



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN
FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID
Academiejaar 2009 - 2010

Masterproef Grondslagen van het recht: De Onafhankelijkheid van de rechter volgens Sir Edward Coke.

Promotor: prof. Dr. René Foqué

Masterscriptie, ingediend door
Stefan Somers
Bij het eindexamen voor de graad van
MASTER IN DE RECHTEN



EDWARD COKE

Samenvatting

Deze meesterproef gaat in op de grondslag van de *Trias Politica* en de onafhankelijkheid van de rechter. Hiervoor worden de theorieën en werken van EDWARD COKE behandeld. Deze Engelse rechtsgeleerde was immers een inspiratiebron voor MONTESQUIEU toen deze in zijn '*L'esprit du loi*' de rechter in het kader van de *Trias Politica* omschreef als de '*bouche de la loi*'.

Om COKE'S opvattingen over de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht goed te vatten en anachronismen te weren wordt in een eerste deel het leven van Coke besproken en ook de politieke en juridische context waarin hij werkzaam was. Hieruit blijkt dat COKE vanuit een 'puriteinse' achtergrond de ambitie van zowel koning als parlement trachtte te milderen door beroep te doen op de historiciteit van de *Common Law*. COKE gaf de rechter een eigen legitimiteit door de positie van de rechter aan het '*immemorial*' karakter van de *Common Law* te koppelen. Er dient dan ook naar de rechtsopvattingen van COKE gekeken te worden. Om COKE'S rechtsopvattingen beter te kunnen kaderen wordt in de onderliggende meesterproef ook ingegaan op hun doorwerking doorheen de tijd. Zo gingen MATTHEW HALE en EDMUND BURKE verder in op de historische dimensie van COKE nadat HOBBS deze volledig gecontesteerd had. Het is evenwel LOCKE die de historische benadering van het recht volledig verwerpt.

Uit de bestudering van COKE'S opvattingen komen m.i. drie aspecten boven die uiterst relevant zijn om tot een beter begrip van de *Trias Politica* te komen.

Ten eerste maakte COKE geen onderscheid tussen de functie van de rechter en van het parlement. Beiden hielden zich bezig met wat m.i. het best omschreven kan worden als '*rechtsbepaling*'. Daarbij was COKE van mening dat het recht in essentie niet veranderde maar dat de juiste contouren steeds weer bepaald moesten worden naar de omstandigheden van de tijd.

In de tweede plaats putte volgens COKE het recht haar legitimiteit uit haar gewoonterechtelijk karakter. Het was immers de cumulatie van wijsheid en ervaring doorheen de eeuwen die maakt dat het recht een hoge mate van verfijning en rechtvaardigheid bereiken kon. De rechter diende dit te vatten door de *artificial reason*. Rechtvaardigheid kon dus bereikt worden door te redeneren vanuit de traditie en de kennis van het recht. Niettegenstaande vereist een dergelijke legitimiteit ook een zekere consensus. M.i. moet vanuit de visie van COKE dan ook uitgegaan worden van een dubbele legitimiteit van het recht: nl. het historiciteit van het recht en de consensus over het recht.

Ten slotte had het gewoonterechtelijk karakter van het recht een invloed op de wijze waarop het recht tot stand kwam. Dit diende immers inductief – vanuit concrete casussen – te gebeuren. Deze methode vereist dan ook dat er verscheidene locale actoren bij het bepalen van recht betrokken worden.

Hoewel deze opvattingen uitgaan van een historische legitimiteit van het –'*immemorial*' – recht en veel nadruk leggen op de rol van de rechter kunnen ze niet opgevat worden als een pleidooi voor een conservatief rechtsbestel. De historische benadering van rechtsbepaling is in essentie immers een vooruitstrevend model van rechtvaardigheid. Gezien het ontbreken van een overkoepelend rechtvaardigheidsconcept dient de verhouding tussen concrete rechtvaardigheidsconcepten inductief vanuit de praktijk gezocht te worden. Daarenboven is het een model dat uitgaat van een ruime participatie aan de rechtsbepaling en dat zichzelf doorheen de tijd telkens opnieuw uitvindt en aanpast aan de noden van de samenleving. We kunnen dan ook met recht en rede spreken over een '*complex adaptief model van rechtsbepaling*'.

In een dergelijk model kan echter geen sprake zijn van een functionele scheiding van machten zoals in de klassieke interpretatie van MONTESQUIEU'S *Trias Politica*. Rechtsbepaling is immers de functie die aan alle machten eigen is. Er kan echter niet ontkend worden dat rechter, parlement en regering in een moderne samenleving elk hun eigenheid hebben. Het verschil ligt m.i. echter niet in hun respectievelijke functie – gezien die voor alle drie de machten dezelfde is – maar in hun inherente logica.

De essentie van de *Trias Politica* is dan niet het strik scheiden van de machten dan wel het inbedden van de machten in een breder netwerk opdat gestalte gegeven kan worden aan een '*complex adaptief model van rechtsbepaling*'. In deze context is het dan ook belangrijk te benadrukken dat geen enkele macht uit het model getild kan worden. Geen enkele actor kan namelijk op zichzelf staan.

Dankwoord

Bij het indienen van deze masterproef wil ik vooreerst speciale dank betuigen aan mijn promotor, Prof. dr. René Foqué, dewelke mij gedurende het gehele totstandkomingsproces telkens gesteund heeft en die mij geholpen heeft bij het bepalen van de richting die mijn masterproef uitging. Ook wil ik de faculteit rechten bedanken voor het gebruik van de bibliotheek. Daarnaast dank ik de Rechtsfaculteit van de Universiteit te Leiden die mij toegestaan heeft om gebruik te maken van haar bibliotheek. Tot slot wil ik mijn ouders, mijn broer en Sanne Jansen bedanken voor het nalezen van dit werkstuk.

