesystematiseerd.<sup>60</sup> Degenen die de unie tussen Engeland en Schotland met rechtseenheid wilden uitbreiden, zagen deze verhandeling als een welkome bijdrage.<sup>61</sup> Cowell, die tot het kamp van James VI gerekend kan worden, had vermoedelijk weinig bezwaar tegen dit gebruik van zijn studie.

### 3.3 Francis Bacon over codificatie van de Engelse *common law*

Na de samenvoeging in 1603 van Engeland en Schotland in één staatkundig verband zou Bacon optreden als belangrijk adviseur van de nieuwe vorst, James VI. Maar ook buiten die hoedanigheid liet hij zich uitgebreid uit over zijn rechtswetenschappelijke standpunten ten aanzien van de hervorming van het recht. Omdat deze opvattingen gedurende de gehele zeventiende en achttiende eeuw een grote invloed hebben gehad op latere hervormers, is het nuttig om daar op deze plaats enige aandacht aan te besteden.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Cowell, *Institutiones*, ‘Epistola dedicatoria’, A4-recto: ‘Largiora illa legum nostrarum volumina putidi idiomatis squalore expurgata ad pandectarum Iustinianearum ordinem redigere provocaverint.’ Ik dank P. van Voorst van Beest voor zijn hulp bij de vertaling.

<sup>59</sup> B.R. Galloway en B.P. Levack (eds.), *The Jacobean Union. Six tracts of 1604* (Edinburgh 1985), ‘Introduction’, xxxvii en Levack, *The formation*, 82-83, zien de aanbeveling van Cowell wel als een codificatievoorstel. Maar zij beschouwen een exclusiviteitsclausule niet als essentieel voor een codificatie.

<sup>60</sup> B.P. Levack, ‘The English civilians, 1500-1750’ in: W. Prest (ed.), *Lawyers in early modern Europe and America* (Londen 1981), 108-128 (125).

<sup>61</sup> Levack, ‘The proposed union’, 103-104, 106 en 112 en Levack, *The formation*, 75 en 82-84. Galloway/Levack, *The Jacobean Union*, 243. Niet voor niets werd in 1650, toen opnieuw sprake was van het creëren van rechtseenheid tussen Engeland en Schotland, het werk van Cowell vertaald in het Engels.

<sup>62</sup> Zie voor de invloed van Bacon: B. Shapiro, ‘Sir Francis Bacon and the mid-seventeenth century movement for law reform’ in: *AJLH* 24 (1980), 331-362.

Bacon was opgeleid in de *Gray's Inn* te Londen, één van de vier beroemde *Inns of Court* waar al eeuwenlang de Engelse praktijkjuristen werden gerecruteerd.<sup>63</sup> Zijn visie op de rechtspleging was dan ook vrij pragmatisch. De door hem voorgestelde hervormingen waren erop gericht om de last van degenen die met de juridische praktijk te maken hadden te verlichten. Zo stelde hij in een brief uit 1596 aan zijn vorstin, Elizabeth I (1533-1558-1603), voor 'to reduce them [the laws] to more brevity and certainty.'<sup>64</sup> Rechters en advocaten zouden dan het recht makkelijker kunnen vinden, hetgeen tevens tot gevolg zou hebben dat 'the honest suitor' die slechts zijn recht wil halen minder inspanning hoefde te leveren.<sup>65</sup> In 1616 herhaalde hij dit voorstel in een memorie voor James VI/I en opnieuw bleek zijn praktisch-juridische oriëntatie. Hij stelde nogmaals vast, dat 'our laws (...) are subject to great incertainties, and variety of opinion, delays, and evasions.'<sup>66</sup> Dit leidde onder meer tot veel en lange procedures, alsmede tot benadeling van eerlijke procespartijen. Te vaak bleek dat de rechtspositie van burgers inzake onroerend goed onvoldoende was vastgelegd.<sup>67</sup> De oorzaak van deze rechtsonzekerheid kwam in de visie van Bacon louter door het tijdsverloop. Het Engelse recht was chaotisch omdat vele eeuwen vonnissen waren geweest en statuten waren opgesteld, die nu niet allemaal meer relevant waren.<sup>68</sup> Het verdient hier opmerking dat ook Bacons aversie tegen het chaotische karakter van het recht mede werd ingegeven door het humanisme.<sup>69</sup> Hij wees er telkens op,

<sup>63</sup> Bacon was de zoon van de voormalige *Lord Keeper* Nicolas Bacon (1509-1579). Vanaf 1584 had hij regelmatig zitting in de diverse Parlementen. Op 18 augustus 1604 werd hij benoemd tot *learned council*. In 1614 nam zijn carrière een hoge vlucht: hij werd achtereenvolgens *Attorney General*, *Lord Keeper* (1617) en *Lord Chancellor* (1618). In 1621 maakte hij een vrije val: het Parlement vervolgde hem wegens omkoping en verwijderde hem uit zijn functie. Shapiro, 'Sir Francis Bacon', 332-333 (n.8). *DNB* 2 (Londen 1885), 328 ev.

<sup>64</sup> F. Bacon, 'The epistle dedicatory (8 januari 1596)' in: F. Bacon, *Works* 7 (=Literary and professional works 2) (Londen 1861; J. Spedding (ed.)), 313-317 (citaat 316).

<sup>65</sup> Bacon, 'The epistle dedicatory (8 januari 1596)', 316. Ook noemde hij daar een dergelijk project 'of highest merit and beneficence towards the subject.' Vgl. ook Bacon, 'Translation of the "De Augmentis Scientiarum (1623)"', 89-90 (aforismen 5 en 8).

<sup>66</sup> F. Bacon, 'A proposition to his Majesty by Sir Francis Bacon, knight, his Majesty's Attorney-General, and one of his Privy Council; touching the compiling and amendment of the laws of England' (1616) in: F. Bacon, *Works* 13 (=The letters and life 6) (Londen 1872; J. Spedding (ed.)), 61-71 (citaat 64).

<sup>67</sup> Bacon, 'A proposition', 64. Vgl. op die plaats ook de volgende passage: 'That the contentious person is armed, and the honest subject wearied, and oppressed. (...) That the Judge is more absolute, who, in doubtful cases hath a great strike at liberty.'

<sup>68</sup> Bacon, 'Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 100 (aforisme 59). F. Bacon, 'Speech for repealing superfluous laws' in: F. Bacon, *Works* 10 (=The letters and life 3) (Londen 1868; J. Spedding (ed.)), 19 (over het intrekken van statuten). F. Bacon, 'A memorial touching the review of penal laws and the amendment of the common law' in: F. Bacon, *Works* 12 (=The letters and life 5) (Londen 1869; J. Spedding (ed.)), 84-86 (over vonnissen). Bacon, 'A proposition', 65.

<sup>69</sup> Feller, eveneens door het humanisme ingegeven kritiek op het Engelse recht werd geuit door Fulke Greville (1554-1628), een tijdgenoot van Bacon. Greville richtte zijn pijlen op de vreemde rechtstaal, waardoor de rechtsgenoten hun eigen recht niet eens kenden, op de

dat men nu in 'learned times' leefde.<sup>70</sup> Zoals we zagen, was dit streven naar een scherpere formulering en een betere systematiek van het recht in Engeland al naar voren gekomen in de eerste helft van de zestiende eeuw, tijdens de regering van Henry VIII.<sup>71</sup>

Bacons oplossing voor de geconstateerde chaos in het Engelse recht was uiteindelijk weinig radicaal. Er was volgens hem niet zoveel mis met de inhoud van het Engelse recht en hij stelde daarom voor om vooral de 'manner of their Registry, Expression, and Tradition' te verbeteren.<sup>72</sup> Hij begon in 1601 met een rede in de *House of Commons*, waarin hij opmerkte, dat Engeland teveel wetten kende, die overbodig of zelfs gevaarlijk waren. Die wetten moesten worden afgeschaft.<sup>73</sup> Hij pleitte voor de instelling van een permanente parlementaire commissie, die zich moest buigen over de vraag welke *statutes* gehandhaafd konden worden en hoe de tegenstrijdige bepalingen konden worden geharmoniseerd.<sup>74</sup> De statuten moesten hun nieuwe autoriteit van het Parlement krijgen.<sup>75</sup> Enige tijd later opperde hij een dergelijk plan ook voor de *common law*. Hij stelde namelijk, met de codificatie van Justinianus voor ogen, voor 'to digest and arrange separately on the one side all the laws received as Common Law (...) and on the other side the statutes.'<sup>76</sup> De hervormers moesten beginnen met de 'reducing or perfecting of the Course or Body of the Common Law.'<sup>77</sup> Dit was een project, dat in eerste instantie op de weg van de vorst lag, omdat de *common law* uit rechterlijke uitspraken bestond.<sup>78</sup> De in het verleden gewezen uitspraken dienden gecompileerd te worden, met inachtneming van de volgende regels.<sup>79</sup> Verouderde *cases*, die constant anders werden beslist, moest men weglaten, evenals de uitspraken, waarin slechts eerdere beslissingen werden herhaald. Daarnaast zou men van eenvoudige zaken alleen de rechtsregel moeten opnemen. Zaken, tenslotte, waarover tegenstrijdige vonnissen bestonden, zouden hetzij door een commissie van rechters, hetzij door het Parlement kunnen worden beslist. Zowel de bestaande

---

langdurige processen, waardoor de eenvoudige justitiabelen het onderspit moesten delven, alsmede op de advocaten, die slechts op geld uitwaren. Zie F. Greville, 'A treatise of Monarchy' in: F. Greville, *The Works in verse and prose complete* I (Londen 1870; A.B. Grosart (ed.)), 5-235 (99-105).

<sup>70</sup> F. Bacon, 'An offer to the King of a digest to be made of the laws of England' (circa 1621) in: F. Bacon, *Works* 14 (= *The letters and life* 7) (Londen 1874; J. Spedding (ed.)), 358-364 (citaat 363). Vgl. ook Bacon, 'A proposition', 62.

<sup>71</sup> P.H. Kocher, 'Francis Bacon on the science of jurisprudence' in: *Journal of the History of Ideas* 18/1 (1957), 3-26 (3).

<sup>72</sup> Bacon, 'A proposition', 63. Vgl. ook Bacon, 'A proposition', 67: 'The work which I propound', zo schreef hij, 'tendeth to proyning and grafting the law, and not to ploughing up and planting again; for such a remove I should hold for a perilous innovation.'

<sup>73</sup> Bacon, 'Speech for repealing', 19.

<sup>74</sup> Bacon, 'A proposition', 70-71.

<sup>75</sup> Bacon, 'A proposition', 71.

<sup>76</sup> Bacon, 'Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 100 (aforisme 61).

<sup>77</sup> Bacon, 'A proposition', 68.

<sup>78</sup> Bacon, 'A memorial', 85.

<sup>79</sup> Bacon, 'A proposition', 68-69.



woordkeuze, als de, sinds de *Yearbooks* gebruikelijke, chronologische volgorde dienden bij de werkzaamheden aan deze compilatie gehandhaafd te worden.<sup>80</sup>

Bacon achtte het bovendien raadzaam de selectie van *cases* en *statutes* regelmatig te laten bekrachtigen door de overheid: 'this body of laws ought to be regularly confirmed by the legislative power of the state; lest under pretence of digesting old laws, new laws be secretly imposed.'<sup>81</sup> Maar dit voorstel om het centrale gezag autoriteit te laten verlenen aan het corpus van het recht had, anders dan bij de latere continentale codificaties, een praktisch-juridische achtergrond. 'Nothing contributes so much to the certainty of laws (...) as to keep the authentic writings within moderate bounds,' zo verdedigde Bacon zijn voorstel om niet langer autoriteit te verlenen aan meningen van rechtsgeleerde auteurs.<sup>82</sup> Bacon stelde uiteindelijk dan ook niet de eis van volledige exclusiviteit voor de op te stellen *digest*. De oude geschriften waarin het recht in het verleden was vastgelegd, mochten nog wel geraadpleegd worden, want 'surely it is a reverent thing to intermingle antiquity with things present.'<sup>83</sup> Slechts de 'ordinary and promiscuous use of them' diende verboden te worden. Aan de gewoonterechtelijke status van de *common law* werd derhalve niet getornd. Bacon zag niets in een verheffing van al het recht tot *lex scripta*. Hij had namelijk geen bezwaren tegen gewoonterecht, integendeel, zo merkte hij op 'customs are laws written in living Tables; and some tradition the Church does not disauthorize.'<sup>84</sup> De rechtsvorming zou dan ook na bekrachtiging van de geselecteerde *cases* en *statutes* door de overheid op dezelfde voet, dat wil zeggen als gewoonterecht, doorgaan. De 'body of law' zou net als in het verleden constant worden aangevuld met nieuwe *reports* op basis van nieuwe rechterlijke uitspraken. Dergelijke *reports* beschouwde hij namelijk als 'the better form of declaring and Authorizing Laws.' Bacon stelde wel voor om een officiële, door de overheid betaalde commissie met het opstellen van die *reports* te belasten.

