

UIT HET CURIOSITEITENKABINET VAN DE COMMON LAW:
ASHFORD V. THORNTON*

No system can ever be made so absurd or atrocious, as to appear so to the bulk of those who are born under it; much less to those who are paid for upholding it

(Jeremy Bentham, Rationale of Judicial Evidence, The Works of Jeremy Bentham, ed. Bowring, VII (Edinburgh 1843) blz. 202)

1. Voorspel

Om ongeveer zeven uur in de ochtend van de 27ste mei 1817 werd nabij Sutton Coldfield (nu een voorstad van Birmingham) in een plas water het ontzielde lichaam aangetroffen van Mary Ashford. Het onderzoek naar de doodsoorzaak, dat onmiddellijk door de "county-coroner" in gang werd gezet, wees uit dat Mary door verdrinking om het leven was gebracht en dat zij kort voordien was verkracht; op verscheidene plaatsen van haar misbruikte lichaam waren sporen van mishandeling gevonden. Wie, zo vroeg

*. 1. B. & Ald. 405 vv. Het rapporteren van rechterlijke uitspraken, een essentieel element van de Engelse juridische traditie, is altijd een onderneming geweest met een privé-karakter. De oudste "reports" zijn de zgn. "Yearbooks" die omstreeks het einde van de dertiende eeuw zijn begonnen en sindsdien ononderbroken bleven verschijnen tot 1535. Nadien werd het rapporteren overgenomen door individuele juristen en zelfs rechters; het beroemdste voorbeeld daarvan zijn "The Reports" van Coke. Deze "reports" worden aangeduid middels de, veelal afgekorte naam van de reporter(s): 1. B & Ald. 405 is derhalve het eerste deel van Barnewall & Alderson's Reports op blz. 405. In 1865 werd de Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales opgericht die de Law Reports laat verschijnen. Deze uitgave is evenwel niet officieel, noch exclusief. Naast de Law Reports bestaan bijvoorbeeld nog de zgn. All England Law Reports. De "reports" van de privé-reporters uit de tijd vóór 1865 zijn bijeengebracht in de English Reports, waarin ook Barnewall & Alderson's Reports zijn opgenomen. De zaak Ashford v. Thornton vindt men in de English Reports, vol. cvi, King's Bench Division xxxv (London 1910) blz. 149

men zich af, had haar op zo schandelijke wijze van het leven beroofd?

De vorige dag was er een dansavond georganiseerd geweest ten huize van Daniel Clark, waar ook Mary Ashford was geweest. Onder de daar verder nog aanwezigen had zich ene Abraham Thornton bevonden, die - overigens buiten gehoorsafstand van Mary Ashford - had staan opsnijden over zijn sexuele avonturen. De getuige Joseph Cooke verklaarde later hem die avond te hebben horen zeggen "in gross and obscene language (...) that he had carnal knowledge of the sister of the said M. Ashford three times, and that he would have carnal knowledge of her, the said M. Ashford, or die by it". Deze grove uitlatingen maakten Abraham Thornton tot de hoofdverdachte in het politionele onderzoek dat op de gruwelijke ontdekking nabij Sutton Coldfield volgde. Er waren inderdaad nog al wat aanwijzingen die het vermoeden rechtvaardigden dat Thornton zich aan Mary had vergrepen: men had Mary met Thornton zien dansen op het feest bij Clark; men had ze samen omstreeks het middernachtelijke uur het etablissement van Clark zien verlaten; men had ze samen 's nachts om drie uur in diep gesprek verward gezien. Om vier uur in dezelfde nacht echter had Mary ergens alléén een bezoekje afgelegd van ongeveer een kwartier en was daarna nog gezien terwijl ze, alweer alleen, in de richting van haar huis wandelde. Daar stond evenwel tegenover dat men in een pas geëgd veld nabij de plaats waar het lijk van Mary Ashford was gevonden haar voetsporen had aangetroffen, vergezeld van die van een man, van Abraham Thornton, naar men veronderstelde. Nog op dezelfde dag waarop de moord was ontdekt werd Thornton gearresteerd. Op het moment van zijn arrestatie droeg hij nog de kleren die hij de avond tevoren had gedragen; het overhemd en de broek waren met bloed besmeurd! Bij zijn inhechtenisneming verklaarde Thornton dat hij de avond tevoren vleselijke gemeenschap met Mary Ashford had gehad, maar dat dit mét haar instemming was geschied.

Thornton werd in staat van beschuldiging gesteld en berecht op verdenking van moord voor de Assizen van de County of Warwick. Hij werd vrijgesproken. Er waren namelijk nogal wat betrouwbare getuigen die hem later in de nacht en de vroege ochtend van 27 mei gezien en zelfs gesproken hadden op plaatsen die zo ver

verwijderd waren van die waar Mary's lichaam was gevonden dat het niet bijzonder aannemelijk, ja zelfs onmogelijk was dat hij zich daarna nog daarheen had kunnen spoeden teneinde Mary Ashford te verkrachten én te vermoorden. Dit zal ook de reden zijn geweest waarom hij in een vervolgens nog tegen hem aangespannen proces wegens verkrachting eveneens werd vrijgesproken. Juridisch interessant echter werden de lotgevallen van Abraham Thornton pas ná deze laatste vrijspraak. De familie van Mary Ashford namelijk en met name haar broer en erfgenaam William Ashford bleef van de schuld van Thornton overtuigd en zij zón op middelen om hem alsnog te laten hangen. Aangezien een vrijspraak door een jury een verdachte voor eens en altijd ontslaat van rechtsvervolging voor de hem door de overheid ten laste gelegde feiten, werd naar een ander middel gegrepen: William Ashford diende tegen Abraham Thornton een "appeal for murder" in, die op 16 november 1817 door de Court of the King's Bench in behandeling werd genomen.

2. Appeal for felony

De "appeal for murder" voert ons terug naar de wortels van de common law, naar een tijd waarin het onderscheid tussen straffen privaatrecht nog niet of nauwelijks werd gemaakt, naar een tijd waarin het overheidsgezag nog maar juist was begonnen zijn greep op de rechtspraak te vestigen. De "appeals" namelijk vormen een in de rechtsgeschiedenis van vele culturen voorkomende overgangsfase tussen het stelsel van de zgn. "weergelden" en de ons bekende strafvervolging van overheidswege, al of niet gevoegd met een civiele procedure tot verkrijging van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad.

De "weergelden" waren per misdrijf gefixeerde bedragen die door de delinquent moesten worden uitgekeerd aan de door zijn onrechtmatige daad gelaedeerde persoon, of zijn nabestaanden. Zij waren afkoopsommen van de "talio", de weerwraak, en werden daarom ook aangeduid door het Latijnse begrip "compositio", dat betekent "schikking". Men trof dit stelsel van boetes

(Ang.Saks.: "bot"), dat van Germaanse oorsprong is¹, in de middeleeuwen overal in Europa aan. Het behoorde tot het oude, Germaanse "gemene recht" dat overal op het continent is verdwenen na de receptie van het Romeinse recht²: van Dokkum tot Benevento, van Wessex tot in de duistere wouden van het Saksenrijk gold een in wezen uniform recht, zij het dan dat de tarieven voor dezelfde vergrijpen van streek tot streek verschilden. Voor wat Engeland betreft, bevatten de oudst opgetekende Angelsaksische koningswetten niet veel meer dan een gortdroge opsomming van delicten met bijbehorende afkoopsom³. Het hier geschetste stelsel verschilt, om samen te vatten, in tweeërlei opzicht van onze moderne strafvervolgning: in de eerste plaats ging het initiatief tot de procedure waarmede de "bot" werd opgeëist niet van de overheid uit, maar van de benadeelde partij zelf en in de tweede plaats was de boete niet verschuldigd aan de overheid, maar aan de gelaedeerde⁴. De opvordering dezer boetes geschiedde, zo verdient nog te worden opgemerkt, in Engeland niet in de koninklijke rechtbank, de "curia regis", waaruit de later beroemd geworden centrale rechtbanken als de Court of Common Pleas, de Exchequer en de King's Bench zijn voortgekomen, maar in de oude locale rechtbanken, de angelsaksische "county courts" en "hundreds", die de verovering van 1066 zelfs overleefden.