Inhoudstafel

1. Inleiding	1
2. Historische situering van Edward Coke	3
2.1. Leven en werk van Edward Coke	3
2.2. Politieke ontwikkelingen in ‘Stuart England’	7
2.2.1. Queen Elisabeth I	7
2.2.2. King James I	9
2.2.3. King Charles I	11
2.3. Recht en rechtspraak in ‘Stuart England’	12
2.3.1. De Common Law	13
2.3.1.1. Oorsprong van de Common Law	13
2.3.1.2. De instellingen van de Common Law in de 17 ^e eeuw	14
2.3.1.3. Het lokale niveau	16
2.3.2. Magna Charta en parlement	17
2.3.3. De ‘Constitutie’ in Stuart England	18
2.3.4. Studie en praktijk van het recht	20
3. Rechtsopvattingen van Edward Coke	22
3.1. De plaats van de ‘Common law’ in het recht	23
3.1.1. Ideeënhistorische achtergrond	23
3.1.2. De visie van Edward Coke	26
3.1.2.1. De Common Law als superieur recht	26
3.1.2.2. De Common Law als Engels recht	27
3.1.2.3. De historische legitimiteit van de Common Law	29
3.1.2.4. De Common Law en het natuurrecht	35
3.1.2.5. De Common Law en de rechtspraak	39
3.2. ‘Artificial reason’ versus ‘natural reason’	40
3.3. De plaats van de koning in het rechtsbestel. Wat met absolutisme?	43
3.3.1. Opvattingen in de vroege 17 ^e eeuw	43
3.3.1.1. Eeuw van het absolutisme?	43
3.3.1.2. Constitutionele monarchie?	46
3.3.2. COKE’S visie	47
3.3.2.1. De Monarchie en de Common Law	47
3.3.2.2. De constitutie en de prerogatieven van de Monarch	49
3.4. De rol van het parlement in de rechtsopvattingen van COKE (Bonham Case)	53
3.4.1. Oorsprong van het parlement	53

3.4.2. Rol van het parlement _____	55
3.4.3. Plaats van het Parlement in het rechtsbestel _____	56
3.4.4. Bonham Case _____	58
3.4.4.1. Feiten van de Bonham case _____	58
3.4.4.2. De Uitspraak in de Bonham case _____	59
3.4.4.3. Interpretatie van de Bonham's case _____	61
3.4. Tussenbesluit: COKE en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht _____	65
4. Doorwerking van de ideeën van COKE _____	69
4.1. HOBBS' reactie op COKE _____	69
4.2. MATTHEW HALE en EDMUND BURKE _____	71
4.3. JOHN LOCKE _____	74
4.4. COKE'S invloed op het Amerikaans constitutionalisme _____	75
4.5. COKE'S Invloed op MONTESQUIEU'S trias politica _____	77
5. Hedendaagse interpretatie van COKE'S ideeëngoed _____	81
5.1. Een model van rechtvaardigheid _____	81
5.2. Een complex adaptief model _____	84
5.3. Was COKE een gematigd persoon of een conservatief jurist? Het complex adaptief model van rechtsbepaling en de hedendaagse democratie _____	88
5.4. Tussenbesluit: Het 'complex adaptief model van rechtsbepaling' en de trias politica van MONTESQUIEU _____	92
6. Conclusie _____	96
7. Bibliografie _____	99

“Ce n'est pas l'histoire qui fait le jugement: c'est le jugement qui fait l'histoire.”

Gaétan Picon

“It is not reason which is the guide of life, but custom.”

David Hume

1. Inleiding

“[Het] idee van de rechter als spreekbuis van de wet lijkt altijd meer een ideaaltype dan een reële verschijningsvorm van de rechterlijke macht te zijn geweest.”¹ Dat zijn toch alleszins de woorden van de Nederlandse rechtsgeleerde RIJKEMA. In zijn artikel ‘*de dubbele onafhankelijkheid van de rechter*’ gaat hij dieper in op de veranderende positie van de rechter gedurende de laatste eeuw.² RIJKEMA stelt vast dat er heden ten dage nog nauwelijks sprake kan zijn van de klassieke positivistische opvatting van de positie van de rechter. Daar waar de rechter vroeger geacht werd de wet louter toe te passen, kan men dezer dagen steeds moeilijker ontkennen dat de rechter heden ten dage ook op een meer creatieve wijze met het recht omspringt.³ Steeds vaker moet hij wettelijke bepalingen beoordelen op hun redelijkheid en billijkheid, wordt hij geconfronteerd met opennormen invullen en maakt hij zich bijgevolg ‘schuldig’ aan rechtsvorming.

Deze evolutie is niet zonder meer aan de rechtsleer voorbijgegaan. In deze discussie staat de rol van de rechter in een democratische samenleving centraal. Sprak MONTESQUIEU immers niet over een mechanische rechter? Over een rechter die zich niet op het terrein van de twee andere machten uit de *Trias Politica* mag begeven? Bestaat er geen gevaar dat de rechter die niet democratisch verkozen is, de wetgevende macht zal verdrukken? De internationalisering van het recht gaat hier ook niet zonder gevolg aan voorbij. Het uitbouwen van internationale rechtscolleges staat vaak in schril contrast met de beperkte mogelijkheden van internationale wetgevers. Daarenboven voelen we ons vanuit een continentale rechtstraditie wat onwennig bij het gebruik van algemene rechtsbeginselen, jus cogens, gebruiken en gewoonten.

¹ P. RIJKEMA, “De dubbele onafhankelijkheid van de rechter” in A.M HOL en J. TEN BERGE (eds.), *De onafhankelijke rechter*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2007, (125) 126.

² Merk op dat RIJKEMA ervan uitgaat dat de rechter altijd een actieve inbreng heeft. Hiervoor baseert hij zich op de theorieën van PAUL SCHOLTENS welke stelt dat elk recht altijd dubbel recht is. Het bestaat enerzijds uit de regels die door een autoriteit werden uitgedrukt (de formele wetgeving) en anderzijds uit het recht dat in het rechtsbewustzijn leeft. In het rechtspreken zal de rechter volgens SCHOLTENS steeds beroep moeten doen op de beide vormen van recht. P. RIJKEMA, “De dubbele onafhankelijkheid van de rechter” in A.M HOL en J. TEN BERGE (eds.), *De onafhankelijke rechter*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2007, 125-140.

³ Op dezelfde manier wordt gezegd dat daar waar de rechter vroeger een spreekbuis van de wet was, hij nu een spreekbuis van het recht is geworden. P. BROUWER, “Rechtsvormende rechter of ‘bouche du droit’”, *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie* 1998, (3) 3.