Ondanks de voorzichtige opstelling van Bacon gaf hij in zijn voorstellen regelmatig blijk van zijn uit humanistische inspiratie voortvloeiende wens tot een meer op regels georiënteerde en gesystematiseerde rechtswetenschap. Hij pleitte namelijk voor het opstellen van zogenaamde 'maxims' op basis van de bestaande rechterlijke uitspraken. In het voorwoord bij de door hem verzamelde *maxims* beschreef hij deze *maxims* als 'the rules and grounds dispersed throughout the body of the same law.'<sup>85</sup> Op deze wijze kon men de 'reason' ontwaren in de 'body of law', die dan vervolgens als leidraad kon dienen in nieuwe, nog niet in de rechtspraak besliste gevallen.<sup>86</sup> Maar Bacon waarschuwde dat de

<sup>80</sup> Bacon, 'Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 100-101 (aforisme 62).

<sup>81</sup> Bacon, 'Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 101 (aforisme 63).

<sup>82</sup> Bacon, 'Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 104 (aforisme 78).

<sup>83</sup> Bacon, 'Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 101 (aforisme 63).

<sup>84</sup> Bacon, 'A proposition', 67.

<sup>85</sup> F. Bacon, 'The Preface to the maxims' in: Bacon, *Works* 7, 319-323 (citaat 319).

<sup>86</sup> Vgl. Bacon, 'The Preface to the maxims', 319: 'For hereby no small light will be given, in new cases and such wherein there is no direct authority, to sound into the true conceit of law by depth of reason.'

## CODIFICATIE IN ENGELAND, 1530-1625

*maxims*, de meer abstracte regels, zelf geen recht vormden. De *maxims* hadden immers geen autoriteit:

‘It is a sound precept not to take the law from the rules, but to make the rule from the existing law. For the proof is not to be sought from the words of the rule, as if it were the text of the law. The rule, like the magnetic needle, points at the law, but does not settle it.’<sup>87</sup>

Bacon stond derhalve sceptisch tegenover abstracte regels. Dergelijke regels waren uit hun aard nooit specifiek genoeg, terwijl bovendien de wetgever nooit alle gevallen van tevoren kon voorzien, of, zoals Bacon het formuleerde: ‘the narrow compass of human wisdom cannot take in all the cases which time may discover.’<sup>88</sup> Daarmee is een belangrijk argument gegeven, dat nog vele malen ter verdediging van het *common law*-stelsel zou worden aangevoerd. In 1616 verwierp hij *expressis verbis* de idee om over te gaan op een systeem van abstracte ‘text law’. Er gingen, zo zei hij, wel stemmen op om de *common law* om te zetten in ‘a Text Law, as the Statutes are; and setting both of them down, in method and by titles.’<sup>89</sup> Maar hij was daar geen voorstander van. Hij beriep zich daarbij op zijn wetenschappelijke uitgangspunt: ‘In all sciences’, aldus Bacon, ‘they are the soundest that keep close to particulars; and sure I am there are more doubts that rise upon our statutes, which are a text law, than upon the common law, which is no text law.’<sup>90</sup> Bacon hield, met andere woorden, vast aan *case-law*. De ‘judgments are the anchors of the laws’, zo merkte Bacon pregnant op, en benadrukte dat deze uitspraken ook in de toekomst de kern van het recht dienden uit te maken.<sup>91</sup>

Bacon was er tenslotte een voorstander van om het recht in leerboeken geordend in titels en hoofden te beschrijven, naar het voorbeeld van de Instituten van Justinianus. Maar net als van de *maxims* was het doel van deze ‘auxiliary books’ slechts ‘to facilitate the recollection of the law.’<sup>92</sup> Angstvallig poogde hij te vermijden dat het systeem van het recht op deze wijze een eigen autoriteit zou krijgen.

---

<sup>87</sup> Bacon, ‘Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 106 (aforisme 85).

<sup>88</sup> Bacon, ‘Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 90 (aforisme 10).

<sup>89</sup> Bacon, ‘A proposition’, 67.

<sup>90</sup> Bacon, ‘A proposition’, 67. Vgl. voor de stellingname van Bacon in het debat tussen de deductieve en de inductieve (rechts)wetenschappelijke benadering: B. Shapiro, ‘Law and Science in Seventeenth-Century England’ in: *Stanford Law Review* 21/1 (1968-1969), 727-766 (732).

<sup>91</sup> Bacon, ‘Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 103 (aforisme 73). Bij de door hem voorgestelde reconstructie van het recht diende men dan ook vast te houden aan de oude formuleringen, alsmede aan de chronologische volgorde: Bacon, ‘Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 100-101 (aforisme 62) en 104 (aforisme 76).

<sup>92</sup> Bacon, ‘Translation of the "De Augmentis Scientiarum"', 105 (aforisme 80) en 106-107 (aforisme 87). Bacon, ‘A proposition’, 69-70.

## 3.4 John Davies (ca. 1565-1618)

Bacon kon, zoals we zagen, een eind meegaan in de humanistische kritiek van Pole en Cowell op de Engelse *common law*, maar zag uiteindelijk toch te weinig rechtswetenschappelijke redenen om het radicale, op het Romeinse recht gebaseerde codificatievoorstel van Pole over te nemen. Davies daarentegen wees iedere kritiek vanuit humanistische hoek op de *common law* af.

Volgens Davies, dichter en leraar van niemand minder dan de in 1613 overleden kroonprins Henry,<sup>93</sup> bood geen enkel van mensen afkomstig rechtssysteem zoveel zekerheid, coherentie en redelijkheid als de Engelse *common law*.<sup>94</sup> De meeste rechtszaken werden immers zonder problemen afgehandeld. Er bestond natuurlijk ook binnen de *common law* wel enige onzekerheid. Maar, zo meende hij, daar was weinig aan te doen, want binnen iedere rationele wetenschap waren ‘argument and discourse’ nu eenmaal onvermijdelijk.<sup>95</sup> In ieder geval bood codificatie op basis van het Romeinse recht geen oplossing. Niet alleen was dat recht volgens hem uiterst onzeker, getuige de eindeloze stroom van glossen en commentaren erop.<sup>96</sup> Maar ook zou daarmee een recht worden geïntroduceerd, dat niet toegesneden was op de aard van het Engelse volk.<sup>97</sup> Dat laatste bezwaar gold volgens Davies voor iedere codificatie, omdat daarmee afstand werd gedaan van het gewoonterecht als belangrijkste rechtsbron. Gewoonterecht zag hij namelijk als de meest perfecte vorm van rechtsvorming, vanwege het feit dat zo een goed bij de situatie van de bevolking passend recht ontstond. Geschreven wetten daarentegen,

‘which are made eyther by the edicts of Princes, or by Counsellors of Estate, are imposed upon the Subject before any Triall or Probation made, whether the same be fit and agreeable to the nature and disposition of the people, or whether they wil breed any inconvenience or no.’<sup>98</sup>

Twee eeuwen later zou een dergelijk standpunt worden vertolkt door beroemdheden als Edmund Burke (1729-1797) en Friedrich Carl von Savigny (1779-1861).

Interessant is tevens, dat Davies het natuurrecht betrok bij zijn verzet tegen geschreven, door de centrale wetgever opgestelde wetten. De gewoonterrechtelijke *common law* was, aldus Davies, gegraveerd in het geheugen van de mensen, zoals het natuurrecht in hun harten. Het Engelse *ius commune* lag daarom dichterbij het natuurrecht, dan welk recht ook en verdiende daarom de voorkeur boven *statutes*.<sup>99</sup> Davies keerde zich, tenslotte, zelfs tegen een vertaling van het recht vanuit het *law-french* naar het Engels. Het kostte immers

<sup>93</sup> *DNB* 14 (Londen 1888), 138-140 (140).

<sup>94</sup> Davies, ‘A Discourse of Law and Lawyers (1615)’, 254.

<sup>95</sup> Davies, ‘A Discourse of Law and Lawyers (1615)’, 259-260.

<sup>96</sup> Davies, ‘A Discourse of Law and Lawyers (1615)’, 262.

<sup>97</sup> Davies, ‘A Discourse of Law and Lawyers (1615)’, 253 en 255.

<sup>98</sup> Davies, ‘A Discourse of Law and Lawyers (1615)’, 252.

<sup>99</sup> Davies, ‘A Discourse of Law and Lawyers (1615)’, 253.

weinig moeite dit *law-french* te leren, terwijl een vertaling ervan afbreuk zou doen aan de precieze bedoeling ervan.<sup>100</sup>

#### 4 *Codificatie en raison d'état*

##### 4.1 De vereniging van Engeland en Schotland onder James VI/I

De voorstellen tot hervorming van het recht in Engeland ten tijde van Henry VIII en ook de beschouwingen van Bacon over een eventuele codificatie van het Engelse recht hadden een praktisch-juridische achtergrond. Het was niet de behoefte aan rechtseenheid die de codificatiegedachte bevorderde maar een behoefte aan rechtszekerheid met het oog op de justitiabelen. Er moest een einde komen aan de voor hen kostbare en langdurige processen. Het ontbreken van praktisch-politieke argumenten was ook niet zo verwonderlijk, omdat Engeland al een vrijwel volledige rechtseenheid kende. Deze situatie veranderde drastisch in 1603, omdat Engeland en Schotland vanaf dat moment een personele unie vormden. Deze unie had een zeer beperkte reikwijdte: er was geen sprake van rechtseenheid, noch van bestuurlijke eenheid. Schotland behield haar eigen Parlement, haar eigen wetten en haar eigen rechterlijke apparaat. De vorst kon bovendien niet zomaar de wetgeving uniformeren, immers hij was afhankelijk van de nu lokale Engelse en Schotse Parlementen. Zo ontstond een toestand die ergens leek op de situatie op het continent. In twee opzichten verschilde de positie waarin Groot-Brittannië zich bevond, van die van continentale staten als Frankrijk, de Republiek en de Donaumonarchie. Er was in Groot-Brittannië geen sprake van een veelheid aan provincies, maar het bestond uit slechts twee zelfstandige eenheden met ieder een eigen goed ontwikkeld en vrijwel uniform recht. Daarnaast was de rechtsbronnenleer in Engeland en Schotland een andere. De vorst en het Parlement waren, zoals we zagen, immers formeel bevoegd tot het wijzigen van het recht, ook van het privaatrecht.

James VI/I liet onmiddellijk na zijn troonsbestijging weten dat hij geen genoegen nam met een personele unie. Hij wilde een volledige unie bewerkstelligen om zo zijn nieuw verworven positie te bestendigen. Het was hem duidelijk dat alleen een personele unie geen enkele garantie vormde voor het voortbestaan van het nieuwe staatkundige verband. Daarnaast wilde hij de macht van Groot-Brittannië vergroten en rechtseenheid was bij dit – praktisch-politieke – streven een belangrijk middel.<sup>101</sup> In de *House of Commons* verklaarde

<sup>100</sup> Davies, 'A Discourse of Law and Lawyers (1615)', 257-258.