De gedachte dat door misdrijven tegen een persoon of zijn eigendommen een groter kwaad is geschied dan alleen aan de benadeelde partij, won daartegenover in Engeland en op het continent slechts langzaam terrein. Toch ziet men dat geleidelijk aan een aantal misdrijven terzijde werd gesteld dat niet vatbaar werd geacht voor een schikking, voor een "compositio" en dat de koning voor berechting in zijn eigen hof reserveerde: het zijn

1. Vgl. Tacitus, *Germania*, cap. 12

2. Ook het Romeinse recht kende een met dat van de Germaanse weergelden vergelijkbaar rechtsinstituut: het zijn de zgn. "poenale acties", waarbij de gelaedeerde van degene die een delict had gepleegd een per delict van tevoren vaststaand gefixeerd bedrag opvorderde.

3. Men zie Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen I* (Halle 1903).

4. De hier geschetste praktijk sloot aan bij die der kerkelijke penitentieboeken, waarin voor iedere zonde een vaste penitentie stond vermeld.

de zgn. "pleas of the crown", of - zoals zij op het continent werden genoemd⁵ - "cas royaux". Tijdens de regering van koning Hendrik II (1154-1189) behoorden hiertoe voornamelijk geschillen waarbij de eigendomsrechten van de Kroon in het geding waren, misdrijven door en wanbeleid van de koninklijke ambtenaren (zoals de "county sheriff") en - tot slot - een aantal zware misdrijven, ernstige inbreuken op "the King's peace" die daarom als "unemendable" werden beschouwd: de zogenaamde "felonies", waartoe onder meer behoorden "murder", "rape", "arson" and "treason"⁶. Nu bestond er in de hoge middeleeuwen een probleem in verband met de vervolging van deze misdrijven dat wij ons tegenwoordig - gewend als wij zijn geraakt aan een goed functionerende opsporingsdienst - nauwelijks nog kunnen voorstellen: op welke wijze kwamen deze misdrijven ter attentie van de koninklijke rechtbank? Wie nam, met andere woorden, het initiatief tot de strafvervolging?

Er bestonden in Engeland twee verschillende manieren om "felonies" als "rape" en "murder" onder de aandacht van de koning en zijn rechtbanken te brengen. De ene geschiedde - en geschiedt - op basis van een zogenaamde "indictment", dat is een officiële akte van beschuldiging, uitgebracht in naam van de koning⁷. Bij deze procedure speelt de "coroner", de bekleeder van een oeroud, tenminste sinds het einde der 12^e eeuw bekend ambt, een belangrijke rol. De functie van "coroner"⁸ wordt bekleed door een jurist, tot wiens taken - onder andere - behoort het doen van onderzoek naar doodsoorzaken. Wanneer de "coroner" tot

5. Het verdient te worden opgemerkt dat de theorie van de "King's peace" en het bestaan van bijzondere delicten die voor berechting door de Kroon in aanmerking kwamen op het continent in veel mindere mate dan in Engeland heeft bijgedragen tot een centralisering van de strafrechtspraak; vgl. Olivier Martin, *Histoire du droit français des origines à la Révolution* (Parijs 1948; réimpr. Parijs 1984) blz. 513 vv.

6. Zie hierbij Pollock & Maitland, *The History of English Law* (Cambridge 1898; reïss. Cambridge 1968) II blz. 464 vv.

7. Zie Pollock & Maitland, o.c., blz. 641 vv; Baker, *An Introduction to English Legal History* (London 1979) blz. 414 vv. en Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (London 1981) blz. 407 vv.

8. Zie over de "coroner" Baker, t.a.p. en over zijn tegenwoordige taken Walker & Walker, *The English Legal System* (London 1985) blz. 210 vv.

het inzicht komt dat er sprake is van moord, wordt er voor gezorgd dat er een verdachte wordt opgespoord. Tegenwoordig geschiedt dit door de politie, oudtijds door de lokale "constables" en in de middeleeuwen veelal door de inwoners van de county waarin het misdrijf was gepleegd⁹. Wanneer er een van het misdrijf verdachte persoon was gevonden, dan werden door de "sheriff", de vertegenwoordiger van de koning in iedere "county", 12 tot 23 eerbare burgers uit de "shire", de "county", gekozen die een zogenaamde "grand jury" vormden en die moest oordelen over de vraag of de verdachte officieel voor een koninklijke rechtbank in staat van beschuldiging moest worden gesteld. Wanneer de "grand jury", die gezien de aard van zijn werkzaamheden ook wel "jury of presentment" werd genoemd, deze zojuist genoemde vraag bevestigend had beantwoord, werd hij ontbonden en werd de verdachte officieel, in naam van de koning in staat van beschuldiging gesteld ("indictment")¹⁰. De vraag of de verdachte werkelijk schuldig was aan het hem ten laste gelegde misdrijf werd en wordt onderzocht door een zgn. "petty jury", de uit menige detective-roman en film bekende "twelve honourable men", onder toezicht en na instructie van een koninklijke rechter. Deze wijze van opening ener strafrechtelijke procedure heeft sinds de 12de eeuw bijna geheel een andere, naar alle waarschijnlijkheid oudere wijze van aanvang ener strafrechtelijke vervolging verdrongen. Naast de "trial on indictment" namelijk heeft eeuwenlang een andere procesvorm bestaan: de "appeal for felony", die er eenvoudig gezegd op neer komt dat een privé-persoon, een "accusator" en niet een "grand jury" de strafvervolging initieert. De "appeal for felony" sluit dus wat dit bijzondere punt betreft aan bij de oude "straf"-vervolgingen waarmede een privé-persoon van een andere burger het bedrag der "compositio" opeiste: in beide gevallen berustte het initiatief tot een procedure niet bij de overheid, maar bij de burger.

9. Wanneer men kennis nam van een "felony" diende "the hue and cry" (hutesium et clamor publicus) te worden aangeheven waardoor de omwonenden werden opgeroepen de achtervolging in te zetten. Liet men dit na, dan laadde men onder omstandigheden de verdenking op zich het misdrijf zelf te hebben gepleegd: zie hieronder blz. 16.

10. De "grand jury" is in Engeland in 1933 afgeschaft; in de Verenigde Staten bestaat hij nog steeds.

Inderdaad lijkt de procedure door middel van "appeals" op privé-initiatief de aangewezen methode van strafvervolging in een tijd waarin het overheidsapparaat nog zo zwak was ontwikkeld dat het zich genoodzaakt zag om allerlei zaken die wij tegenwoordig zo vanzelfsprekend beschouwen als typische taken der overheid - zoals de vervolging van misdadigers en het initiatief tot strafvervolging - over te laten aan het privé-initiatief. In de oudste verhandeling over de Engelse common law - het tractaat dat bekend is onder de naam van één der naaste medewerkers van koning Hendrik II, Ranulph de Glanvill, kortweg "Glanvill" (in of omstreeks het jaar 1188 geschreven) - wordt de procedure door middel van "appeals" als de normale beschouwd.