Kortom: de klassieke visie op de *Trias politica*, als drie van elkaar functioneel onderscheiden machten, en de daarbij aansluitende mechanische visie op de rol van de rechter staan onder druk. Hoog tijd dus om hierover te bezinnen en dit thema diepgaand te onderzoeken.

Wanneer een systeem onder druk staat wordt immer de vraag gesteld naar het verstrijken van de houdbaarheidsdatum. Heeft een eeuwenoud concept als de *Trias politica* vandaag de dag nog een nut? Of is het een hoofdstuk dat, samen met de bijpassende mechanische rol van de rechter, beter achtergelaten kan worden? Om op deze vragen een zinvol antwoord te kunnen geven dient gekeken te worden naar de grondslag van het principe van de onafhankelijke rechter. En waar kan deze beter gevonden worden dan bij het ontstaan ervan?⁴

De oorsprong van het concept van de onafhankelijke macht moet over het kanaal gevonden worden. Met name in het Engeland waar ook MONTESQUIEU zijn inspiratie zocht.⁵ De persoon die binnen de *Common Law* traditie met betrekking tot de onafhankelijke rechter het meest op de voorgrond treedt, is SIR EDWARD COKE. Bovendien moet opgemerkt worden dat ondanks MONTESQUIEU en COKE door anderhalve eeuw gescheiden werden, SCHÖNFELD in 1979 aantoonde dat er wel degelijk een link tussen de opvattingen van beide bestaat⁶. Dit hoeft niet te verwonderen: COKE is allicht dé persoon bij uitstek die zijn stempel op de *Common*

⁴ Het principe van een onafhankelijke rechterlijke macht heeft immers niet altijd bestaan. In het licht van de geschiedenis is het zelfs nog betrekkelijk jong. Voordien was het een prerogatief van de koning. Alle autoriteit kwam immers aan de persoon van de koning toe, waarom de rechtsprekende dan niet? Volgens sommige auteurs droegen koningen in beginsel hun rechtsprekende bevoegdheid over aan rechters om zichzelf in te dekken. Door de taak van zich af te schuiven dienden zij immers zelf geen onderdanen meer te veroordelen en konden ze zich zo onttrekken aan de intriges van hun vazallen. Het was in oorsprong wellicht een middel van de *primus* om zich van zijn *pares* te distantiëren. Een gevolg was evenwel dat een *bureaucratic drift* van de zijde van de rechters al snel kon leiden tot spanningen in de relatie tussen *principal* en *agent*, waarbij de rechters zich steeds onafhankelijker gingen profileren. De totstandkoming van de onafhankelijkheid van de rechter moet dan ook gekadert worden in een ruimere beknopping van de koninklijke prerogatieven. SCHÖNFELD merkt m.i. dan ook terecht op dat het principe vooral ondersteund werd in het streven naar meer autonomie van de adel ten overstaan van de koning in bvb. de puriteinse beweging en de Frondes in het 17^e eeuwse Engeland en Frankrijk. K. SCHÖNFELD, *Montesquieu en "La Bouche De la Loi"*, Leiden, New Rhine Publishers, 1979, 54-56.

⁵ Hierbij dient opgemerkt te worden dat Engeland allicht het eerste Europese land was waar zich een groep professionele juristen vormde. De Engelse rechtsgeleerde FORTESCUE zou bijvoorbeeld een eeuw voor Coke stellen dat er nergens in Frankrijk zoveel rechtenstudenten waren als er waren aan de Engelse inns of court. C. JOHNSON, *The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I*, Londen, Henry Colburn Publishers, 1875, 22-23.

⁶ K. SCHÖNFELD, *Montesquieu en "La Bouche De la Loi"*, Leiden, New Rhine Publishers, 1979, 98.

Law traditie heeft gedrukt, iets wat opmerkelijk is, gezien COKE helemaal geen theoreticus was.

Niettegenstaande merkt HAROLD BERMAN op dat de rechtsfilosofische opvattingen van de *Common Law* niet wezenlijk verschillen met die van de continentale traditie. Het verschil ligt eerder in de praktijk en dit verschil – aldus HAROLD BERMAN – stamt af van EDWARD COKE's benadering van de *Common Law*.⁷

Dit werkstuk zal zich verder wijden aan de rol die SIR EDWARD COKE aan de rechter toekende. Dit is evenwel onmogelijk zonder ook naar COKE's ruimere rechtsopvattingen te kijken en dan voornamelijk de rol van koning en parlement en de legitimiteit van het recht. Vervolgens zal gekeken worden naar de doorwerking van zijn benadering en zal een hedendaagse conceptualisering gemaakt worden. Vooreerst zal echter aangevat worden met een korte historische schets van Sir Edward Coke's leven en het politieke en juridische landschap van het Engeland waarin hij als jurist actief was.

2. Historische situering van Edward Coke

In wat volgt zal eerst het leven en werk van Sir Edward Coke besproken worden waarna de politieke situatie in Engeland tijdens zijn leven geschetst wordt.

2.1. Leven en werk van Edward Coke

SIR EDWARD COKE was onder *Common Law* juristen gedurende eeuwen bekend als de schrijver van het commentaar op '*Littleton's Tenures*' oftewel '*Cokes Littleton*'. Dit werk, dat nu bekend staat als COKE's *institutes*, werd in de Angelsaksische wereld door generaties juristen als basiswerk gebruikt. SIR EDWARD COKE was echter veel meer dan enkel maar de schrijver van dit boek. De beroemde Amerikaanse rechtsgeleerde EDWARD CORWIN beschreef hem als volgt: "*Before he was a commentator on the law of England, however, Coke was successively law reporter, crown attorney, chief justice of the Common Pleas, chief justice of the King's Bench, and member of Parliament; and always he was Edward Coke, an outstanding,*

⁷ H. BERMAN, "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1658.

aggressive personality, with a fixed determination to make himself mightily felt in whatever place of authority he might occupy.”⁸