<sup>101</sup> Een behandeling van dit streven naar rechtseenheid, maar zonder specifieke aandacht voor codificatie, is te vinden bij: B.P. Levack, 'The proposed union of English law and Scots law in the seventeenth century' in: *Juridical Review. The Law Journal of Scottish Universities* (1975), 97-115 en Levack, *The formation*, 68-101. Vgl. ook T. Smith, 'The interaction of Scots law and English law in historical perspective' in: P. Wallington en R.M. Merkin (eds.), *Essays in memory of professor F.H. Lawson* (Londen 1986), 133-144 (134-135) en W. Ferguson, *Scotland's relations with England: a survey to 1707* (Edinburgh 1977), 97-116.

hij in april 1604 dat tussen Schotland en Engeland ook een unie in opvattingen gecreëerd diende te worden:

‘For the Union, that it might be now prepared, and prosecuted the next Session. – That Union, which with the Loss of much Blood, could never be brought to pass, as now it is. That, the better to bring it to pass, we should be in Affections united. That we should first, with all Care, proceed in such Laws, as might concern the general Good.’<sup>102</sup>

Het was boven alles zijn wil, zo zei hij, om bij zijn dood ‘One Worship to God:-One Kingdom, intirely governed: -One Uniformity in Laws’ na te laten. Hoe deze rechtseenheid bereikt moest worden, liet hij vooralsnog in het midden.

De vorst was voortvarend in zijn streven naar rechtseenheid en zorgde ervoor dat er een gemengd Schots-Engelse commissie benoemd werd, die een nader unieverdrag moest voorbereiden. De omstandigheden waren evenwel niet gunstig. Iedere uitbouw van de personele unie behoefde immers de steun van zowel het Engelse als van het Schotse Parlement en noch van Engelse kant, noch van Schotse kant ondervond de gedachte van een volledige unie erg veel steun. Het Schotse Parlement ontzegde haar afgevaardigden naar de commissie meteen al de bevoegdheid om enige concessies te doen ten aanzien van de ‘laws, privileges and customs of Scotland’.<sup>103</sup> Ook de uiteindelijke opdracht aan de commissie was voorzichtig geformuleerd. De commissie, die voor het eerst op 17 oktober 1604 bijeenkwam, had tot taak om de ‘legal institutions’ van beide landen te onderzoeken en vast te stellen ‘how far they agreed or differed, with the ultimate object of assimilating them as far as might be.’<sup>104</sup> De opvattingen over het realiseren van rechtseenheid van twee belangrijke leden van de commissie, Bacon, wiens rechtswetenschappelijke opvattingen hiervoor al zijn behandeld, en Craig, waren tenslotte ook weinig hoopgevend.

#### 4.2 Bacon en het recht van de nieuwe unie (1603-1607)

Voor Engeland zat, zoals gezegd, de beroemde rechtsgeleerde en latere *Lord Chancellor* Bacon in de commissie. Hij was nu gedwongen zich ook te buigen over meer praktisch-politieke aspecten van de rechtshervorming. De nieuwe vorst wenste immers, zo bleek ook uit diens eerste gesprek met Bacon, onmiddellijk rechtseenheid tot stand te brengen in de nieuw ontstane personele unie. Bacon stak zijn aarzelingen niet onder stoelen of banken, zo blijkt uit een aantal teksten over de unie en de positie van het recht daarin, die hieronder behandeld zullen worden.

---

<sup>102</sup> *Commons Journal* I, 171 (13-4-1604).

<sup>103</sup> Craig, *De Unione*, 275.

<sup>104</sup> T. Craig, *The Jus Feudale* I (Edinburgh 1934; J.A. Clyde (ed.)), ‘Epistle dedicatory’, ix.

Bacon stelde voorop dat meer uniformiteit in de nieuwe staatkundige formatie wenselijk was, omdat deze dan als eenheid sterker zou zijn: *vis unita fortior*.<sup>105</sup> Het was hem duidelijk dat de beide deelnemende staten, Engeland en Schotland, uiteindelijk meer dan alleen de naam en de taal gemeenschappelijk dienden te hebben. Bij zijn bespreking van de kenmerken van een perfecte unie bleek, dat hij daartoe ook rechtseenheid rekende.<sup>106</sup> Hij had namelijk oog voor het praktisch-politieke nut van rechtseenheid: zij zou een uitstekend middel zijn om ‘any relapse in succeeding ages to a separation’ te voorkomen.<sup>107</sup> Hij koesterde daarom, zo zei hij, net als de vorst de wens, dat de inwoners van Engeland en Schotland ‘were governed by one law.’<sup>108</sup> Bovendien zag Bacon in de nieuwe politieke situatie een kans om zijn eigen, hiervoor beschreven, hervormingsplannen ten uitvoer te brengen. Omdat er voortdurend nieuwe rechtsregels werden toegevoegd zonder dat zij werden ingepast in het bestaande recht, was het recht in Engeland chaotisch en verward. Deze toestand was niet gunstig voor de justitiabelen. Ook vanuit praktisch-juridisch oogpunt zag hij daarom wel voordelen in het streven naar rechtseenheid, ‘for if both laws shall be united, it is of necessity for preparation and inducement thereunto, that our own laws be reviewed and re-compiled.’<sup>109</sup> Tenslotte achtte hij rechtseenheid op zichzelf ook niet onmogelijk, omdat de fundamenteën van het Schotse en Engelse recht volgens hem gelijk waren.<sup>110</sup>

Toch achtte hij de voortvarende en ingrijpende aanpak van de vorst om op korte termijn een volledige unie te bereiken misplaatst.<sup>111</sup> Ten eerste geloofde hij niet in de haalbaarheid van een nieuwe geharmoniseerde compilatie van het recht. Hij benadrukte dat het totstandbrengen van een ‘entire and perfect union’ enorm veel werk zou meebrengen. Ten eerste was het opstellen van een uniform wetboek moeilijk, immers:

---

<sup>105</sup> F. Bacon, ‘A brief discourse touching the happy union of the kingdoms of England and Scotland’ (1603) in: Bacon, *Works* 10, 90-99 (92-93).

<sup>106</sup> Bacon, ‘A brief discourse’, 96.

<sup>107</sup> F. Bacon, ‘A speech used by Sir Francis Bacon, knight, in the Lower House of Parliament, by occasion of a motion concerning the union of laws’ (1606-1607) in: Bacon, *Works* 10, 335-341 (citaat 335).

<sup>108</sup> Bacon, ‘A speech used’, 335. Vgl. ook F. Bacon, ‘A preparation towards the Union of the Laws of England and Scotland’ in: F. Bacon, *The Works of Francis Bacon* 5 (Londen 1826; B. Montagu (ed.)), 83-105 (83).

<sup>109</sup> Bacon, ‘A speech used’, 336.

<sup>110</sup> Bacon, ‘A speech used’, 336. Zie voor een hedendaagse vergelijking van de Engelse en Schotse *common law* tot circa 1600: W.D.H. Sellar, ‘The common law of Scotland and the common law of England’ in: R.R. Davies (ed.), *The British Isles 1100-1500* (Edinburgh 1988), 82-99. De interactie vanaf 1600 wordt beschreven door Smith, ‘The interaction of Scots law and English law’, 133-144.

<sup>111</sup> Bacon, ‘A brief discourse’, 89.

‘there must be made by the lawyers of either nation a digest, under titles, of their several laws and customs, as well common laws as statutes; that they may be collated and compared, and that the diversities may appear and be discerned of.’<sup>112</sup>

Bovendien wees hij op het te verwachten verzet tegen de invoering van het nieuwe wetboek. De ervaring leerde namelijk, dat de ‘patrius mos’, de vaderlandse gewoonte, voor iedereen dierbaar was.<sup>113</sup> Bacon beseftte wel dat er nog een manier was waarop rechtseenheid kon worden bereikt, namelijk door de Schotten ertoe te bewegen het Engelse recht *in toto* over te nemen. Dat was evenwel niet de bedoeling, zo begreep hij, en was vermoedelijk ook niet haalbaar.<sup>114</sup>

Maar Bacon twijfelde, ten tweede, tevens aan de wenselijkheid om nu al naar volledige rechtseenheid te streven. ‘We are now in hand to make this monarchy of one peace, and not of one colour’, zo zei hij, waarbij hij zich beriep op de situatie in Frankrijk.<sup>115</sup> Ook daar bestond immers geen rechtseenheid. Hij maakte in dit kader een belangrijk onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht, ‘the one being the sinews of property, and the other of government.’<sup>116</sup> Vanuit praktisch-politiek oogpunt had het bewerkstelligen van privaatrechtelijke rechtseenheid geen prioriteit, aldus Bacon. Hij merkte op: ‘the difference of this law carrieth no mark of separation; for we see in any one kingdom, which is most at unity in itself, there is diversity of customs for the guiding of property and private rights.’<sup>117</sup> Het privaatrecht moest daarom met rust worden gelaten. Bovendien zouden de invoering van nieuw recht en de daarmee onlosmakelijk verbonden hervorming van de rechterlijke organisatie onevenredig nadelig zijn voor de justitiabelen. Dat nadeel woog voor Bacon zeer zwaar. Rechtszekerheid achtte hij belangrijker dan uniformiteit: ‘I do not see that the severalty of administration of justice (...) is any impediment at all to the union of a kingdom,’ zo verklaart hij met opnieuw een beroep op de situatie in Frankrijk, waar de Parlementen in de provincie in laatste instantie oordelen.<sup>118</sup> De justitiabele moest nu al in Engeland, als gevolg van de verregaande centralisatie van de rechtspraak in Westminster, zijn recht van te ver halen. Ditzelfde praktisch-juridische argument voerde Bacon ook *tegen* onmiddellijke en formele invoering van volledige rechtseenheid aan:

‘For Laws (...), it is a matter of curiosity and inconvenience to seek either to extirpate all particular customs, or to draw all subjects to one place or resort of judicature or session. It

<sup>112</sup> F. Bacon, ‘Certain articles or considerations touching the union of the kingdoms of England and Scotland’ (2e helft 1604) in: Bacon, *Works* 10, 218-242 (citaat 230). Bacon schreef deze tekst als lid van de commissie voor de unie. Vgl. ook Bacon, ‘A speech used’, 338.

<sup>113</sup> Bacon, ‘Certain articles’, 230.

<sup>114</sup> Bacon, ‘A speech used’, 338.

<sup>115</sup> Bacon, ‘A speech used’, 337. Bacon verbleef van 1576 tot 1597 in Frankrijk op de Engelse ambassade aldaar.

<sup>116</sup> Bacon, ‘A preparation’, 83.

<sup>117</sup> Bacon, ‘A preparation’, 83-84.

<sup>118</sup> Bacon, ‘Certain articles’, 232.

suffices that there be an uniformity in the principal and fundamental both ecclesiastical and civil.<sup>119</sup>

De harmonisatie diende dus in ieder geval beperkt te worden tot fundamentele onderwerpen, waartoe Bacon onder meer enkele belangrijke strafbare feiten, zoals hoogverraad, rekende. Hij stelde voor om te beginnen met het harmoniseren van dergelijke delicten.<sup>120</sup> Daarnaast beval hij naar Frans voorbeeld een ‘Grand Council’ aan die bij wijze van uitzondering rechtszaken aan zich zou kunnen trekken.<sup>121</sup> Een dergelijke Raad zou volgens hem als *commune vinculum* kunnen fungeren.

Bacons adviezen aan de vorst worden, zo blijkt, gekenmerkt door voorzichtigheid. Deze terughoudendheid werd mede ingegeven door de overtuiging, dat het Engelse recht grote invloed op het Schotse recht zou gaan uitoefenen. Bacon twijfelde er niet aan, dat het Engelse recht de boventoon zou voeren, omdat Londen nu eenmaal de hoofdstad was, waar alle belangrijke beslissingen zouden worden genomen.<sup>122</sup> De rechtseenheid zou daardoor vanzelf dichterbij komen, ‘although not by solemn and formal act of estates, yet by the secret operation of no long time.’<sup>123</sup> Een dergelijk standpunt is zeer begrijpelijk tegen de achtergrond van het feit dat ook de rechtseenheid tussen Engeland en Wales, zoals we zagen, voor een belangrijk deel louter door tijdsverloop was gegroeid.