Glanvill (ed. Hall) XIV, 1: Apparente autem certo accusatore, ab inicio idem attachiabitur per plegios si quos habuerit quod placitum suum prosequetur. Sin autem plegios non habuerit, fidei sue religioni solet committi sicut in placitis omnibus de felonia. Solet autem in talibus fides sufficere, ne nimie districtio securitas alios a consimili terreat accusatione. Accepta autem ab accusatore securitate de placito prosequendo tunc is qui accusatur ut prediximus per plegios securos et saluos solet attachiari, aut si plegios non habuerit in carcerem detrudi. In omnibus autem placitis de felonia solet accusatus per plegios dimitti preterquam in placito de homicidio ubi ad terrorem aliter statutum est. Deinde autem dies solet partibus prefigi, qua existente essonia rite currunt legitima. (...) Admittitur autem ad huiusmodi accusationem quilibet homo liber maior. Infra etatem autem constitutus si quem appellauerit, attachiabitur is qui appellat ut supra expositum est. Rusticus quoque admittitur. Mulier autem in nullo placito de felonia ad accusationem admittitur nisi in quibusdam exceptis casibus de quibus infra dicetur.

(Vert.: Maar wanneer er een bepaalde aanklager (Eng.: "appellor") verschijnt, dan zal onmiddellijk van hem worden verlangd borgtocht te stellen - indien hij borgen heeft - dat hij zijn klacht voortzet. Indien hij echter geen borgen kan stellen, dan zal een eed van hem worden verlangd, zoals bij alle "appeals for felony". Bij deze immers pleegt een eed te volstaan, opdat de zekerheid van een al te grote boete anderen niet van een dergelijke beschuldiging afschrikt. Wanneer er van de aanklager zekerheid is verkregen omtrent het voortzetten van zijn eis, dan pleegt, zoals wij ook eerder al hebben gezegd, van degene die wordt aangeklaagd borgtocht te worden verlangd door zekere en veilige borgen, of hij wordt in de kerker geworpen wanneer hij die borgen niet heeft. In alle "appeals for felony" pleegt de beschuldigde door het stellen van een borgtocht in vrijheid te worden gesteld, behalve bij de "appeal for homicide", in welk geval, teneinde enige angst in te boezemen, iets anders is vastgesteld. Vervolgens wordt er een dag voor de partijen vastgesteld,

vanaf welke de wettelijke termijnen lopen. (...) Iedere vrije volwassene wordt tot deze aanklacht toegelaten, maar wanneer een minderjarige iemand zal hebben aangeklaagd, zal hij worden gehouden tot hetzelfde als hierboven beschreven. Ook een horige wordt toegelaten. Maar een vrouw wordt in geen enkele "appeal for felony" toegelaten, behalve in een aantal gevallen waaromtrent hieronder zal worden gesproken.)

In het bijzonder over de "plea for murder", de "appeal for homicide" handelt Glanvill XIV, 3:

Duo autem sunt genera homicidii. Vnum quod dicitur murdrum, quod nullo uidente nullo sciente clam perpetratur preter solum interfectorem et suos complices, ita quod mox non assequatur clamor popularis iuxta assisam super hoc proditam. In huiusmodi autem accusatione non admittitur aliquis nisi fuerit de consanguinitate ipsius defuncti, et tunc ita quod qui prior est stipiti remotiorem a disrationatione excludat. Est et aliud homicidium quod stat in generali uocabulo et dicitur simplex homicidium. In hoc eciam placito non admittitur aliquis accusans ad probationem nisi fuerit mortuo consanguinitate coniunctus vel homagio uel dominio, ita ut de morte loquatur sub uisus sui testimonio.

(Vert.: Er zijn twee soorten van doodslag. Een die "moord" wordt genoemd en die in het geheim wordt gepleegd zonder dat iemand het weet of ziet behalve dan de moordenaar zelf en zijn medeplichtigen, zodat daarop niet onmiddellijk de "hue and cry" volgt in overeenstemming met de hierover uitgevaardigde verordening. Tot een dergelijke aanklacht wordt niemand toegelaten behalve een bloedverwant van de overledene en wel op die wijze dat degene die hem het naast verwant is een verder verwijderde bloedverwant van de bewijsvoering uitsluit. Er is ook een ander soort doodslag die wordt aangeduid door middel van deze algemene term en eenvoudig doodslag wordt genoemd. Tot een dergelijke "appeal" wordt niemand anders tot de bewijsvoering toegelaten dan degene die door banden van bloedverwantschap, vazaliteit of eigendom met de dode was verbonden en over de dood spreekt op grond van hetgeen hij zelf heeft gezien.)

In deze passages uit Glanvill vindt men, op één zeer bijzonder aspect na, de fundamenten waarop latere generaties het recht omtrent de "appeal for murder" hebben gebouwd. In het hoogtepunt van de middeleeuwse Engelse juridische literatuur, het geschrift *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, dat in of omstreeks 1250 is geschreven door Henri Bracton, vindt men de procedure in een meer uitgewerkte beschrijving terug; wij zullen daarop aanstonds nader ingaan. Allereerst evenwel nog het volgende.

De "appeals of felony", waarvan de "appeal for homicide" er één is, hebben enige keren de aandacht van de wetgever op zich weten te vestigen. Dit geschiedde telkens om potentiële "appellors" te ontmoedigen en de andere procedure, "trial on indictment", waarbij het initiatief door de overheid werd genomen, te bevorderen. Zo bepaalde de zgn. "Second statute of Westminster"¹¹ dat, wanneer de "appellee" - dat is degene tot wie de "appeal" was gericht - mocht worden vrijgesproken, de "appellor", de "accusator", de straf van één jaar gevangenisstraf, alsmede een boete aan de Kroon werd opgelegd¹². Aan dit enigszins ontmoedigende vooruitzicht knoopte zich nog het gegeven dat de rechters van de Court of the King's Bench, de in deze zaken bevoegde instantie, de "appeals of felony", die immers geheel en al op privé-initiatief en niet op gezag van de Kroon, na een voorafgaande summiere beoordeling door een "grand jury", onder hun aandacht werden gebracht, met enige argwaan bezagen. Zij waren niet genegen in privé-vetes en, naar zij vreesden, veelal uit louter kwaadaardigheid gevoerde procedures lankmoedigheid te oefenen. Zij zagen er daarom bijzonder scherp op toe dat alle formaliteiten die bij het indienen van een "appeal of felony" in acht moesten worden genomen tot in de kleinste details werden nageleefd. Zo werd het gevaar bijzonder groot dat een "appellor" zijn zaak verloor op formele, louter technisch-procesrechtelijke gronden; een reden temeer de procedure te vermijden. Toch bood de "appeal of felony" de gelaedeerde partij, of zijn verwanten, een voordeel dat niet was verbonden aan de strafvervolgning op gezag van de kroon. De enkele dreiging met een "appeal" - die,

11. 13 Edw.I, c.12. Men placht in Engeland tot zeer voor kort wetten, "statutes", te citeren naar het regeringsjaar van de koning (13 Edw.I = 1285). Men was bovendien van mening dat alle wetten die in één zittingsjaar van het parlement waren uitgevaardigd tezamen één "Act of Parliament" vormden, zodat de afzonderlijke "statutes" werden aangeduid als "chapters", "capita", van deze ene Act (13 Edw.I, c.12 = de 12^e wet van het zittingsjaar 1285). Deze buitengemeen omslachtige citeerwijze is pas in 1962, bij de zogeheten "Act of Parliament Numbering and Citation Act" van dat jaar (is, naar de oude citeerwijze, 10 & 11 Eliz.II c.34) afgeschaft. Vgl. Walker & Walker, *The English Legal System*, 6^e dr. (London 1985) blz. 93v

12. Zie Holdsworth, *A History of English Law* (7^e dr.) II, blz. 360; vgl. ook Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* IV (Londen 1783) blz. 316.

wanneer de "appellor" zijn beschuldigingen kon bewijzen, resulteerde in dezelfde straffen als die welke volgden op de procedure "per indictment" (in het ergst geval dus de dood door de strop)¹³ - kon de misdadiger nopen een potentiële "appellor" een ruime financiële tegemoetkoming aan te bieden teneinde van de "appeal" af te zien ("compounding a felony"). Zo blijkt nog eens duidelijk de verwantschap tussen de "appeals of felony" en de nog veel oudere procedures ter opvordering van een "weergeld". Zij voorzagen beide in dezelfde behoefte: persoonlijke wraakneming, gezoet door het vooruitzicht op financieel gewin! Ook hier echter greep de overheid in: het werd strafbaar een dergelijke schikking te treffen zonder de toestemming van de kroon¹⁴.