Edward Coke⁹ werd op 1 februari 1552 in Mileham, een dorpje ten noordoosten van Norwich, als enige zoon in een familie met acht kinderen geboren. De plaats van zijn geboorte vormt een treffend symbool voor zijn professionele carrière. De familie Coke woonde ten tijde van Edward’s geboorte immers binnen de vervallen muren van een Normandisch kasteel. ALLEN BOYER merkt dan ook op dat “*The baby born within the Norman walls would be the judge who traced his nation’s liberties into the mythic past*”.¹⁰ Zijn vader, Robert Coke, was, evenals zijn grootvader langs moederzijde, een jurist en behoorde tot de plaatselijke *gentry* in Norfolk alwaar hij gedurende zijn leven verschillende juridische ambten uitoefende.¹¹ Vanuit deze achtergrond was Robert Coke erg begaan met de opleiding van zijn zoon.¹² Hij stierf evenwel toen de jonge Edward Coke slechts tien jaar oud was.¹³ Enkele jaren later huwde Winifred, de moeder van Edward met Robert Bozoun, een vooraanstaande man uit Norfolk, wiens connecties van belang waren voor het uitbouwen van Coke’s professionele carrière.¹⁴

Zijn eerste onderwijs genoot Coke aan de *Free School* te Norwich waarna hij, op vijftienjarige leeftijd, aan het *Trinity College* in Cambridge ging studeren alwaar hij na drie en half jaar zijn *master of arts* behaalde. Toen Coke aan het *Trinity College* studeerde was de universiteit in de ban van religieuze conflicten. Centraal twistpunt

⁸ E. CORWIN, “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 1929, (365) 366.

⁹ EDWARD COKE was niet van adellijke afkomst. De voorvoegsel ‘*Sir*’ zou hij pas later krijgen.

¹⁰ COKE was zich overigens zelf bewust van deze analogie. Coke zou dit verhaal rond zijn geboorte en de analogie met zijn carrière zelf aan Henry Spelman verteld hebben. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 4.

¹¹ C. JOHNSON, “*The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of Englands in the reign of James I*”, Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 9.

¹² Zo heeft hij in zijn testament een deel van zijn vermogen voorbehouden voor de opleiding van de jonge Edward Coke. Edward Coke zelf hechtte ook zeer veel belang aan onderwijs en zou in de loop van zijn leven verschillende scholen oprichten. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 5-13.

¹³ De moeder van Coke stierf toen deze slechts 2 jaar te Cambridge studeerde. C. JOHNSON, “*The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of Englands in the reign of James I*”, Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 13.

¹⁴ Coke dient in dit opzicht ook beschouwd te worden als een lid van een netwerk van de landelijke elite van Norwich die zich opwerkten in het Engelse bestel en niet enkel als een individu die alles op zichzelf bereikte. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 56.

was de kerkelijke klederdracht. Vele puriteinen, waaronder allicht Coke,¹⁵ waren van mening dat de kerkelijke gewaden te sterk refereerde naar de katholieke kerk. Het geloof moest immers ontdaan worden van al de dwalingen die de Kerk in afwijking van het nieuwe testament geïntroduceerd had. De kerkelijke gewaden werden zo symbool voor de verderfelijke kerkelijke hiërarchie.¹⁶ Een visie die bij vele puriteinen bij analogie op de wereldlijke hiërarchie werd toegepast.

Nadat hij de graad van *master of arts* te Cambridge behaald had, kon Coke rechten gaan studeren aan het *Clifford's Inn* te Londen. Zijn professionele loopbaan nam aanvang, op een voor die tijd tamelijk jonge leeftijd, toen hij zich op 27 jarige leeftijd op 20 april 1578 aan de *Bar* inschreef.¹⁷ Opmerkelijk aan Coke is dat hij niet enkel vroeg begon, hij eindigde ook laat. Hij bleef zijn hele leven actief en toen hij in 1634 stierf op de gezegende leeftijd van 82 jaar, kon hij terugblikken op een zeer lange juridische carrière.¹⁸ De lengte van zijn carrière bezorgde Coke veel aanzien en

¹⁵ Coke groeide op in een Puritein milieu. Twee van de zusters van Coke waren in een puriteinse familie getrouwd en ook zijn eerste echtgenote maakte er deel van uit. A. BOYER, "*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*", Stanford, Stanford University Press, 2003, 65.

¹⁶ Merk op dat onder *Queen Elisabeth* de religieuze conflicten in Engeland grotendeels gepacificeerd werden door een compromis te sluiten. Een gevolg hiervan was wel dat de Anglicaanse Kerk enkele afgezwakte vormen van de katholieke rituelen zou behouden. Het is tegen deze elementen, waaronder dus de klederdracht, dat vele puriteinen ageerden. In de periode dat Coke aan Cambridge studeerde speelde het conflict aan de universiteit zich vooral af tussen John Whitgift, een Anglicaanse bisschop die een harde lijn aanhield ten opzichte van dissidente gedragingen, en Thomas Cartwright, een puriteinse denker die ver verwant was met Coke. Opvallend is dat Coke Cambridge vroegtijdig verlaten heeft, net op het moment Thomas Cartwright veroordeeld werd en verdreven van Cambridge. Withgift zou Coke, wanneer deze tot *Attorney* van *Queen Elizabeth* werd benoemd, een bijbel sturen met de boodschap dat hij (Coke) reeds voldoende geleerd had over de *Common Law* maar snel diende te beginnen met de studie van het recht van God. A. BOYER, "*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*", Stanford, Stanford University Press, 2003, 20-24.

¹⁷ J. BEAUTE, "*Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*", Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 17. C. JOHNSON, "*The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I*", Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 19.