#### 4.3 Thomas Craig

Van Schotse zijde zat Thomas Craig in de commissie, benoemd door het Schotse Parlement op verzoek van de vorst. Craig had een heel andere achtergrond dan Bacon. Craig had *civil law* gestudeerd in Frankrijk en vervolgens naam verworven met zijn systematische behandeling van het Schotse recht.<sup>124</sup> Wat was nu zijn standpunt ten opzichte van rechtseenheid? Craig zette zijn positie inzake de precieze invulling van de unie in 1605 uiteen naar aanleiding van de kritiek op het beperkte resultaat van de uniebesprekingen in de commissie. Critici hadden namelijk graag een onderzoek gezien naar ‘the possibility of reconciling and assimilating the laws of the two countries, so

<sup>119</sup> Bacon, ‘A brief discourse’, 97.

<sup>120</sup> Vgl. ook F. Bacon, ‘The most humble certificate or return of the commissioners of England and Scotland, authorised to treat of an Union for the weal of both Realms’ in: Bacon, *Works* 10, 242-245 (244). Het betreft een – overigens niet aan de vorst overhandigde – concept-preambule bij het unieverdrag.

<sup>121</sup> Bacon, ‘Certain articles’, 233.

<sup>122</sup> F. Bacon, ‘A speech used by sir Francis Bacon concerning the article of the general naturalization of the scottish nation’ in: Bacon, *The Works of Francis Bacon* 5, 47-73 (citaat 58).

<sup>123</sup> Bacon, ‘A speech used by sir Francis Bacon concerning the article of the general naturalization’, 58.

<sup>124</sup> T. Craig, *Scotland’s Sovereignty Asserted* (Londen 1695; vertaling van een manuscript in het Latijn), ‘Preface’, xix-xxx. *DNB* 12 (Londen 1887), 448-451.



diverse in their character, with the object of subjecting each to an identical system.’<sup>125</sup> Craig voelde zich geroepen om zich tegen deze kritiek te verdedigen.

Net als Bacon stond Craig welwillend tegenover het streven van de vorst en hij benadrukte dan ook dat hij de unie een warm hart toedroeg. Engeland zou er zonder een unie met Schotland nooit in slagen haar grootheid, waardigheid en zekerheid te bewaren.<sup>126</sup> Engeland, zo benadrukte hij, ‘would never have peace at home nor take her rightful position abroad so long as a hostile neighbour dwelt so near upon her borders.’<sup>127</sup> Hij wees ter ondersteuning van deze visie op het voorbeeld van Spanje, dat ook machtig was geworden door haar provincies in één staat te verenigen.<sup>128</sup> De kritiek op het concept-verdrag tussen Engeland en Schotland richtte zich op een tweetal kwesties. Ten eerste beweerden de critici dat het recht in de beide tot de personele unie behorende staten uniform gemaakt diende te worden, omdat er anders geen saamhorigheidsgevoel bij de bevolking van Groot-Brittannië tot stand zou komen. Ten tweede gingen ze er vanuit dat het Engelse recht fundamenteel verschilde van het Schotse en dat het daarom van extra groot belang was om aan de harmonisering te werken. Craig bestreed beide standpunten.

Hij beantwoordde eerst de vraag of een versteviging van de personele unie tevens vereiste dat gestreefd moest worden naar *identieke* rechtsregels.<sup>129</sup> Hij maakte duidelijk, dat hij om praktisch-politieke redenen het streven naar een zekere mate van rechtseenheid ondersteunde. Verschillen in het recht tussen twee volkeren leidden immers, zo meende hij, ook tot verschillen in hun doeleinden. Dat zou tot gevolg hebben dat de twee volkeren tegenover elkaar zouden komen te staan. In zijn algemeenheid was het namelijk onvermijdelijk, zo merkte hij op,

‘that if two peoples live under different institutions and customs they should conceive and pursue different aims. For all men stand by the institutions of their own country, insist on their fairness, and are prejudiced against those of other people; whence we often observe serious differences to arise.’<sup>130</sup>

Maar hij vond wel dat de critici in dit opzicht te veel waarde aan de wetten hechtten. Het was weliswaar van belang dat de rechtsstelsels van volkeren die samen een politieke unie aangingen enigszins met elkaar overeenkwamen, maar een streven naar volledige rechtseenheid, naar een identiek recht derhalve, was volgens Craig onzinnig. Wetten en instituties waren niet zo belangrijk, zo meende hij, ‘that differences in regard to them can

---

<sup>125</sup> Craig, *De Unione*, 275.

<sup>126</sup> Craig, *De Unione*, 241.

<sup>127</sup> Craig, *De Unione*, 241. Vgl. ook Craig, *De Unione*, 207, waar de titel van een hoofdstuk luidt: ‘The separation of the crowns of the island is the cause of all the calamities that have befallen Britain’ en Craig, *The Jus Feudale I*, ‘Epistle dedicatory’, viii. De verdeeldheid had onder meer geleid, aldus Craig, tot de verovering van Groot-Brittannië door de Romeinen.

<sup>128</sup> Craig, *De Unione*, 258.

<sup>129</sup> Craig, *De Unione*, 297.

<sup>130</sup> Craig, *De Unione*, 297.

avail to prevent nations from forming alliances and mutual friendships of a lasting character.’<sup>131</sup>

Craig herinnerde aan de – later uiteengevallen – personele unie tussen Schotland en Engeland, die onder Edward VI (1537-1547-1553) tot stand was gekomen. De koning en de adel verklaarden toen meteen, dat zij niet de bedoeling hadden om het Schotse recht af te schaffen. ‘A diversity of laws between the two countries’, zo verklaarden zij, ‘was no bar to the proposed union.’<sup>132</sup> De vergelijking met de andere Europese staten speelde bij deze overwegingen een grote rol. Niet alleen Engeland, maar ook Frankrijk, België en het Duitse Rijk kenden rechtsverscheidenheid. Deze rechtsverscheidenheid was weliswaar, zo meende Craig, niet noodzakelijk vanwege bijvoorbeeld klimatologische omstandigheden. Zij vloeide eenvoudig voort uit het bestaan van verschillende soevereinen in het verleden: ‘when different kings reigned in different parts and administered laws, different customs necessarily arose.’<sup>133</sup> Maar toch was men op het continent niet overgegaan tot uniformering van het recht. Zowel bij het ontstaan van de Republiek, als bij de incorporatie van Bretagne in de Franse staat werden het lokale gewoonterecht, de lokale wetten en de eigen rechterlijke instanties juist uitdrukkelijk gegarandeerd.<sup>134</sup> Spanje, tenslotte, had door schade en schande ondervonden, dat de interne vrede slechts gehandhaafd kon worden, zolang de lokale wetten en vrijheden werden gerespecteerd.<sup>135</sup> Deze historische feiten bewezen onomstotelijk, dat ter bevordering van de beoogde unie,

‘it is by no means imperative that the two kingdoms should submit to identical laws and systems. The revision of existing laws which have taken root in national sentiment is, indeed, a fruitful source of trouble; for a change in the laws governing a state often changes the character of the state itself.’<sup>136</sup>

Eenheid van religie was veel belangrijker om ervoor te zorgen dat de Engelsen en de Schotten als een politieke eenheid zouden optreden, zo meende hij:

‘In that respect community of laws cannot be compared in its effects to a common faith and worship. The latter is implanted in man by God, and is far superior in force to the former as are the laws of God above those of man.’<sup>137</sup>

---

<sup>131</sup> Craig, *De Unione*, 297.

<sup>132</sup> Craig, *De Unione*, 298.

<sup>133</sup> Craig, *De Unione*, 324.

<sup>134</sup> Craig, *De Unione*, 299 (De Nederlanden) en 302 (Bretagne): ‘it was expressly provided that Brittany should enjoy her own laws and institutions without modification; that from the Parlement of Rennes (...) no appeal should lie to any court of jurisdiction in France.’

<sup>135</sup> Craig, *De Unione*, 303: ‘What (...) is the cause of the calamities and upheaval in Belgium these thirty or forty years past, but the attempt to restrict the laws and liberties of the country’, zo vroeg Craig zich af.

<sup>136</sup> Craig, *De Unione*, 303.

<sup>137</sup> Craig, *De Unione*, 297.

Men diende daarom de inspanning niet te richten op het bewerkstelligen van volledige rechtseenheid, maar vooral op het bestrijden van het katholieke geloof in Groot-Brittannië. Dit laatste zou des te meer juist zijn, indien de verschillen tussen de respectievelijke rechtsstelsels minder groot waren dan de critici wel beweerden, hetgeen hem tot de behandeling van de tweede kwestie bracht. Craig had betoogd dat uniformiteit van het Engelse en Schotse recht niet noodzakelijk was. Hij moest nu nog aantonen dat de beide rechtsstelsels al in hoge mate met elkaar overeenkwamen. Dan zou namelijk de verdediging van het standpunt van de commissie om in beginsel deze rechtsstelsels onaangetast te laten waterdicht zijn.

Craig constateerde inderdaad dat er geen twee landen bestonden waarvan de wederzijdse rechtsstelsels in hogere mate met elkaar overeenkwamen dan Engeland en Schotland.<sup>138</sup> Dat gold zowel voor het strafrecht als voor het civiele recht.<sup>139</sup> Craig wijdde vervolgens nog een interessante passage aan de invloed van het Romeinse recht op het Schotse en Engelse recht. Sommige juristen waren van mening, dat in Engeland recht van eigen bodem, 'municipal law', van kracht zou zijn, terwijl het Schotse recht geworteld zou zijn in de 'Civil law', in het Romeinse recht.<sup>140</sup> Maar dit was wat betreft Engeland een misvatting. 'In fact the Civil law', zo schreef hij, 'has never been so exiled from English practice as to prevent its principles and decisions from flashing light on every point.'<sup>141</sup> Harmonisering van de beide rechtsstelsels behoorde daarom zeker tot de mogelijkheden, al maakte Craig er geen geheim van dat een dergelijke operatie voor hem geen prioriteit had. Indien men een dergelijke harmonisatie wilde, hoefde men slechts terug te keren naar de fundamentele ervan, het feodale normandische recht, eventueel aan te vullen met het Romeinse recht. Er was daarom geen enkele reden om te twijfelen aan de mogelijkheid om de rechtsstelsels van de beide volken zo te harmoniseren, 'as to fashion one body of law applicable equally to both, and thereby to promote the union of the two countries in one body politic.'<sup>142</sup>

Maar daarbij mocht men nooit vergeten, dat niet ten koste van alles naar rechtseenheid moest worden gestreefd. Hoe nuttig rechtseenheid misschien ook was, het zou nooit opwegen tegen de conflicten die de poging tot uniformering van het recht tegen

<sup>138</sup> Craig, *De Unione*, 304. Vgl. ook Craig, *The Jus Feudale I*, 'Epistle dedicatory', ix: 'that there exists a fundamental identity between the principles underlying the legal systems of the two countries, and (...) I found the closest affinity of method in legal argument, expression, and analysis.'

<sup>139</sup> Craig, *De Unione*, 305-306 (strafrecht), 306-308 (personen en familierecht, alsmede erfrecht) en 308 ev. (vermogensrecht).

<sup>140</sup> Craig, *De Unione*, 326.

<sup>141</sup> Craig, *De Unione*, 326. Vgl. ook Craig, *De Unione*, 312: indien er in Engeland twijfel omtrent het recht bestond, werd de zaak beslist 'on arguments drawn from the ius civile' en Craig, *The Jus Feudale I*, 28-29, waar hij over de positie van het Romeinse recht in Engeland opmerkt: 'its precepts are reproduced with relatively unimportant differences in their statutes and common law.'

<sup>142</sup> Craig, *De Unione*, 328.

de wil van de rechtsgenoten zou oproepen. De unie zou er bovendien niet minder om zijn, indien de rechtsverscheidenheid zou voortduren. Essentieel voor een duurzame unie was slechts, zo stelde Craig aan het eind van zijn tractaat vast

‘that each nation be governed in accordance with its own laws and customs; that no change be made in them, or in the established methods of judicial procedure, without the express sanction and approbation of either kingdom; that legal causes be determined in accordance with ancient practise and without appeal from the courts of one kingdom to those of the other.’<sup>143</sup>

Nu Craig rechtseenheid op grond van de *raison d'état* afwees, is het niet verwonderlijk, dat hij verder geen aandacht besteedde aan een eventuele codificatie.