In het jaar 1488 werd een zeer belangrijke wet uitgevaardigd die onder meer de "appeal of felony" en zeer in het bijzonder de "appeal for murder" tot onderwerp had¹⁵. De wet hield zich onder andere bezig met een vraag die de opmerkelijke lezer zich ook reeds zal hebben gesteld: welke is de verhouding tussen de "appeal of felony" en de, nu normale procedure "by indictment"? Kon men, wanneer men was vrijgesproken in een procedure "by indictment", nog eens worden aangesproken middels een "appeal of felony" en zo het gevaar lopen om, in het ergste geval, alsnog te worden gehangen? Het antwoord op deze belangrijke vraag luidde in het algemeen ontkennend: men kon na een vrijspraak in een procedure die "by indictment" was geopend, niet nogmaals worden aangesproken met een "appeal of felony". Op deze regel bestond echter één uitzondering en die betrof de "appeal for murder". In dit geval kon degene die was vrijgesproken in de normale procedure "by indictment" nog eens worden aangesproken middels een "appeal for murder" en dreigde andermaal de strop! Sterker nog: wanneer men was vrijgesproken in de procedure "by indictment" werd de verdachte niet terstond op vrije voeten gesteld, maar moest hij involge dezelfde wet nog voor een jaar en een dag worden vastgehouden omdat gedurende die termijn nog een "appeal for murder" kon worden ingediend.

13. Zie Bracton (ed. Woodbine) f. 142

14. Zie Stephen, A history of the criminal law of England I (Londen 1883) blz. 502

15. 3 Henr. VII c.1

Ondertussen raakte de "appeal of felony" en daarmee de strafvervolgning op privé-initiatief sinds de zestiende eeuw in onbruik: de straf die een falende "appellor" bedreigde; de afkeer die de rechters van deze procedure aan de dag legden en die daarom het geringste vormgebrek genadeloos afstrafden (met alle gevolgen van dien voor de "appellor"); de kleine groep personen die tot het indienen van een "appeal" waren gerechtigd (in geval van moord slechts de directe bloedverwanten) en het feit dat een "appeal" veelal reeds was uitgesloten omdat er al een procedure "by indictment" was begonnen of gevoerd, maakten de "appeals" voor "felonies" als "rape", "arson" en "grand larceny" nagenoeg obsoleet. Alléén de "appeal for murder" - door Chief Justice Holt in 1701 nog bestempeld als "a noble remedy and a badge of the rights and liberties of an Englishman"¹⁶ - weerstond de tand des tijds. In 1724 nog werd Lewis Houssart, die was vrijgesproken in een "trial by indictment" voor moord op zijn vrouw, door zijn zwager met succes aangeklaagd door middel van een "appeal for murder" én gehangen, "unpitied even by the mob" weet Holdsworth te vertellen¹⁷. In 1774 is geprobeerd de gehele procedure af te schaffen, maar deze poging om bij Act of Parliament afscheid te nemen van een overblijfsel uit een wel zeer verleden stuitte op krachtig verzet van - wie ook anders dan - Edmund Burke; zij mislukte dus.

Zo bleef de "appeal for murder" voortbestaan. Hij wordt daarom ook behandeld door Blackstone in zijn Commentaries, waarvan de eerste druk in 1770 verscheen; zij het dan toch dat deze geleerde - rechter in de Court of Common Pleas en de eerste die aan een Engelse universiteit onderwijs verzorgde in het Engelse recht - óók de "appeal for murder" als nagenoeg obsoleet beschouwt¹⁸. Géén wonder daarom dat de rechters van de Court of the King's Bench met enige verbazing kennis namen van de "appeal for murder" die, nog wel na een vrijspraak in een eerdere procedure "by indictment", in hun hof door William Ashford tegen Abraham Thornton werd ingediend. Die verbazing werd al na de

16. Holdsworth, t.a.p. blz. 362

17. t.a.p. blz. 364; zie ook daar blz. 362⁴

18. Blackstone, t.a.p. (n.12) blz. 312: "still in force (...) very little in use".

eerste minuten van de procedure Ashford v. Thornton omgezet in opperste verbijstering.

Wat namelijk wilde het geval?

3. Trial by battle

Aan het begin van de procedure werd, zoals gebruikelijk, de "appellee", Abraham Thornton, in het Hof binnengelaten en werd hem voorgelezen wat hem ten laste werd gelegd. Daarop werd hem verzocht mede te delen hoe hij wenste te pleiten. Toen bleek dat de "counsellor for the appellee", de geleerde "barrister" Nicholas Conyngham Tindal (later president, Chief Justice, van de Court of Common Pleas) een buitengewone verrassing voor zijn minstens even befaamde confrère Joseph Chitty¹⁹ in petto had gehouden. Desgevraagd namelijk pleitte Thornton als volgt: "Not guilty, and I am ready to defend the same by my body". Na het uitspreken van deze woorden trok hij één van zijn handschoenen uit en wierp die op de vloer van het Hof!

De "law-reporter" die verslag heeft gemaakt van deze zitting vermeldt niet welke uitdrukking de gelaten der rechters aannamen bij het aanhoren van dit korte pleidooi, maar het moet er een zijn geweest van totale ontsteltenis. Abraham Thornton immers vorderde niets minder dan dat hem de mogelijkheid werd geboden zijn onschuld te bewijzen in een godsoordeel, een duel. Hij verlangde "trial by battle" of, zoals het technisch heette, "he waged battle"! Daarmede nam de procedure Ashford v. Thornton, reeds opmerkelijk omdat het een uitzonderlijk geval van "appeal for murder" betrof, een bizarre wending: de rechtsvraag waarmede zich de Court of the King's Bench zag geconfronteerd betrof, zo moest het Hof tot zijn ontzetting vaststellen, niet eens zozeer de vraag of "trial by battle" in de negentiende eeuw nog mogelijk was, maar slechts de vraag of déze "appellee" - Abraham Thornton - om "trial by battle" mocht vragen. Dát een dergelijk godsoordeel in deze procedure tot de rechtens toegestane mogelijkheden behoorde stond namelijk vast. Dit punt behoeft enige toelichting.

19. Zijn zoon, ook Joseph Chitty genaamd, is de auteur van "Chitty on Contracts"

Men dient te bedenken dat het Engelse recht vóór de Judicature Acts van 1873, '75 en '76 géén eenvormig procesrecht kende: niet alleen had ieder hof - de Court of Common Pleas, de King's Bench, of de Exchequer, om slechts de drie belangrijkste "common law-courts" te noemen - zijn eigen procesrechtelijke voorschriften, maar zelfs iedere afzonderlijke actie ("writ") kende zo haar eigen procesrecht, waaronder in het bijzonder voorschriften omtrent de wijze waarop door de procespartijen bewijs van hun stellingen kon en moest worden geleverd. Zo had óók de "appeal for murder" zijn eigen proces- en bewijsrecht. Hoe dan kon de "appellee" zich in een "appeal for murder" verdedigen?