¹⁸ Coke's carrière was niet alleen lang, ze bestreek ook zowat het gehele gamma aan juridische beroepen die er in het Engeland van zijn tijd bestonden. Daarnaast heeft Coke ook gepleit voor een zeer divers clientèle. In de casussen van Coke zien we allicht een breder perspectief van de Engelse samenleving als in *The 'Canterbury Tales'* van GEOFFREY CHAUCER. In zijn casussen passeren Puriteinse predikers, katholieke clerus, handelaren, ongeletterde leenmannen e.a. de revue. Coke was duidelijk pragmatisch in de aannahme van zaken en weigerde zich, ondanks zijn puriteinse achtergrond, op één groep toe te spitsen. De meest exotische cliënt die hij ooit verdedigd heeft was wellich een Noord-Afrikaanse familie in een handelsgeschil waarbij zeker niet duidelijk is of de Noord-Afrikanen Engeland ooit bezocht hebben. Coke kreeg de verdediging van de zaak op zich via een tussenpersoon. Volgens ALLEN BOYER was deze case, die overigens niet in de geschriften van Coke zelf opgenomen staat maar wel in die van zijn leerling Spelman, bijzonder vanwege het aanvaarden van de klacht van de Noord-Afrikaanse handelaars. Eén generatie eerder zou *Chief Justice* Robert Brooke immers nog

maturiteit. In de 17^e eeuw was ouderdom immers een element van gezag. KEITH THOMAS neemt in dit verband zelfs de term *Gerontocracy* in de mond, om aan te duiden dat het gaat om een cultuur waarin kennis geacht wordt over te gaan van oud naar jong. Dit was zeker het geval in de rechtspraktijk. In een rechtssysteem dat voornamelijk steunde op gesproken recht hadden ouderen immers een belangrijke rol bij het bepalen van het bestaan en de inhoud van een rechtsregel.¹⁹

Als pleiter vergaarde Coke al snel faam door zijn rol in enkele ophefmakende rechtszaken.²⁰ Na één jaar pleiten werd hij dan ook al aangesteld als *reader* aan de *Lyon's Inn*. Daarenboven was Coke tevens actief als *counselor*, in welke functie hij juridische adviezen verstrekke.

Op de leeftijd van dertig jaar trad Coke in het huwelijk met Bridget Paston, een rijke jongedame uit een vooraanstaande familie, met wie hij tien kinderen kreeg.²¹ In dezelfde periode werd hij ook opgemerkt door William Cecil oftewel Lord Burghley, de rechterhand van Queen Elisabeth. Onder diens hoede kreeg Coke de mogelijkheid in dienst van de overheid te treden. Eerst als pleiter en later als magistraat. Ondertussen zat hij ook in het *House of Commons* waar hij in 1593 als speaker werd aangeduid.²² In deze functie zou hij enkele nieuwe procedures in het *House of Commons* introduceren. Op 27 juni 1598 stierf Bridget. Hetzelfde jaar nog, trad Coke voor een tweede maal in het huwelijk met Elizabeth Hatton, een vrouw met vele connecties.

gezegd hebben dat klachten van joden en moslims onontvankelijk waren. Een dergelijke casus getuigt dan ook van de veranderlijke wereld waarin Coke leefde. A. BOYER, "*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*", Stanford, Stanford University Press, 2003, 46.

¹⁹ A. ORR, "A Prospectus for a 'New' Constitutional history of Early Modern England", *Albion: A Quarterly Journal concerned with British Studies* 2004,(430) 444.

²⁰ Het betreft de *CROMWELL V. DENNY CASE* dewelke Coke heeft neergeschreven in het vierde deel van de *Reports* in §13 en de *SHELLEY'S CASE* dewelke hij heeft neergeschreven in het eerste deel van de *Reports* in §94.

²¹ Door dit huwelijk kwam Coke in contact met enkele van de 'eerste' families van het land. C. JOHNSON, "*The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I*", Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 65-67. Coke zou eerder op het punt gestaan hebben om met Jane Goodman te huwen, allicht een buitenechtelijke dochter van Thomas Howard, de hertog van Norfolk. Veel is echter niet geweten over deze episode. Het is echter opmerkelijk dat er zich in de verzameling schilderijen die Coke naliet een portret bevond genaamd 'Jeanne Goodman'. A. BOYER, "*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*", Stanford, Stanford University Press, 2003, 25.

²² C. JOHNSON, "*The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I*", Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 102.

In dezelfde periode begon Coke neerschriften van rechtspraak te verzamelen, hetgeen in 1600 uitmondde in de publicatie van het eerste deel van zijn *Reports*.²³ De andere delen van de reports gaf hij later met een zekere regelmaat uit. De *institutes* schreef Coke pas in de laatste jaren van zijn leven en het grootste deel ervan werd pas na zijn dood uitgegeven.

In 1606 werd Edward Coke door James I, die in hem een sterke verdediger van de monarchie zag,²⁴ geridderd en benoemd tot *Attorney general*, een functie die hij zou behouden tot James I hem in 1616, na een conflict tussen beiden, van deze post verwijderde. Verschillende opvattingen over het koningschap lagen aan de oorsprong van het conflict tussen Coke en James I. Coke meende dat het koningschap, naar het voorbeeld van Elisabeth I, een gebalanceerd koningschap moest zijn. James I van zijn kant hield er meer absolutistische opvattingen op na.

Coke herwon het vertrouwen van de koning al snel terug en werd in de *Privy Council* opgenomen. Later werd hij ook opnieuw verkozen tot lid van het *House of Commons*. Hier zou hij van 1621 zetelen, tot het parlement in 1628 door koning *Charles I* ontbonden werd. In 1621 werd Coke tevens voor enkele maanden in de *Tower* opgesloten omdat hij inging tegen de prerogatieven van de koning. In 1628 zou hij voor een laatste maal een belangrijke publieke rol spelen bij het verdedigen van de *Petition of Right* in het *house of Commons*.

2.2. Politieke ontwikkelingen in ‘Stuart England’

2.2.1. Queen Elisabeth I

Hoewel Edward Coke geboren werd tijdens een woelige periode in de Engelse geschiedenis²⁵, bracht hij zijn jeugd en de eerste helft van zijn leven door in tijdens

²³ Opvallend aan de *reports* is dat Coke er geen zaken in opnam die hij zelf, als pleiter, verloren had. De verslagen van deze casussen zijn in vele gevallen echter overgeleverd via de *reports* van zijn leerling George Croke. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 53.

²⁴ Hierbij dient opgemerkt te worden dat Elisabeth Hathon, de tweede vrouw van Coke, een goede relatie onderhield met de vrouw van James I. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 300.