#### 4.4 Tractaten over het recht van de unie

##### a) Tractaten van Engelse zijde

Eén van de critici waartegen Craig zich meende te moeten verdedigen, nu Craig rechtseenheid op grond van de *raison d'état* afwees, was John Thornborough (1552-1641), de bisschop van Bristol.<sup>144</sup> Thornborough kon zijn teleurstelling over het concept-verdrag niet verhullen. De voorgestelde unie was volgens hem ‘onely in subiection to one Sovereign, but without farther Union of lawes and true love, not lively and indeede, but painted and in shew; not substantiall, but equivocall; not reall, but nominall.’<sup>145</sup> Hij zette uiteen dat een volledige unie, dus inclusief rechtseenheid, vooral noodzakelijk was met het oog op het staatsbelang. Hij noemde in dit kader een drietal voordelen van rechtseenheid. Het eerste voordeel was gelegen in het grotere gezag van de heerser, immers ‘one mightie Monarch is of more commaund and power, then a king of divers distinguished kingdomes.’<sup>146</sup> Thornborough was blijkbaar een overtuigd aanhanger van een religieus onderbouwde, absolutistische staatsleer. Ten tweede vergemakkelijkte uniformiteit van wetten het binnenlands bestuur. Burgers die leefden onder gelijke wetten, zo meende hij, ‘are more easily ruled, then under divers lawes.’ Dit argument voor rechtseenheid oogt modern en past goed bij de absolutistische staatsopvatting: daarin is – althans in theorie – weinig plaats meer voor het vanuit de Middeleeuwen overgeleverde systeem van lokale rechtsvorming. Het argument van efficiëntie zou later onder meer bij de Duitse kameralisten ingang vinden. Ten derde zou de saamhorigheid groeien als gevolg van rechtseenheid, hetgeen de veiligheid van de inwoners ook zou vergroten. Het voordeel zat,

<sup>143</sup> Craig, *De Unione*, 465.

<sup>144</sup> *DNB* 56 (Londen 1898), 286-287.

<sup>145</sup> J. Thornborough, *A Discourse Plainely Proving the Evident Utilitie and urgent necessitie of the desired happie union of the two famous Kindomes of England and Scotland* (Londen 1604), 17.

<sup>146</sup> Thornborough, *A Discourse*, 3-4.

zo betoogde Thornborough, ook ‘in the more securitie of the governed, who being led with like equitie of lawes, will one love and strengthen the other; but being devided, do oftentimes undermine, and practise subversion one of the other.’<sup>147</sup> Burgeroorlogen zouden dan tot het verleden behoren.<sup>148</sup>

De absolutistische staatsopvatting van Thornborough had ook gevolgen voor de wijze waarop de rechtseenheid bewerkstelligd diende te worden. Het was de vorst die de bevoegdheid had het recht te uniformeren. Het was een kwestie van ‘reason and iustice, that a King in right of bloud holding two kingdomes or States, do unite and contract them into one name and nature.’<sup>149</sup> Deze kon het Schotse recht, net als met de costumen van Wales was gebeurd, terugbrengen tot de ‘English fashion, even against their former customes and conditions.’<sup>150</sup> Tegenstanders van deze bevoegdheid voerden wel aan dat Schotland, anders dan Wales, vrijwillig tot de unie was toegetreden, en dus niet was veroverd. Maar Thornborough zag in het vrijwillige karakter van de toetreding juist een argument voor de ruime bevoegdheid van de vorst om in het Schotse recht in te grijpen.<sup>151</sup> Alles moest erop gericht zijn, zo vatte hij zijn standpunt samen,

>to preserve the possession of his kingdome (...) inseparably united to the king, & iointly united and undivided within it selfe. Unus rex, una lex, unus pater, una communis patria; unum caput, unum corpus.’<sup>152</sup>

Ondanks dit vurige pleidooi voor rechtseenheid repte Thornborough niet over codificatie. Nu was hij ook geen jurist, maar belangrijker is vermoedelijk, dat codificatie onnodig was, omdat hij een andere optie had. Hij zag namelijk Engeland als veruit de belangrijkste partner in de unie en meende dus het Schotse recht eenvoudigweg te kunnen afschaffen. De rechters zouden vervolgens ook in Schotse rechtzaken het Engelse recht moeten toepassen.

De tweede Engelse auteur, de rechtshistoricus Henry Spelman (1564?-1641), stelde zich vergelijkbaar chauvinistisch op. Net als Thornborough meende hij, dat consolidatie van de zojuist ontstane personele unie niet mogelijk was zonder uiteindelijk rechtseenheid te bewerkstelligen. Hij merkte op:

<sup>147</sup> Vgl. ook Thornborough, *A Discourse*, 33: geen volledige unie betekende ook ‘to give occasion to either part to looke backe for an old grudge.’

<sup>148</sup> Het is zeker, aldus Thornborough, *A Discourse*, 4, ‘that equitie and equabilitie of like lawes to a divers people united in one, will make them (...) to enioy freedome (...) But faction and ambition, are the father and mother of intestine calamitie, civill warre, and deadly feyd.’

<sup>149</sup> Thornborough, *A Discourse*, 5.

<sup>150</sup> Thornborough, *A Discourse*, 4-5.

<sup>151</sup> Thornborough, *A Discourse*, 3.

<sup>152</sup> J. Thornborough, *The Ioiefull and Blessed Reuniting the two Mighty and Famous Kingdomes of England and Scotland* (Oxford n.d. [1604]), 77.

## CODIFICATIE IN ENGELAND, 1530-1625

‘For yf we differ in lawe we must differ in manners and government, and yf our governmentes be severall our nations will still be severall. For what devideth all the nations of the worlde one from another but difference of lawes, manners and language?’<sup>153</sup>

Ook hij ging ervan uit dat het Schotse recht maar moest worden aangepast aan het superieure Engelse recht. Dat zou overigens geen gemakkelijke opgave zijn, zo meende hij in tegenstelling tot Craig. De Schotten kenden immers de *civil law*, het Romeinse recht, dat slechts weinig gemeen had met het Engelse recht en daarom ook zeer moeilijk daartoe gereduceerd zou kunnen worden.<sup>154</sup> Spelman ging er bovendien van uit, zo zei hij, zijn minachting voor de Schotten nauwelijks verhelend, dat ‘the Scottes (..) chuse rather to lyve in old poverty then to studdy new lawes.’<sup>155</sup> Hij stelde zich om die reden toch wat voorzichtiger op dan Thornborough. Men moest, zo meende hij, ervoor waken het Engelse recht onmiddellijk aan de Schotten op te leggen. Dat was vragen om rebellie, zei hij onder verwijzing naar de ontwikkelingen in de lage landen. Het zou beter zijn om de weg van de geleidelijkheid te bewandelen. Hij stelde voor om de Schotten eerst in een beperkte unie kennis te laten maken met de Engelse wetten.<sup>156</sup> Dan zouden ze wellicht, onder de indruk van de kwaliteit ervan, vrijwillig tot overname van het Engelse recht overgaan. Bovendien hoefde Engeland dan niet al haar vrijheden en (handels)privileges met de Schotten te delen. Ook Rome had immers in het verleden haar privileges niet aan alle geannexeerde naties gegeven.

Ook de derde auteur, de in het Romeinse recht geschoolde historicus John Hayward (ca. 1564-1627), verdedigde de unie met verve, wellicht om in de gunst van James VI/I te komen.<sup>157</sup> Zij zou een einde maken aan de oorlogen tussen de beide tot dusverre onafhankelijke staten en daarmee de macht van het nieuwe staatkundige verband vergroten.<sup>158</sup> Dit zou resulteren in een betere defensie tegen buitenlandse vijanden en tevens de buitenlandse handel versterken. Hayward benadrukte eveneens, dat de unie niet beperkt mocht blijven tot de zojuist ontstane personele unie onder James VI/I, ‘for if people reduced under one government be not therein united (...) they are like sand without lime, subiect to dissipation by every wind.’<sup>159</sup> In zijn visie moesten de Schotse en de Engelse natie door middel van een perfecte unie worden teruggebracht tot ‘an inseparable imbracement.’<sup>160</sup> Een dergelijke perfecte unie kon tot stand worden gebracht door de inwoners in ‘one politicke body’ te integreren ‘by knitting their minds in one contentment

---

<sup>153</sup> H. Spelman, ‘Of the union’ in: Galloway/Levack, *The Jacobean Union*, 161-184 (citaat 180).

<sup>154</sup> Spelman, ‘Of the union’, 180.

<sup>155</sup> Spelman, ‘Of the union’, 181.

<sup>156</sup> Spelman, ‘Of the union’, 182.

<sup>157</sup> *DNB* 25 (Londen 1891), 311-313.

<sup>158</sup> J. Hayward, *A Treatise of Union of the two Realmes of England and Scotland* (Londen 1604), 3-6.

<sup>159</sup> Hayward, *A Treatise*, 7.

<sup>160</sup> Hayward, *A Treatise*, 8.

and desire.’<sup>161</sup> Hayward legde vervolgens uit wat de essentie was van een ‘bodily or politicke Union’, een uitleg die vooral interessant is, omdat daarin de preoccupatie van de vroegmoderne staat met een verticale bevelsstructuur goed naar voren komt. Het bestuurlijk ideaal werd nu gekenmerkt door enerzijds bevelen die op centraal niveau werden gegeven en anderzijds gehoorzaamheid op het laagste niveau, van de zijde van de burgers. Een politieke unie was namelijk, zo schreef hij,

‘the collecting of both people under one common government and commaund, and the ioyning of them in obedience unto one head. For these two points of commaunding and obeying are the very soule of a common-wealth (...): for as without commaund there is no direction, so without obedience there is no strength.’<sup>162</sup>

In een staat met een dergelijke bevelsstructuur was het belang van het recht als bestuurlijk instrument enorm toegenomen, realiseerde ook Hayward zich. Regeren was tegenwoordig niet denkbaar zonder wetten, zo stelde hij vast, immers ‘lawes are the instrument and meane both of obedience and rule.’<sup>163</sup> Deze constatering had grote gevolgen voor de vraag of in de nieuwe unie ook naar rechtseenheid diende te worden gestreefd. Omdat het recht in zijn visie een cruciale rol speelde, was er maar één conclusie mogelijk, te weten:

‘that there is no firme connexion in one forme of government, that there is not one entire and undevided subiection and commaund, where the people are not bound together by one common law.’<sup>164</sup>

Indien men zou afzien van uniformering van althans een deel van het recht, zouden de andere pogingen om de unie vorm te geven, zoals de invoering van de titel ‘koning van Groot-Brittannië’, louter kosmetisch blijven. Dit zou ertoe leiden dat de unie vroeg of laat weer uiteen zou vallen. Van buiten konden de beide staten nog zo een eenheid lijken, ‘if they have not one communitie of lawes’ zo benadrukte hij, ‘they remaine notwithstanding, and upon finall occasions will shew themselves disioynted.’<sup>165</sup>

De door Hayward voorgestelde hervorming van het recht was ingegeven door het staatsbelang, door puur praktisch-politieke motieven derhalve. Vanuit diezelfde motieven meende hij ook, net als overigens Spelman, dat de door hem voorgestelde hervorming risico=s met zich meebracht. Wijzigingen in het recht leidden altijd tot een zekere wanorde en konden, als men niet oppaste, het gehele staatsbestel op haar grondvesten doen schudden.<sup>166</sup> Om dit laatste te voorkomen, dienden de wijzigingen bij het terugbrengen van het Engelse en Schotse recht tot ‘one body’ niet te ingrijpend te zijn. Daarom stelde hij ten

---

<sup>161</sup> Hayward, *A Treatise*, 8.

<sup>162</sup> Hayward, *A Treatise*, 8.

<sup>163</sup> Hayward, *A Treatise*, 9.

<sup>164</sup> Hayward, *A Treatise*, 8.

<sup>165</sup> Hayward, *A Treatise*, 9.