Glanvill kent maar één verweer in een "appeal of felony":

Glanvill XIV, 1 Ad ultimum autem accusatore proponente se uidisse uel alio modo in curia probato certissime se sciuisse ipsum accusatum machinatum fuisse uel aliquid fecisse in mortem regis uel seditionem regni eius uel exercitus, uel consensisse uel consilium dedisse uel auctoritatem prestitisse, et hoc ipsum iuxta iudicium curie disrationare parato, accusato econtra eadem per omnia in curia legitime negante, tunc per duellum solet placitum terminari. Et sciendum quod ex quo fuerit duellum in huiusmodi placitis uadiatum, non potest alterutra partium uerbis in ipsius uadii datione propositis aliquid adicere uel diminuere, uel aliquatenus a proposito declinare uel resilere, quin pro uicta habeatur et lege uicti censeatur. Nec aliquo modo nisi de licencia domini regis uel iusticiarum de cetero possunt sibi ad inuicem reconciliari.

Si vero appellator uictus fuerit, in misericordia domini regis remanet, que qualis sit in precedentibus satis dictum est: que eciam incommoda et quam infamiam uictus incurrat satis supradictum est. Sin autem accusatus uictus fuerit, quale expectet iudicium paulo ante dictum est, rebus insuper et catallis suis omnibus confiscandis et heredibus suis in perpetuum exheredandis.

(Vert.: Wanneer de "appellor" naar voren heeft gebracht dat hij de beklaagde (Eng.: "appellee") zelf heeft gezien, ofwel op een andere door het hof goedgekeurde wijze naar voren heeft gebracht dat hij zeker weet dat de beklaagde iets heeft beraamd of heeft gedaan teneinde de dood van de koning of de ondergang van diens leger te bewerkstelligen, of dat hij daarmee heeft ingestemd, of advies heeft gegeven, of hulp heeft verstrekt en wanneer hij zich bereid heeft verklaard dit in rechte te bewijzen en nadat de beklaagde daarop al datzelfde in rechte op de wettelijk voorgeschreven wijze zal hebben ontkend, dan pleegt de aanklacht beslecht te worden door een tweegevecht. En men moet weten dat zodra er een tweegevecht is vastgesteld géén van beide partijen meer iets kan toevoegen of wegnemen uit de bewoordingen die bij het

vaststellen van het duel zijn uitgesproken, noch kan hij op enige andere manier op zijn voorstelling terugkomen dan dat hij als overwonnen wordt beschouwd en volgens het recht als een overwonnen zal worden bestraft, noch kunnen zij op de een of andere manier met elkander worden verzoend, tenzij dit geschiedt met goedvinden van de koning of zijn rechters. Maar indien de aanklager is overwonnen, dan is hij "at the King's mercy" en wat dat betekent hebben wij hierboven afdoende uiteengezet en welke ongemakken en infamie de overwonnen treffen is hierboven bovendien uiteengezet. Maar als de beklaagde is overwonnen, welke straf hem zal wachten, is kort hiervoor gezegd, terwijl bovendien al zijn hebben en houden in beslag moet worden genomen en zijn erfgenamen voor eeuwig onterfd zijn.)

De "appellee" kon slechts bij uitzondering aan het duel ontsnappen:

Glanvill XIV, 1 Declinare autem potest accusatus in huiusmodi placitis iudicium per etatem, per mahemium. Etas autem talis esse debet quod sit sexaginta annorum uel supra. Mahemium autem esse dicitur ossis cuiuslibet fractio, uel teste capitibus per incisionem uel abrasionem attenuatio. In tali autem casu tenetur se purgare is qui accusatur per dei iudicium, scilicet per calidum ferrum uel per aquam pro diversitate conditionis hominum; scilicet per ferrum calidum si fuerit homo liber, per aquam si fuerit rusticus.

(Vert.: De beklaagde kan zich in dit soort zaken verschonen op grond van zijn leeftijd, of op grond van zwaar lichamelijk letsel (Eng.: "mayhem"). Op grond van zijn leeftijd wanneer hij zestig jaar of ouder is. Onder zwaar lichamelijk letsel wordt verstaan een botbreuk, of een hoofdwond. In een dergelijk geval is degene die wordt beschuldigd gehouden zich te onderwerpen aan een godsoordeel, dat wil zeggen door het brandijzer, of door het water, al naar gelang zijn staat; want indien hij een vrij man is door middel van het brandijzer en als hij een horige is door het water.)

Bracton, die ongeveer 75 jaren later schrijft, kent echter twee wijzen van bewijsvoering: uiteraard kon de zaak door een "duellum" worden beslecht, maar zij kon óók aan een jury worden voorgelegd ("se ponere super patriam")²⁰. Men leest bij hem hieromtrent het volgende:

Bracton f.137: Habebit electionem utrum se velit ponere super patriam, utrum culpabilis sit de crimine ei imposito vel non,

20. Tussen Glanvill en Bracton ligt het Concilie van Lateranen (1215), waarin de kerk zich onder meer tegen het juridische duel verzette.

vel defendendi se per corpus suum. Si autem patriam elegerit ad defensionem per corpus suum ex paenitentia reverti non poterit, sed per patriam negotium terminabitur, nec e contrario. Si autem per corpus suum intret in defensionem nihil excipiendo, statim vadietur inter eos duellum.

(Vert.: Hij zal de keuze hebben of hij de vraag of hij schuldig is aan het misdrijf dat hem ten laste wordt gelegd wil voorleggen aan een jury, of zich met zijn lichaam wil verdedigen. Indien hij de jury heeft gekozen, kan hij, wanneer hij daarvan spijt heeft gekregen, niet terugvallen op een verdediging met zijn lichaam, maar zal de zaak door de jury worden beslist. Het omgekeerde kan ook niet. Indien hij echter zonder reserve de verdediging door middel van een duel heeft gekozen, zal het duel tussen hen onmiddellijk worden vastgesteld)

In deze passages uit Glanvill en Bracton was het bewijsrecht voor de "appeal for murder" vastgelegd; er was in alle daaropvolgende generaties geen wezenlijke verandering in aangebracht en de Court of the King's Bench was er aan gebonden. Toch werd aan de hand van Bracton nog een kleine preliminaire schermutse-ling uitgevochten tussen de beide protagonisten, Chitty en Tindal. Chitty legde de King's Bench de vraag voor of "trial by battle" een recht van de "appellor", dan wel van de "appellee" was. Kon, met andere woorden, de "appellee" (Thornton) de "appellor" (Ashford) een manier van procederen, "trial by battle", opdringen die de laatste niet wenste? De "barrister" Tindal, zoals gezegd optredende voor Thornton, beantwoordde deze laatste vraag bevestigend: het recht om te kiezen tussen "trial by jury" of "trial by battle" was, zo betoogde hij, een recht dat was voorbehouden aan de beklaagde, niet aan de beschuldigende partij. Hij baseerde zich daarbij op de niet mis te verstane mededeling van Bracton: "Habebit electionem utrum se velit ponere super patriam (...) vel defendendi se per corpus suum"! Een reeks "authorities", waaronder Coke's Institutes, de meest gezaghebbende autoriteit ná Bracton, bevestigde deze lezing²¹. De King's Bench stelde daarom Thornton, wat dit punt betreft, in het gelijk: "trial by battle" was een recht van de "appellee",

21. Edw. Coke, Institutes of the laws of England, second part (London 1681) blz. 247: "in an appeal of felony, the Defendant may choose either to put himself upon the Country, or to try it body by body, that is by combat between him and the Plaintiff."

niet van de "appellor". De beslissing van deze rechtsvraag was echter bijzaak; de belangrijkste door het Hof te beslissen vraag was die of Abraham Thornton wel bevoegd was om "trial by battle" te vragen. Ashford namelijk stelde, bij monde van de "barrister" Chitty, dat gezien de bijzondere omstandigheden van dit geval Abraham Thornton geen "battle" mocht aanbieden. Bracton namelijk maakt één uitzondering op de regel dat de beklaagde in een "appeal for murder" het recht heeft om te kiezen uit "trial by battle" of "trial by the country" (d.i. de jury). Hij schrijft namelijk het volgende:

Bracton f. 137: Et haec vera sunt, quod appellatus per corpus suum se defendere poterit cum appellatus fuerit, nisi aliqua violentia praesumptio faciat contra ipsum quae probationem non admittat in contrarium per quam dedicere vel defendere possit mortem et feloniam, sicut esse potest cum quis captus fuerit super mortuum cum cultello cruentato, mortem dedicere non poterit. Et haec est constitutio antiqua, in quo casu non est opus alia probatione. Item si quis iacuerit in domo aliqua de nocte solus cum alio qui fuerit interfectus, vel si duo ibi fuerint vel plures et huthesium non levaverint, nec plagam a latronibus vel aliis qui interfecerint in defensione facienda non receperint, vel nec quis hominem interfecerit ostenderint de se vel de aliis, mortem dedicere non poterunt, ut de termino Sancti Michaelis anno regis Henrici nono incipiente decimo comitatu Cantiae, de Ada de Burgham. Eodem modo fere dici poterit ut videtur, ut si quis in domum suam notum vel ignotum receperit hospitandi causa vel alia, et qui sanus et vivus visus fuit intrare, et numquam postea nisi mortuus, dominus domus, si tunc domi fuerit, vel alii de familia qui tunc praesentes fuerint, poenam capitale non evadent

(Vert.: En deze dingen zijn waar, wanneer de beklaagde zich zal hebben kunnen verdedigen door middel van zijn lichaam, wanneer hij is aangeklaagd, dat wil zeggen wanneer er geen ander gewelddadig vermoeden tegen hem bestaat dat geen bewijsvoering toelaat voor het tegendeel waardoor hij de moord of het misdrijf zou kunnen ontkennen of verdedigen, zoals het geval kan zijn wanneer iemand boven de dode met een bloedend mes is gevangen; deze zal de moord niet kunnen ontkennen. En dit is een oude rechtsregel, in welk geval geen andere bewijsvoering nodig is. Hetzelfde doet zich voor wanneer iemand in een of ander huis 's nachts alleen heeft geslapen met een ander die is vermoord, of als daar twee of meer personen aanwezig zijn geweest en de "hue and cry" (zie daarover n.9) niet hebben aangeheven of geen wonde hebben opgelopen bij het zich te weerstellen tegen de rovers of de anderen die de moord hebben gepleegd, of niet de man onder hen of anderen hebben aangewezen die de moord heeft gepleegd; zij zullen de moord niet kunnen ontkennen, zoals in "St. Michaelsterm" van het negende en tiende regeringsjaar van koning Hendrik bleek in de county Kent, in de zaak van Ada van Burgham. Naar het schijnt kan ongeveer hetzelfde worden gezegd wanneer iemand

een bekend of onbekend persoon in zijn huis als gast of om een andere reden heeft ontvangen en deze is gezien terwijl hij er gezond en wel naar binnen ging, maar later slechts als lijk, zodat de eigenaar van het huis, indien die toen thuis was, of anderen uit zijn huishouden die toen aanwezig waren, niet aan de doodstraf zullen ontsnappen.)

Een "appellee" tegen wie zeer sterke vermoedens van schuld bestonden, bijv. wanneer hij met een bloedend mes boven een doorstoken lijk was aangetroffen, had geen recht van keuze meer. In dergelijke gevallen werd de verdachte, zo schrijft Bracton, onmiddellijk geëxecuteerd. Op dit punt van zijn uiteenzettingen aangekomen werd de geleerde "barrister" onderbroken door meerdere rechters. Lord Ellenborough²², de president van de King's Bench, sprak zijn ontsteltenis over dergelijke regels uit: "it certainly makes one retire with a degree of horror from the consideration of such laws, which prevented a man from explaining circumstances which, after all, were only prima facie, and not conclusive evidence against him"²³. Chitty haastte zich daarop duidelijk te maken dat hij niet wenste aan te dringen op de onmiddellijke executie van Thornton, maar betoogde dat de bewuste passage uit Bracton het beginpunt zou zijn geweest van een interessante juridische ontwikkeling waarop hij zijn gehele verdere pleidooi, inhoudende dat het Thornton in dit geval niet vrij stond "battle" aan te bieden, baseerde. Alles draaide om de laatste zinsnede van de hierboven geciteerde passage van Bracton. Daarin vindt men het volgende

22. Edward Law, Lord Ellenborough (1750-1818), leidde de verdediging in het beroemde proces tegen Warren Hastings. In 1802 was hij Chief Justice van de King's Bench geworden en verwierf de titel Lord Ellenborough. Hij was een groot tegenstander van de juridische hervormingen waarop juist in deze tijd door Jeremy Bentham en anderen werd aangedrongen. Hij stond bekend als "a man of strong and upright character, impartial but sarcastic, ill-tempered and arrogant, and severe in criminal cases"

23. Vgl. ook Abbot J.: "A case might be put where a person should come up and find another lying wounded with a dagger in his body, and should draw it out, or should in assisting the wounded man wrench the knife out of the murderers hand. Then if the murderer escaped leaving him with the body, according to this law he would be considered guilty of the murder, and be immediately hanged without a trial"

(...) poenam capitale[m] non evadent], nisi per patriam fuerint liberati si iustitiarum perspexerint veritatem per patriam debere inquiri

(Vert.: (...) niet aan de doodstraf zullen ontsnappen], tenzij zij op vrije voeten zijn gesteld door een jury, wanneer de rechters hebben ingezien dat de waarheid door een jury moet worden onderzocht)

Kennelijk kende Bracton de rechters een discretionaire bevoegdheid toe om in gevallen waarin zeer sterke aanwijzingen waren voor de schuld van de "appellee" ondanks dat toch nog een "trial by jury" mogelijk te maken. Zijn recht op "battle" echter zou de "appellee" in dergelijke gevallen hebben verspeeld. Chitty ondersteunde deze stelling met een aantal autoriteiten, waarvan een citaat uit Staunford's Les Plees del Coron (Pleas of the Crown)²⁴ de belangrijkste was en waaruit duidelijk bleek dat inderdaad in gevallen waarin zeer sterke vermoedens bestonden tegen de "appellee" in een "appeal for murder", vermoedens van dien aard dat zij oudtijds zijn onmiddellijke executie ten gevolge zouden hebben gehad, in de tijd van Staunton, de 16^e eeuw, wél een proces volgde, maar dat de "appellee" zich daarin niet door middel van "battle" mocht verdedigen²⁵. Staunton's opvatting werd gedeeld door een groot aantal andere, latere autoriteiten, zodat Chitty zich op dat punt zeker van zijn zaak mocht weten. Het ging er dus nu om te bewijzen dat tegen Thornton zulke sterke vermoedens van schuld bestonden dat hij praktisch gelijk stond aan iemand die met een bloedend mes boven een doorstoken lijk was aangetroffen en dus zijn recht op "trial by battle" had verloren. Het is om deze reden dat wij aan het begin van dit verhaal iets uitvoeriger dan de schroom voorschrijft hebben moeten stilstaan bij de afstotende details rondom de moord op Mary Ashford, meer in het bijzonder die

24. William Staunford (1509-1558); het in de tekst genoemde boek van deze schrijver, rechter in de Court of Common Pleas, was de eerste poging een samenvattende behandeling van het Engelse strafrecht te geven. Het geschrift genoot een hoog aanzien.