²⁵ Edward Coke werd nog net geboren onder de regering van koning Edward VI (Coke is dan ook genoemd naar deze koning) waarin de Anglicaanse Kerk zich van de Roomse afscheidde en Engeland, zeker gedurende de korte regeerperiode van *Bloody Mary*, in godsdienstconflicten vergleden was. Toen Coke 8 jaar oud was besteed Elisabeth I evenwel de troon. C. JOHNSON, “*The life of Sir Edward*

één van de stabielste momenten. Onder de regering van koningin Elisabeth I werd, door het Elizabethaanse compromis, immers een einde gemaakt aan de religieuze conflicten die Engeland voordien geteisterd hadden. Bovendien zorgde een goed uitgekiemd patronagebeleid voor interne politieke stabiliteit.²⁶ Daarnaast kondigde de overwinning op de Spaanse Armada in 1588 het begin van de Engelse maritieme expansie aan²⁷ en beëindigde de overwinning van protestantse rebellen in Schotland de permanente dreiging van een Frans-Schotse alliantie.²⁸

Budgettaire maakte Engeland onder Elisabeth vorderingen²⁹ maar slaagde het koningshuis er niet in haar geldtekort bestendig op te lossen met als gevolg dat het spook van de armoede meer dan ooit door het Elizabethaanse Engeland waarde.³⁰ De toenemende rol van de overheid in de maatschappij en de economische noden die militaire ontwikkelingen vergden enerzijds, en de veroudering van de bestaande inkomsten anderzijds, maakten een evenwichtige begroting onmogelijk.^{31,32} Een gevolg hiervan was dat de koningin steeds meer beroep moesten doen op budgettaire kunstgrepen, zoals het verlenen van monopolies voor fabricage en het invoeren van nieuwe douaneheffingen (zaken die een belangrijke plaats innamen in de juridische

Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I", Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 2.

²⁶ A. SMITH, *"The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660"*, Londen, Longman, 1997, 121-126.

²⁷ D. VAN DER HORST, *'Geschiedenis van Engeland'*, Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 71-78.

²⁸ De relaties met Frankrijk verbeterden ook doordat Calais op indirect manier aan Frankrijk werd overgedragen. A. SMITH, *"The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660"*, Londen, Longman, 1997, 111-112.

²⁹ doordat ze de rentes op leningen in Antwerpen kon drukken. HASTINGS, L. en H. BLOCK, *"Edward Coke, Oracle of the Law"*, Boston, Houghton Mifflin, 1929, 48.

³⁰ Historici schatten dat de laatste decennia van het bestuur van Queen Elisabeth de ergste jaren waren voor de armere bevolking in de geschiedenis van Engeland. A. SMITH, *"The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660"*, Londen, Longman, 1997, 237.

³¹ Het gaat met name om drie factoren. Ten eerste kon men geen opbrengsten meer halen uit de verkoop van kroondomeinen, daarnaast namen de opbrengsten van de bestaande belastingen af en ten derde was er inflatie door de aanvoer van edelmetalen uit kolonies en een toename van de bevolking van zo'n drie miljoen inwoners in Engeland en Schotland in 1550 tot een vijf miljoen in 1630 waarna de bevolkingsgroei stabiliseerde (wat leidde tot een opwaartse druk op prijzen en neerwaartse op lonen). D. VAN DER HORST, *'Geschiedenis van Engeland'*, Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 79-80. En A. SMITH, *"The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660"*, Londen, Longman, 1997, 165-172.

³² Een ander probleem bij de inkomstenverwerving was dat de handels- en landbezitersklasse slechts heel weinig belastingen moesten betalen. Dit werd belangrijk toen latere koningen meer belastingen op deze klassen wilden halen en daarbij op protest stuitten. A. SMITH, *"The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660"*, Londen, Longman, 1997, 118-119.

werkzaamheden van Coke), om een grondige hervorming van de belastingen te vermijden.³³

Het beleid van Queen Elisabeth was in sterke mate geschraagd op haar persoonlijk imago en de cultus rond de monarchie. Zij was de laatste vorst van de Tudor-monarchie dewelke zich kenmerkte door een vorm van *Balanced government* die steunde op drie zuilen, namelijk: in de eerste plaats respect voor de wet, daarnaast respect voor de autonomie van lokale overheden en in de laatste plaats werd voor het parlement een belangrijke rol weggelegd. Deze benadering van de monarchie, JEAN BEAUTÉ noemt het *la tradition constitutionele anglaise*, zou een belangrijke rol spelen in de opvattingen van Coke.³⁴

2.2.2. King James I

Queen Elisabeth I stierf in 1603, in het midden van Coke's loopbaan. Zij had de Schotse koning James I Stuart aangewezen als haar opvolger. De kronen van Engeland en Schotland werden zo op vreedzame wijze verenigd.³⁵ Een gevolg hiervan was evenwel dat er in Engeland een koning aan de macht kwam die ideeën over recht en politiek had die afweken van de gangbare Engelse opvattingen. Schotland kende immers een meer absolutistisch, op Frankrijk gerichte, oriëntatie.³⁶

³³ D. VAN DER HORST, 'Geschiedenis van Engeland', Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 79.

³⁴ Dit werd bijvoorbeeld aangehaald in het conflict tussen Coke en James I over de rol van het koningschap. Zie: leven en werk van Coke; J. BEAUTE, "Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne", Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 19-20.

³⁵ D. VAN DER HORST, 'Geschiedenis van Engeland', Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 83.

³⁶ J. BAKER, "An introduction to English Legal History", Bath, Bath Press, 2002, 33-34; C. JOHNSON, "The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I", Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 111. R. USHER, "James I and Sir Edward Coke", *The English Historical Review* 1903, 664-675. Glenn Burgess is het hier echter niet mee eens en stelt dat de Schotse koningen in theorie ook gelimiteerd werden door het Goddelijk recht. G. BURGESS, "Absolute Monarchy and the Stuart Constitution", New Haven, Yale University Press, 1996, 41.