<sup>166</sup> Hayward, *A Treatise*, 11-12.

eerste voor om het recht van de beide deelstaten, dat overigens volgens hem al veel overeenkomsten vertoonde, niet volledig te uniformeren. Het lokale gewoonterecht hoefde men niet aan te tasten: ‘that customes and priviledges of particular places are not to be impeached; for these are divers in every nation, without any notable inconvenience, so that conformitie be held in one common law.’<sup>167</sup>

Ook het Engelse recht dat niet nuttig was voor de Schotse situatie, alsmede het Schotse recht, waarvoor geen zinvolle toepassing in Engeland bestond, kon ongewijzigd blijven, mits er maar geen sprake van tegenstrijdigheid was. Van deze rechtsregels, zo meende Hayward, ‘they that are divers but not contrarie, may still be retained and communicated to both people.’<sup>168</sup> Ten tweede moest men de wijzigingen niet allemaal in het rechtsstelsel van één van de beide volkeren aanbrengen, maar juist de last verdelen.<sup>169</sup> Anders dan Spelman en Thornborough was Hayward derhalve wel bereid om Schotse invloed op het Engelse recht te accepteren. Tenslotte verdiende het de voorkeur om de hervorming gradueel door te voeren, dus uitgesmeerd over langere tijd.<sup>170</sup>

Of Hayward deze gedeeltelijke uniformering tot stand wilde brengen in de vorm van *statutes* en dus door middel van codificatie, dan wel via de beproefde methode van de rechtspraak wordt niet duidelijk. Zijn keuze voor de geleidelijke aanpak doet wel vermoeden, dat hij voor die laatste optie koos.

De vierde Engelse auteur, John Doddridge (1555-1628), voorganger van Bacon in de positie van *solicitor-general* en vanaf 1612 rechter in de *King’s Bench*, wees als eerste op de staatsrechtelijke belemmeringen bij het uitbreiden van de unie. Doddridge was evenals de vorige schrijvers overtuigd van het belang van de unie voor vrede en welvaart. Het was dan wel noodzakelijk, zo betoogde hij, dat de unie nader zou worden ingevuld, omdat het niet mogelijk was om de beide naties in een louter personele bij elkaar te houden.<sup>171</sup> Hij erkende verder, dat die nadere invulling zou kunnen bestaan uit een ‘unyon of lawe and justice’, die ertoe zou leiden dat ‘bothe nacions are governed by the selfsame lawes.’<sup>172</sup> Dit is wat bij verovering meestal gebeurde: het recht van de veroveraar werd dan ingevoerd in het veroverde gebied. Maar *in casu* was er geen sprake van verovering, hetgeen betekende dat er staatsrechtelijke obstakels bestonden voor een dergelijke invulling van de unie. De rechtseenheid moest in de onderhavige situatie derhalve op basis van vrijwilligheid tot stand komen en dat zou op korte termijn niet lukken, omdat geen enkele natie ‘willingelie dothe alter their lawes, to the which they have bene (...) borne and brought upp.’<sup>173</sup>

<sup>167</sup> Hayward, *A Treatise*, 14.

<sup>168</sup> Hayward, *A Treatise*, 14.

<sup>169</sup> Hayward, *A Treatise*, 14.

<sup>170</sup> Hayward, *A Treatise*, 15.

<sup>171</sup> J. Doddridge, ‘A breif consideracion of the unyon’ in: Galloway/Levack, *The Jacobean Union*, 143-160 (143-145).

<sup>172</sup> Doddridge, ‘A breif consideracion’, 148.

<sup>173</sup> Doddridge, ‘A breif consideracion’, 148. Hij wees erop, dat de Nederlandse gehechtheid aan de eigen wetten en privileges zelfs had geleid tot een opstand tegen Spanje.



Hiermee was volgens hem tevens een substantieel nadeel van iedere vorm van een unie gegeven. Iedere unie zou namelijk uiteindelijk altijd tot een totale wijziging van het recht van in ieder geval één van de deelnemende naties leiden.<sup>174</sup> Het wijzigen van wetten, nu, bracht altijd gevaren mee voor de staat. Hij benadrukte daarom, dat wijzigingen in het recht zeldzaam moesten blijven en altijd verbeteringen moesten inhouden. Dit betekende natuurlijk wel dat rechtseenheid in Groot-Brittannië in zijn visie eerst na verloop van een lange tijd kon ontstaan. Een onmiddellijke codificatie van het recht was daarmee uitgesloten.

De laatste schrijver, de historicus Henry Savile (1549-1622), stond van de Engelse auteurs het meest sceptisch tegenover rechtseenheid. Hij ontleende aan Vergilius wel het ideaal van een ‘community of laws and customes’,<sup>175</sup> maar meende tevens dat een dergelijke ‘perfect union’ zelden wordt aangetroffen. In de meeste unies, zowel in het verleden als in het heden, ontbrak rechtseenheid, zo betoogde hij onder verwijzing naar het Romeinse rijk en naar Engeland zelf.<sup>176</sup> Het is interessant dat Savile op deze plaats nog inging op het door sommigen voor uniformering aangevoerde argument, dat ook Frankrijk en Spanje rechtseenheid zouden kennen.<sup>177</sup> Savile gaf wel toe dat in deze landen de gelijke *civil law* werd toegepast, maar hij benadrukte dat dit Romeinse recht slechts subsidiair gold. ‘The generall grounds and maximes of the civil law’ werden vooral gebruikt om het primair geldende en *overal verschillende* gewoonterecht uit te leggen, zoals in Engeland ook *maxims* worden gebruikt voor de uitleg van de *common law*. In de verschillende continentale staten was derhalve, aldus Savile, sprake van een grote rechtsverscheidenheid. Het was in zijn ogen dan ook weinig zinvol om rechtseenheid en de daarbij behorende parlementaire eenheid te overwegen voor een unie als die tussen Engeland en Schotland, twee landen ‘whose laws are (...) in all things different, ours municipall and theirs civil.’<sup>178</sup> Er bleef daarom niets anders over dan het recht in de beide landen ongewijzigd te laten, hoezeer Savile dat ook zei te betreuren vanuit praktisch-juridisch oogpunt. Hij beriep zich namelijk niet, zoals Spelman, op de superioriteit van de Engelse *common law*, integendeel. De *common law* bracht, zo zei hij, een ‘infinity of inconveniences’ met zich mee voor onder meer de advocaten.<sup>179</sup>

---

<sup>174</sup> Doddridge, ‘A breif consideracion’, 146.

<sup>175</sup> H. Savile, ‘Historicall collections’ in: Galloway/Levack, *The Jacobean Union*, 185-239, in het bijzonder 198-199.

<sup>176</sup> Savile, ‘Historicall collections’, 218. Met een beroep op Livius betoogde hij, dat de Romeinen na een verovering zelden hun recht oplegden aan de overwonnen natie. Meestal werd een verdrag gesloten, waarin het gebruik van het eigen recht werd gegarandeerd. Verder wees Savile erop dat Essex en Kent verschilden qua erfrecht.

<sup>177</sup> Savile, ‘Historicall collections’, 234-235.

<sup>178</sup> Savile, ‘Historicall collections’, 234.

<sup>179</sup> Savile, ‘Historicall collections’, 234.

b) Tractaten van Schotse zijde

De drie Schotse auteurs verklaarden zich allen voorstander van de unie, maar over de kwestie van de rechtseenheid waren ze verdeeld. De eerste auteur, de belangrijke geestelijke Robert Pont (? (tussen 1524 en 1530)-1606), stelde zich enigszins neutraal op. Hij liet één van de deelnemers aan de door hem gefingeerde dialoog wel zeggen dat het ware geluk van Groot-Brittannië gelegen was in 'peace under one king, one law, one religion and fayth.'<sup>180</sup> Hij zag bovendien weinig bezwaren tegen uniformering van het recht. Het Engelse en het Schotse recht leken immers al sterk op elkaar, zodat er geen angst hoefde te bestaan voor ingrijpende wijzigingen in de bestaande toestand.<sup>181</sup> Tenslotte wees hij erop dat eventuele wijzigingen door het Schotse en Engelse Parlement dienden te worden bepaald. Hij werkte zijn voorstel echter niet uit en verderop bleek ook dat deze uniformering voor hem absoluut geen halszaak was. Hij merkte op, verwijzend naar de situatie in het Romeinse rijk:

'Or the ancient customes may be retayned, regard being had of the place and other circumstances, without any generall alteration in the commonwealth: for many nations under the Romaine Empire, using different lawes and customes, persevered in peace and obedience.'<sup>182</sup>

Ook bij eerdere gelegenheden, onder de regering van Henry VII (1457-1485-1509), toen er eveneens geprobeerd werd een personele unie tot stand te brengen, werd de Schotten bezworen dat het niet de bedoeling was, het Schotse recht af te schaffen, 'for both England and Fraunce and the provinces of Caesar are severally governed by divers lawes.'<sup>183</sup>

Een tweede, anoniem gebleven, schrijver pleitte met meer enthousiasme voor een zo volledig mogelijke incorporatie van de beide naties in een nieuwe staat. Er diende gestreefd te worden naar 'uniformitie or equal communication of one name, language, laws, relligion and habilites of two sortes of estate, and naturalization in one common societie.'<sup>184</sup> Maar hij had er weer weinig vertrouwen in, dat in de bestaande situatie een dergelijke incorporatie wat betreft het recht op korte termijn plaats kon hebben. Daarvoor waren de twee naties te machtig en hadden ze een te grote bevolking.<sup>185</sup> Geen van de beide staten zou daarom bereid zijn 'to suffer a great and hastie alteration of their different laws

<sup>180</sup> R. Pont, 'Of the union of Britayne' in: Galloway/Levack, *The Jacobean Union*, 1-38 (citaat 16). In één van de bij de dialoog gevoegde gedichten werd deze gedachte nog eens herhaald: 'advehet unitas, Deus unus, Rex erit unus Relligio, lex una, fides una, unaque lingua.' Pont, 'Of the union', 37. Vgl. ook Pont, 'Of the union', 35.

<sup>181</sup> Pont, 'Of the union', 24.

<sup>182</sup> Pont, 'Of the union', 24.

<sup>183</sup> Pont, 'Of the union', 31.

<sup>184</sup> N.N., 'A treatise about the union of England and Scotland' in: Galloway/Levack, *The Jacobean Union*, 39-74 (citaat 58).

<sup>185</sup> N.N., 'A treatise', 58.

and customs, or any derogation or diminution of their severall privileges of estate without danger of sedition and discontentment of the whole body of the estate, interested by such innovations.’<sup>186</sup> Ook deze anonymus moest wel toegeven, dat niets zo gevaarlijk was voor de stabiliteit in een staat als de vernieuwing van het bestaande rechtsstelsel.<sup>187</sup> Schotland en Engeland zouden daarom hun eigen Parlementen, wetten gewoonten en rechterlijke organisatie voorlopig wel behouden.<sup>188</sup> Dit hoefde de voortgang op de weg der incorporatie evenwel niet tegen te houden. Men kon immers de verschillen in taal en zeden laten slijten door een staatsburgerschap in te voeren. Het daaruit voortvloeiende verkeer over en weer, in de vorm van handel en huwelijken zou namelijk vanzelf wederzijdse waardering tot gevolg hebben.

De derde Schotse auteur tenslotte, de advocaat John Russell (ca. 1570-1613), verklaarde zich ronduit tegen iedere verandering in het recht. Bij de totstandkoming van de unie, zo benadrukte hij, zou er geen enkele verandering mogen worden gebracht op het terrein van ‘publict estait, religioun or policie, lauis, judicator, priveledgis, liberteis and immunitis.’<sup>189</sup> Dit was vooral ingegeven door zijn angst voor een feitelijke onderwerping van Schotland aan Engeland, een vrees die, zoals al uit de tractaten van Thornborough en Spelman is gebleken, niet geheel ongegrond was. Een dergelijke situatie zou funest zijn voor de unie, omdat zij slechts tot onvrede en opstand zou leiden.