25. Staunford, Pleas of the Crown 3,3,p.117 (geciteerd naar de Reports): "it appears (...) that in ancient times some of these presumptions were so vehement, that they were as condemnation to the other party, without any other trial, but they are not so at this day: for trial he shall have notwithstanding such presumption, but not by battel"

betreffende de arrestatie van Thornton. Er was inderdaad zeer sterk "prima facie evidence" dat zijn daderschap aannemelijk maakte! De "grand jury" had hem daarom ook in staat van beschuldiging gesteld. Dit is het eerste punt dat Chitty aanvoert: dáár waar een "appellee" door een "grand jury" in een eerdere procedure "by indictment" in staat van beschuldiging is gesteld, moet worden aangenomen dat er zo'n sterk vermoeden van schuld bestaat dat de "appellee" daardoor zijn recht op "battle" had verspeeld! Hij persisteert echter niet op dit, tamelijk zwakke²⁶ punt. De toestand namelijk van de kledij waarin Thornton was gearresteerd én zijn bekentenis dat hij inderdaad in de nacht voorafgaande aan zijn arrestatie, vleeselijke gemeenschap met Mary Ashford had gehad, vormden tezamen zulke sterke aanwijzingen voor zijn schuld dat hij, zo betoogde Chitty, practisch gelijk stond aan een man die met een bloedend mes boven het slachtoffer was aangetroffen. Zeker wanneer men dit vergeleek met de andere, door Bracton genoemde gevallen. Kon daar nu niet tegen worden aangevoerd dat Thornton in maar liefst twee procedures in verband met de zaak Mary Ashford was vrijgesproken? Vormde dit niet een even sterk vermoeden van zijn onschuld als de daadzaken die vóór zijn schuld pleitten? Chitty betoogde nu dat men de beide eerdere processen buiten de "appeal" zou moeten houden: zij zouden een "res inter alios acta" zijn. Hij werd op dit punt onmiddellijk afgestraft. Twee rechters, Barley en Abbot, wezen de "counsel for the appellor" op het feit dat indien zijn stelling juist ware óók de "indictment" door de "grand jury" als argument vóór de schuld van Thornton buiten de "appeal" moest worden gehouden. Er restte de arme Chitty dus niets anders dan de reeds meermalen vermelde omstandigheden waarin Thornton was gearresteerd teneinde zijn betoog aannemelijk te maken dat "battle" in dit geval zou zijn uitgesloten.

Tindal voerde daartegen onder meer aan dat de betoogtrant van zijn tegenstander onjuist was. Deze immers baseerde zijn gehele pleidooi op vermoedens van schuld, dat zijn uit te bewijzen feiten afgeleide gevolgtrekkingen die de schuld van Thornton

26. Er kon immers tegen worden aangevoerd dat Thornton in twee procedures, één wegens moord en één wegens verkrachting was vrijgesproken; zie verder in de tekst.

aannemelijk zouden maken. "If issue were taken upon it", zo concludeerde Tindal niet geheel ten onrechte, "what would there be to be tried"? Toch wees hij, naar zijn eigen visie dus eigenlijk ten overvloede, op het ijzersterke alibi dat Thornton had voor het tijdstip op of omstreeks hetwelk Mary Ashford was vermoord. Tot slot van zijn pleidooi deed Tindal, uit wiens brein het hele incident met betrekking tot de "wager of battle" moet zijn voortgekomen, de rechters van de King's Bench een suggestie. Indien men omtrent de aan de orde zijnde rechtsvragen ten gunste van de "appellee", Thornton, mocht besluiten, dan deed men er goed aan hem eenvoudigweg vrij te spreken in plaats van hem een duel toe te staan. Tindal benadrukte dat hij niet wenste te pleiten voor vrijspraak van zijn cliënt, maar hij wilde het Hof er op wijzen dat het ex officio tot dit oordeel zou moeten kunnen komen op grond van de feiten die het Hof in de pleidooien waren voorgelegd, in het bijzonder op grond van Thornton's solide alibi. Indien echter het Hof hiertoe niet wenste te besluiten en zich mocht willen beperken tot een tussenvonnis over de toelaatbaarheid van "trial by battle" in deze zaak, dan, zo besloot Tindal zijn pleidooi, "notwithstanding the opinions of the learned persons and foreign writers cited on the other side as to the inconvenience or impropriety of this mode of trial, still, if it be the right of the appellee, the Court, whatever may be the consequences, will award it to him".

Op 16 april 1818 deed de King's Bench uitspraak op het incident. Het Hof was unaniem van mening dat de door Chitty aangevoerde feiten niet voldoende waren teneinde daardoor aannemelijk te maken dat tegen Thornton zulke sterke vermoedens van schuld bestonden dat hij géén recht zou hebben op "trial by battle". Het Hof stond dus het duel toe! Lord Ellenborough vatte, nadat hijzelf en de andere rechters hun "opinions" hadden gegeven, het standpunt van de Court of the King's Bench als volgt samen:

The general law of the land is in favour of the wager of battel and it is our duty to pronounce the law as it is, and not as we may wish it to be. Whatever prejudices therefore may justly exist against this mode of trial, still, as it is the law of the land, the Court must pronounce judgment for it.

"Battle" was hierdoor schier onvermijdelijk geworden. De vraag rees nu op welke wijze het duel diende plaats te vinden. Het laatste geval van "trial by battle" in een der drie common law-courts dat Blackstone kent²⁷ betrof een procedure voor de Court of Common Pleas uit 1571²⁸ die door de toenmalige president van de Court of Common Pleas, Sir James Dyer, zelf was gerapporteerd. De plaats van het duel was Totthill Fields, Westminster. Daar was een "battle field" van zestig voet in het vierkant omheind, met aan één zijde een tribune waarop de rechters van de Court of Common Pleas, gehuld in hun rode gewaden, zitting namen en een balie, waarachter de "serjeants", de advocaten bij de Court of Common Pleas, zich opstelden. Toen het Hof bij zonsopgang zitting had genomen werden de partijen opgeroepen²⁹. Zij waren blootshoofds en gehuld in een wapenrusting die hun onderbenen en armen tot aan de ellebogen ontbloot liet. Hun bewape-

27. Commentaries II (ed. Kerr) blz. 338, waar ook nog melding wordt gemaakt van een voorbeeld van trial by battle in de Court of Chivalry (omtrent welk hof nader in dit nummer zal worden gesproken) uit 1631 én een uit 1638, dat zich voordeed in het palatinaat van Durham, dat een zeer bijzondere positie binnen de Engelse rechterlijke organisatie innam.

28. Het ging daarbij niet om een "appeal of felony", maar om een procedure die werd gevoerd op grond van een "writ of right". Deze "writ of right" nam in het oude Engelse recht een met de Romeinse "revindicatio" vergelijkbare plaats in: zij was de rechtsoverdracht die werd ingesteld tegen een bezitter door iemand die zijn bezit, "seisin", had verloren en die beweerde een beter recht, "right", te hebben dan de bezitter. Oorspronkelijk kon in een "writ of right" uitsluitend door middel van "battle" worden geprocedeerd, maar in 1179 gaf koning Hendrik II de gedaagde de keuze om ofwel "by battle", ofwel "by the grand assize", dat is door middel van een jury, te procederen. De "writ of right" bleef deze eigenaardigheid behouden tot 1819 (zie hieronder n.33). Er zij hier terzijde nog op het volgende gewezen. De "writ of right" is een pure civiele actie, die anders dan de "appeal of felony" - iedere samenhang met het strafrecht ontbeert. Ook in civiele acties nu werden - en worden - "juries" gebruikt; de Judicature Acts en in het bijzonder de Administration of Justice Act van 1933 hebben het gebruik van juries in civiele zaken in Engeland evenwel sterk beperkt. In het bijzonder het feit dat de jury en niet de rechter traditioneel beschikt over de hoogte der te betalen schadevergoeding is er de oorzaak van dat deze, met name in Amerika, veelal zo hoog uitvalt.