James I schreef zijn opvattingen over het recht neer in *the Trew Law of Free Monarchies* in 1598, voordat hij koning van Engeland werd. Hierin stelde hij dat de koning zijn functie ontleende van God. Het was inderdaad het Goddelijk recht dat de rol van de koning bepaalde. Anderzijds was James I van mening dat het menselijk recht van de koning net zoals het Goddelijk recht uitging van God. Het gevolg hiervan was volgens James I dat de koning, zoals God, heerste volgens de *Reason*, maar dat het wel de *Reason* van de koning diende te zijn dewelke, net als de wil van God, soms arbitrair kon zijn en niet verantwoord diende te worden ten aanzien van andere mensen. James I ontleende zijn ideeën grotendeels aan Bodin. Daarbij stelde hij evenwel dat een 'Just King' de wetten die er bestonden beter kon respecteren. BERMAN gaat er verder echter wel van uit dat de ideeën van James I niet nieuw waren in Engeland. De absolutistische theorieën bestonden daar al lang en waren ook door de eerste Tudors benaderd. Onder het bewind van Elizabeth werd er echter voor gekozen om een zachtere aanpak te

De persoonlijkheid van James I versterkte dit. James I was immers een vreemde in Engeland. Hij publiceerde boeken over theologie, de opkomst van tabak, heksenvervolging en, hetgeen tot conflicten leidde, het goddelijk recht der koningen. De koninklijke prerogatieven, zo argumenteerde hij, waren van goddelijke oorsprong en dus onaantastbaar. M.i. waren dergelijke opvattingen tamelijk gangbaar en dus wél verzoenbaar met een vorm van *mixed government*. In het verlengde hiervan dient vermeld te worden dat James I er meestal in slaagde de spanningen met het parlement binnen de perken te houden. Dit vanwege het feit dat hij, ondanks zijn opvattingen over het koningschap, niet aan de bevoegdheden van het parlement geraakt heeft^{37 38} en doordat zijn lange ervaring als vorst in Schotland hem geleerd had rekening te houden met de adellijke gevoeligheden.³⁹

Niettegenstaande had James I ook conflicten met het parlement. Net zoals bij zijn voorgangster het geval was, had dit vaak te maken met zijn aanhoudend geldtekort. James I riep dan ook nieuwe douaneheffingen en monopolies in het leven. Hij werd hierin gesteund door verscheidene rechtbanken⁴⁰ maar toen het parlement in 1614 tegen één van de door James' opgelegde douanerechten dreigde op te treden (hetwelk

gebruiken om zo de eenheid van een land, die permanent bedreigd werd door enerzijds Puriteinse en anderzijds katholieke krachten, niet op het spel te zetten. H. BERMAN, "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1667-1673.

³⁷ Jacobus I heeft zo bijvoorbeeld altijd getracht de twee koninkrijken te unificeren, iets waarin hij tegengehouden werd door het Engelse parlement. A. SMITH, "*The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*", Londen, Longman, 1997, 257.

Wel kon hij enkele symbolische dingen verwezenlijken zoals het invoeren van de titel 'koning van Groot-Brittanië' en de introductie van de Britse vlag, de *union jack*, bestaande uit de combinatie van het rode kruis van St. George van Engeland en het witte kruis van St. Andrew van Schotland. D. VAN DER HORST, '*Geschiedenis van Engeland*', Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 84-85.

³⁸ Merk op dat Elisabeth ook enkele conflicten met het parlement heeft gehad. Daarbij is het van belang te zien dat het parlement in deze periode in belang toenam doordat de *house of commons* sterk uitgebreid werd. Dit zorgde ervoor dat het parlement meer impact kon krijgen te lande. A. SMITH, "*The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*", Londen, Longman, 1997, 127-134.

³⁹ Merk op dat James I al sinds 1567, toen hij één jaar oud was, koning van Schotland was wanneer hij in 1603 als koning van Engeland aantrad. A. SMITH, "*The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*", Londen, Longman, 1997, 253.

⁴⁰ Zo had een zekere Bate bijvoorbeeld een rechtszaak ingespannen waarin hij stelde dat zijn eigendomsrechten als koopman geschonden werden door een nieuwe douaneheffing. De rechtbank oordeelde echter dat dit niet het geval was en stelde daarbij dat dit eenzijdig optreden van de koning niet inging tegen de prerogatieven van het parlement. D. VAN DER HORST, '*Geschiedenis van Engeland*', Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 86.

ingesteld was om de oorlogsvoering tegen Spanje te financieren⁴¹) liet de koning het parlement ontbinden. Tot 1621 regeerde hij verder zonder parlement.⁴²

2.2.3. King Charles I

De zoon en opvolger van James I, Charles I, deelde de visie over het koningschap van zijn vader. In zijn beleid steunde hij heel sterk op Buckingham dewelke onder de regering van James I al een belangrijke rol speelde.⁴³ Deze engageerde Engeland in verschillende oorlogen welke de financiële draagkracht van de koning volledig ondermijnden. Daarnaast trachtte Charles I zijn eigen religieuze opvattingen door te drukken, wat op weerstand stuitte bij veel gematigde gelovigen.⁴⁴ Charles I kwam dan ook al snel in conflict met het parlement en daar waar zijn vader de problemen met het parlement steeds binnen de perken wist te houden, wist Charles I niet dezelfde diplomatische vaardigheden aan de dag brengen.⁴⁵

Het parlement, dat sinds de dood van James I in 1621 terug was samengeroepen om belastingen mogelijk te maken, speelde in 1625 hard op het toekennen van het recht om belastingen te innen. In datzelfde jaar stelde het tevens een *impeachment* procedure in tegen Buckingham.⁴⁶ De koning weigerde zich hierbij neer te leggen en

⁴¹ En anders dan in 1585, toen Engeland de dreiging van een Spaanse invasie vreesde, was het parlement nu heel wat minder enthousiast voor deze offensieve oorlog. A. SMITH, *The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*, Londen, Longman, 1997, 270-272.

⁴² D. VAN DER HORST, *Geschiedenis van Engeland*, Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 86-87.
Er moet opgemerkt worden dat er onder historici een discussie heerst in welke mate het parlement voor de jaren 1640 de soevereiniteit van de koning wel echt contesteerde. Een weergave van het debat kan teruggevonden worden in J. KENYON, "Revisionism and Post-Revisionism in Early Stuart History", *The Journal of Modern History* 1992, 686-699.

⁴³ A. SMITH, *The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*, Londen, Longman, 1997, 270.

⁴⁴ A. SMITH, *The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*, Londen, Longman, 1997, 270.

⁴⁵ C. TITE, *Impeachment and Parliamentary Judicature in Early Stuart England*, Londen, Athlone Press, 1974, 178.