#### 4.5 Codificatievoorstellen van James VI/I in het Engelse Parlement

##### a) De behandeling van het concept-unieverdrag in 1607

De finale besluitvorming omtrent een nadere invulling van de personele unie kreeg in maart/april 1607 haar beslag. De commissie was ondanks het geringe animo voor de radicale plannen van James toch met een concepttekst voor een verdrag gekomen, waarin kwesties als de wederzijdse handel, het staatsburgerschap over en weer, alsmede de rechtspleging in de grensgebieden werden geregeld.<sup>190</sup> Het belangrijkste onderdeel van het wetsvoorstel was de naturalisatie over en weer van Schotten en Engelsen. Onmiddellijke invoering van rechtseenheid behoorde al niet meer tot de mogelijkheden. Het Schotse Parlement had immers het concept-unieverdrag, ook het *Instrument of the Union* genaamd, voorzien van een clause, waarin de Schotse wetten en instituties onaantastbaar waren

<sup>186</sup> N.N., ‘A treatise’, 59.

<sup>187</sup> N.N., ‘A treatise’, 59.

<sup>188</sup> N.N., ‘A treatise’, 60.

<sup>189</sup> J. Russell, ‘A treatise of the happie and blissed union’ in: Galloway/Levack, *The Jacobean Union*, 75-141 (citaat 136). Vgl. ook Russell, ‘A treatise of the happie and blissed union’, 125, 126 en 128: ‘Bot giff this unioun may proceid and be effectuat to the great gude of baith the nationes, uithout alteratioun of ather of thair estaites in religioun, justice and policie (quhilk I doubt not is meanit be his Heines (...), than the pretendit fear of that alledgit alteratioun (...) sould not be adducit (...) to stay this unioun.’

<sup>190</sup> Levack, *The formation*, 8.

verklaard. Het Engelse Parlement voelde weinig voor deze oplossing. Naturalisatie zou de Schotten wel de Engelse voorrechten op het gebied van handel verschaffen, alsmede aan hen de mogelijkheid geven zich vrij in Engeland te vestigen. Maar het voorbehoud van de Schotten zou voorkomen, dat Schotland in de Engelse staat geïncorporeerd zou worden. Engeland zou nauwelijks greep op de Schotse staat krijgen. Het Engelse Parlement wilde daarom een volledige unie of slechts een personele unie, maar geen tussenvorm.

De vorst koos tijdens de behandeling van het wetsvoorstel voor de enig mogelijke verdediging: hij maakte in een rede in de *House of Commons* duidelijk dat naturalisatie slechts een eerste stap was, die het Parlement zonder risico kon zetten. In zijn ogen moest de uiteindelijke unie tussen Engeland en Schotland namelijk zo zijn, ‘as if you had got it by conquest, but such a conquest as may be cemented by love, the only sure bond of subjection or friendship.’ Ook hij wenste derhalve, net als het Parlement, een ‘perfect union of Lawes and persons.’ In beide landen heerste nu dezelfde vorst en dit moest noodzakelijkerwijs leiden tot een Parlement en een uniforme wet voor de beide landen. Hij betoogde, dat:

‘as there is over both but *unus rex*, so there may be in both *unus Grex* and *una Lex*: for no more possible is it for one King to governe two Countreys *contiguous* (...), then for one head to governe two bodies.’<sup>191</sup>

Tevens ging hij nader in op de wijze waarop de uniformering van het recht gestalte diende te krijgen. Het gebruik door de vorst van de term ‘conquest’, verovering, doet al vermoeden dat hij het Engelse recht eenvoudigweg in Schotland ingevoerd wilde zien.<sup>192</sup> Na een verovering stond het de veroveraar immers vrij om zijn instituties en zijn recht aan de veroverde bevolking op te leggen. Dit vermoeden wordt door twee andere uitlatingen in dezelfde rede bevestigd.

De eerste aanwijzing ligt besloten in een uiteenzetting van James VI/I over de Engelse *common law*, die op het eerste gezicht slechts een voorstel tot codificatie van het Engelse recht behelsde. Hij begon de uiteenzetting met de vaststelling, dat deze *common law* het beste was van alle rechtsstelsels, waar ook ter wereld en bovendien het meest geschikt voor het Engelse volk. Toch kende het Engelse recht wel enige gebreken: ‘the obscuritie in some points of this our written Law, (...) breeding every day new questions, hath enforced the Iudges to iudge in many Cases here, by Cases and presidents’, hetgeen tot veel onzekerheid leidde.<sup>193</sup> Een dergelijke onzekerheid verschafte de rechters veel te veel vrijheid: ‘leave not the Law to the pleasure of the Iudge, but let your Lawes be looked

<sup>191</sup> James I, ‘A speach to both Houses of Parliament’ (31 maart 1607) in: James I, *Political Works of James I I* (Cambridge Mass. 1918, herdruk van editie uit 1616; C.H. McIlwain (ed.)), 290-305 (citaat 292).

<sup>192</sup> Levack, *The formation*, 28.

<sup>193</sup> James I, ‘A speach to both Houses’, 292-293.

into.’<sup>194</sup> Hij sprak daarom de wens uit, dat het Parlement het recht zou opschonen, bekrachtigen en het daarna bekend zou maken aan alle onderdanen.

Het lijkt alsof James met zijn codificatievoorstel de belangen van de justitiabelen op het oog had, en dat zijn plannen derhalve praktisch-juridisch georiënteerd waren. Niets is minder waar. Het codificatievoorstel werd gedaan in het kader van de behandeling van het unieverdrag en diende een praktisch-politiek doel, namelijk het vergemakkelijken van de door hem zo vurig nagestreefde rechtseenheid met Schotland. Nu, zo voegde hij het Parlement toe,

‘you have faire occasion of amending and polishing your Lawes, when Scotland is to bee united with you under them: for who can blame Scotland to say, If you will take away our owne Lawes, I pray you give us better and cleerer in place thereof.’<sup>195</sup>

Een tweede aanwijzing ligt besloten in zijn mededeling, dat de beoogde rechtseenheid niet volledig hoefde te zijn. Ook in Engeland, zo merkte hij op, hadden de meeste provincies wel ‘some particular customes that are as it were naturally fit for that people’ en dat deed volstrekt geen afbreuk aan de gelding in Engeland van de *common law*. Hij bezwoor het Parlement daarom: ‘You must not take from Scotland those particular Priviledges that may stand as well with this Union.’<sup>196</sup> Maar daarmee verried hij wel zijn intenties: de overige Schotse rechten zouden wel afgeschaft en door Engelse vervangen worden.

Uit een rede die hij bijna tien jaar later uitsprak, bleek dat deze indruk inderdaad juist is. Hij poogde toen het wantrouwen van het Parlement jegens hem, een Schotse vorst, weg te nemen met de woorden: ‘my desire was to conforme the Lawes of *Scotland* to the Law of *England*, and not the Law of *England* to the Lawes of *Scotland*.’<sup>197</sup>

#### b) Latere voorstellen tot codificatie

James VI/I slaagde er niet in om het Parlement te overtuigen: het verwierp het *Instrument* dan ook uiteindelijk.<sup>198</sup> Ook de door hem voorgestelde hervorming van het Engelse recht kwam niet van de grond. Omdat dit voorstel, zoals we zagen, nauw verbonden was met het streven naar een ‘union of laws’ met Schotland, wekt het weinig verbazing, dat de vorst in de loop van zijn regeerperiode nog enkele pogingen tot codificatie deed, te weten in 1609 en in 1616. Deze latere plannen bieden de gelegenheid om de ideeën van James VI/I inzake codificatie nader te preciseren. Ik zal met name aandacht besteden aan de vraag of er wel van voorstellen *tot codificatie* kan worden gesproken.

<sup>194</sup> James I, ‘A speach to both Houses’, 293.

<sup>195</sup> James I, ‘A speach to both Houses’, 293.

<sup>196</sup> James I, ‘A speach to both Houses’, 292.

<sup>197</sup> James I, ‘A speach in de Starre-Chamber’ (20 juni 1616) in: James I, *Political Works of James I I*, 326-345 (citaat 329).

<sup>198</sup> Levack, *The formation*, 8 en 28-30.

James wees op een drietal problemen van het Engelse recht. Ten eerste was het geschreven in ‘an old, mixt, and corrupt Language. Onely understood by Lawyers.’<sup>199</sup> Dit was een onwenselijke toestand, want ‘every Subiect ought to understand the law under which he lives.’ Daarbij dacht hij niet zozeer aan het belang van de justitiabele, maar aan het belang van de overheid. Als het recht duidelijk was voor de burgers, zouden ze onwetendheid niet meer als excuus kunnen aanvoeren voor overtreding ervan. Het taalprobleem kon eenvoudig worden opgelost door het recht in het Engels op te schrijven.

Daarnaast benadrukte hij, net als in 1607, het onzekere karakter van de *common law*. De *common law* had, zo omschreef hij het tweede probleem, niet in alle gevallen een >setled Text=: het recht was immers voor een belangrijk deel neergelegd in oude costumen of in rechterlijke uitspraken, waaraan de rechters zich bovendien niet altijd gebonden achtten. Hij zette deze situatie af tegen die van andere landen, met name van Denemarken:

‘In Countreys where the formalitie of Law hath no place, as in Denmarke (...), all their State is governed onely by a written law; there is no Advocate or Proctour admitted to plead, onely the parties themselves plead their own cause (...), for the very Law-booke it selfe is their onely Iudge. Happy were all Kingdomes if they could be so: But heere curious wits, various conceits, different actions, and varietie of examples breed questions in law.’<sup>200</sup>

Maar de onzekerheid vloeide ook voort uit een derde probleem. De rechterlijke uitspraken waren namelijk vaak tegenstrijdig, net als overigens de parlementaire wetgeving, de *statutes*.

De vorst stelde voorop dat hij de geschetste problemen niet wilde oplossen door de *common law* te vervangen door de *civil law*, het Romeinse recht. Het Parlement vreesde kennelijk dat James vanwege zijn Schotse afkomst wel wat zag in het voorstel van Pole om het Engelse recht op basis van de *civil law* te codificeren. De koning gaf toe, dat hij bewondering voor de *civil law* had en dat hij de huidige positie ervan in Engeland gehandhaafd wilde zien. Maar het zou onzinnig zijn de *civil law* geheel van toepassing te verklaren. Ieder volk en iedere periode hadden immers behoefte aan een eigen recht, passend bij de dan en daar geldende zeden. Noch Schotland, noch Frankrijk, noch Spanje werden louter beheerst door het Romeinse recht: ‘every one of them hath their owne municipall Lawes agreeable to their Customes, as this Kingdome hath the Common Law.’<sup>201</sup>

James stelde voor om de onzekerheid weg te nemen door de rechterlijke uitspraken, waarin een belangrijk deel van de *common law* was opgenomen te herzien en vervolgens de vrijheid van de rechters ten opzichte van die uitspraken te beperken. Het was immers niet de taak van de rechters om recht te maken, zij moesten het slechts interpreteren. Hun

<sup>199</sup> James I, ‘A speach to the Lords and Commons of the Parliament’ (21 maart 1609) in: James I, *Political Works of James I I*, 306-325 (citaat 311).

<sup>200</sup> James I, ‘A speach in the Starre-Chamber’, 332. Vgl. ook James I, ‘A speach to the Lords and Commons’, 312.