29. In dit geval vochten de procespartijen niet zelf, maar lieten zich vertegenwoordigen door kampioenen. Dit was bij een "appeal of felony" niet toegestaan.

ning bestond slechts uit een stok van een el lang en een vierhoekig lederen schild, een eigenaardige uitmonstering die, zegt Blackstone, de gelukkige bijkomstigheid had "that death very seldom ensued this civil combat". In het strijdperk getreden zwoer de eiser een plechtige eed dat de goederen die de gedaagde onder zich hield rechtens de zijne waren, de gedaagde zwoer daarop een eed dat hij die goederen rechtens onder zich hield. Vervolgens werd door de beide kampioenen een bijzondere eed tegen hekserij en betovering uitgezwoeren³⁰. Hierna nam het gevecht zijn aanvang. Het diende voort te duren tot het verschijnen van de sterren en wanneer de gedaagde tot op dat tijdstip op de been had weten te blijven, werd hij als overwinnaar uitgeroepen. Zijn stelling gold als bewezen; hetzelfde was uiteraard het geval wanneer hij zijn tegenstander vóór dat tijdstip had overwonnen. Wanneer de gedaagde werd overwonnen was de stelling van de eiser bewezen. Dit was ook het geval wanneer de gedaagde zich overwonnen gaf door het uitspreken van het vreselijke woord "craven", "a word of disgrace and obloqui, rather than of any determinate meaning"³¹, waardoor hij bekende meinedig te zijn³².

Er dreigde nu een herhaling van dit ritueel dat reeds in 1571 "non sine magna juris consultorum perturbatione" had plaatsgevonden.

4. Anticlimax

Het duel tussen William Ashford en Abraham Thornton heeft nooit plaatsgevonden. Het Engelse recht bleef het schouwspel van twee duellerende procespartijen bespaard. Ashford namelijk wenste zich nader te beraden op hetgeen hem nu wachtte. Op 20 april nam

30. Blackstone geeft de navolgende tekst: "Hear this, ye justices, that I have this day neither eat, drank, nor have upon me, neither bone, stone, ne grass: nor any enchantment, sorcery or witchcraft, where by the law of God may be abased, or the law of the devil exalted. So help me God and his saints." Zie voor het een en ander ook Bracton, f. 141b-142.

31. Blackstone, t.a.p.

32. De aldus overwonnen gedaagde werd getroffen door infamie: hij mocht niet meer in een proces vóór of tegen iemand getuigen, noch zitting nemen in een jury.

de King's Bench kennis van zijn antwoord: Ashford zag af van de verdere procedure! Het Hof kon daarop, ongetwijfeld met een zucht van verlichting, volstaan met de vaststelling dat de "appeal" was ingetrokken en stelde de "appellee" op vrije voeten. Vanuit een theoretisch standpunt was de zaak daarmee echter geenszins afgedaan; het Hof had immers in een tussenvonnis met zoveel woorden de mogelijkheid van "trial by battle" erkend. Het gevaar dreigde dus dat andermaal een "appeal for murder" in de King's Bench werd gebracht waarin de "appellor" niet afzag van "trial by battle". In dat geval was een godsoordeel door middel van een duel schier onontkoombaar. De uitspraak die de Court of the King's Bench op het incident in de zaak Ashford v. Thornton had gegeven vormde hiervoor juist het hechte fundament! Het ware wellicht mogelijk geweest om het incident van "trial by battle" uit de "appeal for murder" te halen door het betoog van Chitty te volgen en de regel vast te leggen dat in al die gevallen waarin een "appeal for murder" volgde op een voorafgaande procedure "by indictment" uitgegaan moest worden van de aanwezigheid van een zo sterk vermoeden van schuld dat de "appellee" zijn recht op "battle" had verloren. Een dergelijke oplossing van het probleem zou echter juridisch onacceptabel zijn geweest. Moest dan immers niet een even grote betekenis worden toegekend aan de vrijspraak in de voorafgaande procedure? Zij was daarom voor uitmuntende juristen als Lord Ellenborough uitgesloten: "the law of the land" moest worden toegepast, "whatever the consequences"! Er was maar één mogelijkheid een incident als in de affaire Ashford v. Thornton was voorgevallen in de toekomst te vermijden: afschaffing van de "appeal for murder", waaraan de *modus procedendi per duellum* eigen was. Er werd zeer snel aan gewerkt: op 22 juni 1819 reeds werd de navolgende korte wet door het parlement aangenomen:

An Act to abolish Appeals of Murder, Treason, Felony or other Offences, and Wager of Battel, or joining Issue and Trial by Battel, in Writs of Right. [22d June 1819]
Whereas Appeals of Murder, Treason, Felony and other Offences, and the Manner of proceeding therein, have been found to be oppressive; and the Trial by Battel in any Suit, is a Mode of Trial unfit to be used; and it is expedient that the same should be wholly abolished: Be it therefore enacted by the King's Most Excellent majesty, by and with the Advice

and Consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the Authority of the same, That from and after the passing of this Act, all Appeals of Treason, Murder, Felony or other Offences, shall cease, determine and become void; and that it shall not be lawful for any Person or Persons, at any time after the passing of this Act, to commence, take or sue Appeal of Treason, Murder, Felony or other Offence, against any Person or Persons whomsoever, but that all such Appeals shall, from henceforth, be utterly abolished; any Law, Statute or Usage to the contrary in anywise notwithstanding.³³

De affaire Ashford v. Thornton kwam voor de tegenstanders van "law reform", zoals Lord Ellenborough, op een ongelukkig tijdstip. Jeremy Bentham ijverde juist in die tijd voor ingrijpende hervormingen van de common law. Hij had invloedrijke volgelingen, waaronder Lord Brougham³⁴. Onder de indruk van absurde incidenten als dat van de procedure Ashford v. Thornton kwam onder leiding van Lord Brougham in het eerste kwart van de negentiende eeuw een hervormingsbeweging op gang die weliswaar niet heeft geleid tot codificaties naar Westeuropes model, maar wel tot de Judicature Acts van 1873, '75 en '76 waarbij de Engelse rechterlijke organisatie ingrijpend werd gewijzigd en

33. 59 Georg. III c. 46. Dezelfde wet schafte ook de mogelijkheid van "trial by battle" in een "writ of right" af: II. And be it further enacted, That from and after the passing of this Act, in any Writ of Right now depending, or which may hereafter be brought, instituted or commenced, the Tenant shall not be received to wage Battel, nor shall Issue be joined nor Trial be had by Battel in any Writ of Right; any Law, Custom or Usage to the contrary notwithstanding. Vgl. hierbij supra, noot 28.

34. Henry Peter Brougham, 1st Lord Brougham and Vaux (1778-1868), vooraanstaand liberaal politicus en jurist. Hij leidde de verdediging van Queen Caroline in de geruchtmakende procedure die in de House of Lords tegen haar aanhangig was gemaakt. Brougham was van 1830 tot 1834 Lord Chancellor. Hij heeft zich bijzonder sterk gemaakt voor hervormingen in de Court of Chancery, die was belast met de rechtspraak naar equity. Vooral dit gerechtshof namelijk was berucht vanwege de onkosten en de lengte der daar gevoerde procedures. Dickens' relaas van de procedure Jarndyce v. Jarndyce in "Bleak House" was maar al te realistisch. Brougham vertelde eens de volgende anecdote: "I recollect a saying of a very great man in the Court of the King's Bench: the judge having said of his client, "Let him go into a court of equity". Mr Erskine answered in an artless tone of voice, which made Westminster Hall ring with laughter, "Would your Lordship send a fellow-creature there?"" (Opinions of Lord Brougham (London 1838) blz. 74).

een uniform procesrecht werd geïntroduceerd. Het middeleeuwse procesrecht behoort sindsdien in de procedures voor de Supreme Court of Judicature tot het verleden.

W.J. Zwalve