<sup>201</sup> James I, ‘A speach to the Lords and Commons’, 311.

functie was ‘ius dicere= en niet >ius dare’. De rechtsvorming lag volgens hem in handen van de vorst, waarbij hij wel een belangrijke rol aan het Parlement toekende.<sup>202</sup> Deze rol voor het Parlement is opvallend. De verhouding tussen vorst en Parlement was aan het begin van de zeventiende eeuw blijkbaar nog niet zo dualistisch als zij later zou worden: men sprak nog over ‘King *in* Parliament.’<sup>203</sup> Het Parlement zou de rechterlijke uitspraken die de toets hadden doorstaan, moeten bekrachtigen en zo de status van wet geven. Rechters zouden niet meer af mogen wijken van het aldus geautoriseerde corpus van recht. James stelde voor:

‘that (...) the exposition of the Law were set downe by Acte of Parliament, and such reports therein confirmed, as were thought fit to serve for Law in all times hereafter, and so the people should not depend upon the bare opinions of Iudges, and uncertaine Reports.’<sup>204</sup>

Deze beperking van de vrijheid van de rechter zou soms nadelig kunnen uitpakken voor de rechtszoekende omdat het de rechter niet meer vrijstond om eventuele onrechtvaardigheden te corrigeren. Maar, zo merkte hij op,

‘it were less hurt, that all the approved cases were set down and allowed by parliament for standing lawes in all time to come; for although some of them, paradventure, may be uniuist, as set downe by corrupt iudges; yet better it is to have a certaine law with some spots in it, nor live under such an uncertaine and arbitrarie law.’<sup>205</sup>

De herziening kon bovendien niet beperkt blijven tot de *common law*. Ook de *statutes* moesten aan een grondig onderzoek worden onderworpen: ‘both those statutes and reports, as well in the parliament as common law, to be once maturely reviewed and reconciled.’<sup>206</sup>

Het karakter van de *common law*, dat formeel gesproken ongeschreven recht was, zou daarmee veranderen. Het zou geschreven recht worden. Een vergelijking met de optekening van de costumen, zoals die op het continent, en dan met name in Frankrijk had voltrokken, ligt in het gerede. De verschillen overheersen evenwel. Het Franse costumiere recht verloor door de optekening niet haar formele karakter van ongeschreven recht. Geschreven costumen konden door een nieuw gebruik worden gewijzigd. Na omzetting van de *common law* in *statutory law* zou die mogelijkheid in Engeland niet meer bestaan. Het door het Parlement bekrachtigde recht zou exclusieve status krijgen, hetgeen betekent

<sup>202</sup> James I, ‘A speach to the Lords and Commons’, 311: hij wilde drie dingen in de *common law* verbeterd zien ‘but alwayes by the advise of Parliament.’

<sup>203</sup> Shapiro, ‘Sir Francis Bacon’, 332.

<sup>204</sup> James I, ‘A speach to the Lords and Commons’, 312.

<sup>205</sup> James I, ‘A speach to both the Houses’, 293. Vgl. ook James I, ‘A speach to the Lords and Commons’, 312: ‘it were good that upon a mature deliberation the exposition of the law were set downe by Acte of Parliament, and such reports [van de rechterlijke uitspraken] therein confirmed as were fit to serve for law in all times hereafter, and so the people should not depend upon the bare opinions of iudges, and uncertaine reports.’

<sup>206</sup> Lang, *Codification*, 29.

dat James VI/I voor codificatie pleitte. Ondanks het feit dat de centrale organen, vorst en Parlement, wel de bevoegdheid hadden om een dergelijke codificatie ook daadwerkelijk op te stellen, is er ook van dit codificatievoorstel niets terecht gekomen.

Met de dood van James VI/I in 1625 verdween een man van het toneel die een bovengemiddelde interesse voor het belang van het recht voor de staat had gehad. Zijn opvolger, Charles I, ontbeerde een dergelijke belangstelling en het duurde dan ook tot laat in de jaren '40 van de zeventiende eeuw, voordat codificatie van het recht weer in de schijnwerpers kwam te staan, zij het onder een heel ander, want revolutionair gesternte. Maar daarmee begint een volgend hoofdstuk uit de Engelse codificatiegeschiedenis.

## 5 *Conclusie*

### 5.1 Codificatie en de rechtswetenschap

Volgens de in de inleiding behandelde auteurs, met name Thieme en Wieacker, waren de continentale codificaties het gevolg van het natuurrechtelijke, op systematisering en modernisering gerichte gedachtegoed. Omdat dit gedachtegoed in Engeland geen voet aan de grond heeft gekregen, bleef, zo meenden zij vervolgens, een codificatie daar uit. Uit het summiere onderzoek naar de Engelse codificatiegeschiedenis wordt duidelijk, dat via het humanisme dergelijke natuurrechtelijke opvattingen een belangrijke invloed op de Engelse rechtswetenschap hebben uitgeoefend. We hebben gezien, dat Bacon zich wel degelijk bezighield met een meer gesystematiseerde studie van het recht. Hij stelde onder meer voor om leerboeken op te stellen, waarin het Engelse recht geordend zou worden gepresenteerd. Dergelijke studies bleven ook niet uit, zoals de werkzaamheden van Cowell aantonen. De Engelse rechtswetenschappers werden evenwel in het kader van de rechtspleging, anders dan hun continentale collega's, niet geconfronteerd met een diversiteit van onvolkomen lokale rechtsstelsels, die aanvulling behoefden. Dit gold niet alleen voor de periode tussen 1530 en 1603, maar tevens voor het tijdvak na 1603. De Engelse en Schotse rechtspleging bleven ook na 1603 immers volledig gescheiden, terwijl met name het Engelse recht toen al goed ontwikkeld was. Er bestond in Engeland daarom geen praktische noodzaak tot een meer abstracte, de verschillende lokale rechtsstelsels overschrijdende beschrijving van het recht. Vanwege het ontbreken van die praktische noodzaak verliep de discussie over de wenselijkheid van een modern, meer gesystematiseerd recht in Engeland ook anders. Zij kon namelijk beperkt blijven tot de vraag of met die systematisering ook een beter recht bewerkstelligd zou worden. Daardoor konden andere, minstens zo moderne wetenschappelijke stromingen, zoals het empirisme, met meer kracht worden aangevoerd tegen een ver doorgevoerde systematisering van het recht. Het aantal op een meer abstracte ordening gerichte rechtswetenschappelijke werken bleef hierdoor beperkt. Bovendien verwierven die werken niet de status van hun continentale tegenhangers.



Een dergelijke scepsis ten opzichte van abstracte rechtsregels weerhield Bacon er niet van een codificatie van het recht te overwegen. Hij speelde, net als Pole, met de gedachte om een codificatie naar het voorbeeld van Justinianus op te stellen. Op die wijze kon de hoeveelheid juridisch materiaal met autoriteit worden beperkt. Toch verwierp hij uiteindelijk de uiterste consequentie van die gedachte, namelijk de keuze voor exclusiviteit van het te creëren wetboek. Dit was het gevolg van het feit dat hij slechts praktisch-juridische doeleinden nastreefde. Hij wilde alleen maar ‘codificeren’ om zo voor de justitiabelen een beter recht in het leven te roepen. Vanuit die optiek is het besluit om rigoureus alle niet door de overheid geautoriseerde rechtsbronnen af te schaffen moeilijk te verdedigen. Waarom immers zouden rechters niet langer een beroep mogen doen op dergelijke rechtsbronnen, indien dat tot een rechtvaardiger oplossing zou leiden? Binnen deze constellatie kon zelfs het natuurrecht goede diensten als argument tegen codificatie bewijzen. Het natuurrechtelijke gedachtegoed was namelijk aanzienlijk minder monolithisch, dan de in de inleiding behandelde auteurs wel doen vermoeden. Voor zover het natuurrecht werd opgevat als een hoger, niet gepositieerd recht kon daaraan juist een argument tegen exclusiviteit worden ontleend, zoals de opvattingen van John Davies ook laten zien. Een codificatie zou, in die visie, het recht afsnijden van haar uiteindelijk bron, met desastreuze gevolgen voor de billijkheid ervan.

## 5.2 Codificatie en de *raison d'état*

De rechtsverscheidenheid binnen het in 1603 nieuw ontstane Groot-Brittannië leidde aldus om de hiervoor uiteengezette redenen niet tot een andere rechtswetenschappelijke benadering. De opvatting van Thieme *cum suis* dat het natuurrecht de meester is van de codificatie ontnam hen echter niet alleen het zicht op het belang van rechtsverscheidenheid voor de ontwikkeling van de rechtswetenschap. Zij miskenden ook het belang van de staat bij de opheffing van de rechtsverscheidenheid door middel van een codificatie. Ten onrechte. Uit de activiteiten van James VI/I komt immers naar voren, dat de rechtsverscheidenheid binnen de nieuwe personele unie onmiddellijk een krachtige praktisch-politieke impuls tot codificatie meebracht. De *raison d'état* vereiste in zijn visie het vergroten van de coherentie en de saamhorigheid binnen de nieuwe staatkundige constellatie en een uniforme codificatie van het recht was daarbij een niet te versmaden instrument. Toch was dit streven van James VI/I niet succesvol en de bovenstaande korte uitsnede uit de codificatiegeschiedenis van Groot-Brittannië maakt het mogelijk de redenen hiervoor aan te geven.

De meeste auteurs, met uitzondering van Craig, Russell en Savile, wezen op de voordelen van rechtseenheid voor de unie. Maar desondanks bestond bij de meesten van hen, een uitzondering vormt Thornborough, toch een zekere ambivalentie ten aanzien van de praktisch-politieke noodzakelijkheid van rechtseenheid voor het nieuw gevormde staatkundige verband. Hierbij moet bedacht worden, dat in de vroege zeventiende eeuw rechtseenheid binnen een staat verre van vanzelfsprekend was. Engeland kende weliswaar

een uniforme *common law*, maar dat was niet het gevolg van een bewuste politiek. De uniformiteit vloeide eenvoudigweg voort uit een gecentraliseerde rechtspraak. Bovendien was rechtseenheid binnen een staat in Europees perspectief uitzonderlijk, een gegeven waarop door verschillende schrijvers, waaronder Bacon, Craig en Savile, werd gewezen. In deze periode werd religieuze eenheid binnen een staat minstens zo belangrijk geacht, zoals ook blijkt uit opmerkingen van Craig en Thornborough.

De tweede reden hangt eveneens samen met de vroegtijdigheid van de codificatiepoging van James VI/I. Hij wilde onmiddellijk rechtseenheid bewerkstelligen in een nog maar kort bestaande personele unie, waarin geen sprake was van ook maar enig saamhorigheidsgevoel. Integendeel, het wantrouwen en de animositeit tussen de Engelsen en de Schotten was om verklaarbare redenen bijzonder groot. Het nieuwe Groot-Brittannië bevond zich wat dit betreft in een volstrekt andere positie dan Frankrijk rond 1800. Terecht verwierpen diverse auteurs dit overhaaste streven naar rechtseenheid dan ook op basis van praktisch-politieke argumenten. Het zou, zo betoogden niet alleen Bacon en Craig, maar ook Hayward Russell en Doddrige, veel verzet tot gevolg hebben en aldus de unie veeleer in gevaar brengen.

Er is nog een reden waarom de voorstanders van rechtseenheid zich zelden uitspraken voor het codificatievoorstel van James VI/I. Er stond hen, zo leek het althans, een andere oplossing ter beschikking, die evenzeer aan het staatsbelang tegemoet kwam. De Engelse ervaring leerde, dat door een geleidelijke beïnvloeding via de rechtspraak op een veel subtielere wijze rechtseenheid kon worden bewerkstelligd. Deze methode was succesvol gebleken tijdens de vormende periode van de *common law*, de twaalfde eeuw, en had haar waarde opnieuw bewezen na de incorporatie van Wales in de Engelse staat. Met name vanuit Engels perspectief was deze optie zeer aantrekkelijk, omdat op die wijze de eigen *common law* kon worden gesauveerd. De Engelsen beschouwden Engeland namelijk - niet geheel ten onrechte - als de belangrijkste deelnemer aan de nieuwe unie en de bezwaren tegen het afstaan van zelfs maar een deel van de eigen rechtsregels ten behoeve van de unie waren dan ook bijzonder groot. Codificatie daarentegen zou ofwel de opoffering van een deel van het eigen recht met zich meebrengen, ofwel pijnlijk duidelijk maken dat het Schotse recht werd afgeschaft. Het verdere verloop van de geschiedenis zou overigens duidelijk maken, dat men zich vergiste in de toepasselijkheid van de geleidelijke methode op de nieuw ontstane situatie. Anders dan in de periode tot 1600 had men in de nieuwe unie niet te maken met een groot aantal lokale, weinig ontwikkelde en niet op schrift gestelde costumen, maar met slechts twee nationale, geïnstitutionaliseerde rechtsstelsels. De Engelse *common law* heeft het Schotse recht in de loop der tijd weliswaar sterk beïnvloed, maar toch kent Groot-Brittannië bijna 400 jaar na het ontstaan van de unie in 1603 nog steeds geen rechtseenheid.

P.A.J. van den Berg

Groningen