⁴⁶ Dit gebeurde in het kader van de verschillende offensieve oorlogen die Buckingham poogde te voeren. Deze processen hadden dan ook een geopolitieke impact doordat ze aantoonde dat de offensieve houding van Engeland slechts precair was. Intern leidde dergelijke *impeachment* procedures tot de idee dat het lagerhuis het volk van Engeland vertegenwoordigde door het verruimde stemrecht en de publiciteit die uitging van dergelijke processen. A. SMITH, *The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*, Londen, Longman, 1997, 274-275. De *Impeachment* procedure zou ook niet onverwacht zijn gekomen. Een Venetiaanse gast in Londen had reeds op voorhand voorspeld dat als het parlement opnieuw bijeen zou komen (het parlement kwam slechts enkele weken per jaar bijeen) ze hun eisen zouden hardmaken ten koste van Buckingham. C. TITE, *Impeachment and Parliamentary Judicature in Early Stuart England*, Londen, Athlone Press, 1974, 180.

inde de belastingen toch. Daarnaast legde hij een aantal burgers gedwongen leningen op. Wanneer enkelen weigerden een lening aan de koning toe te kennen, liet deze hen opsluiten. Deze edellieden vochten hun opsluiting aan op basis van het *Habeus Corpus*⁴⁷. Hun argumentatie werd door de koninklijke rechtbank in de zogenaamde ‘*Five Knights Case*’ echter niet gevolgd. De rechtbank oordeelde dat de koning over het prerogatief beschikte om onderdanen op te sluiten zonder een voorafgaand proces.⁴⁸

Deze uitspraak was echter buiten het parlement gerekend dat Charles I in 1628 terug bijeen moest roepen uit geldnood. In deze kwestie speelde Coke een vooraanstaande rol. Als lid van het *House of Commons* weigerde hij in te stemmen met nieuwe belastingen zonder dat de koning enkele van hun eisen zou inwilligen. Deze eisen werden in de vorm van een *Petition of Rights* aan de koning voorgelegd en eisten dat de monarch noch belastingen kon heffen zonder instemming van het parlement, noch burgers kon laten opsluiten zonder voorafgaand proces.⁴⁹ De koning kon niets anders dan zich hierbij neerleggen maar trachtte de *Petition of Rights* in de praktijk te omzeilen.⁵⁰ Nadat het parlement hier een jaar later tegen protesteerde ontbond Charles I het parlement waarna het niet meer zou samenkomen tot 1640. De periode tussen 1629 en 1640 wordt dan ook de ‘*Personal Rule*’ van Charles I genoemd. Volgens enkele historici leidde deze periode, ondanks haar stabiliteit, tot een vervreemding tussen het Hof en de landelijke adel. Dit zou hebben bijgedragen aan de spanningen die tot de burgeroorlog van 1640 leidden welke Charles I het leven zou kosten.⁵¹

2.3. Recht en rechtspraak in ‘Stuart England’

In wat volgt worden vier delen onderscheiden. In de eerste plaats wordt de *Common Law* besproken. Hierbij wordt voornamelijk aandacht besteed aan de oorsprong van de *Common Law*, de instellingen die de *Common Law* op nationaal en lokaal niveau

⁴⁷ Wat in het modern Europees recht zou worden ondergebracht onder artikel 6 van het EVRM en teruggaat op het legaliteitsbeginsel in het strafrecht.

⁴⁸ JOHN GUY geeft een gedetailleerde weergave over dit proces en hoe dit de aanleiding vormde voor de *Petition of Right*. J. GUY, “The origins of the Petition of Right Reconsidered”, *historical Journal*, 1982, 289-312.

⁴⁹ LESAFFER, Randall, ‘*Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*’, Leuven, 2004, 360.

⁵⁰ D. VAN DER HORST, ‘*Geschiedenis van Engeland*’, Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 91-93.

⁵¹ A. SMITH, ‘*The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*’, Londen, Longman, 1997, 279-280.

toepasten. (Een diepgaandere analyse van de eigenschappen van de *Common Law* zal besproken worden wanneer de visie van Coke over de *Common Law* besproken wordt). Vervolgens wordt even stilgestaan bij de *Magna Charta* en de rol die deze aan het parlement toekende. Hierbij wordt de vraag gesteld naar het bestaan van een constitutie in het Engeland van Coke. Tot slot wordt ingegaan op de rechtspraak van de 16^e en de 17^e eeuw.

2.3.1. De Common Law

2.3.1.1. Oorsprong van de Common Law

De *Common Law* wordt teruggevoerd tot de regering van Hendrik II (1154-1189) dewelke na vele jaren burgeroorlog het recht en orde in het land herstelde.⁵² Eén van de instrumenten daartoe was het instellen van koninklijke rechtspraak door middel van rondreizende rechters. Deze rechters zouden, door hun unificerende invloed op het tot dan toe zeer lokale gewoonterecht, de eerste aanzet geven voor de vorming van de *Common Law*. Het recht bleef weliswaar gewoonterecht, maar werd nu *common* aan heel Engeland. Vandaar dat de *Common Law* ook wel de ‘*law of the land*’ genoemd wordt.⁵³

Hoewel de studie van het Romeinse recht in diezelfde eeuw doorheen Europa een nieuwe impuls kreeg, had deze beweging weinig invloed op het Engelse recht. Aan de *Civil Law*, het Romeinse recht zoals dat in Engeland werd gepercipieerd, werd slechts een beperkte rol toegekend.⁵⁴ Dit aangezien de *Common Law* voordien al een hoge mate van unificatie⁵⁵ en sofisticering had bereikt.⁵⁶ Niettegenstaande had het Romeins

⁵² J. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Bath, Bath Press, 2002, 12-22. BAKER is van mening dat in de twaalfde eeuw een snelle en efficiënte uitbreiding plaatsvond van instellingen die al van voor 1066 bestonden.

⁵³ Daarnaast voerde Hendrik II de juryrechtspraak in dewelke nog steeds een typisch kenmerk van de *Common Law* vormt. D. VAN DER HORST, ‘*Geschiedenis van Engeland*’, Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 27.

Om deze reden wordt vaak gesteld dat de *Common Law* door Engeland constitutioneel van de rest van Europa te onderscheiden een bouwsteen was voor de vorming van de Engelse nationale identiteit. A. ORR, ‘A Prospectus for a ‘New’ Constitutional history of Early Modern England’’, *Albion: A Quarterly Journal concerned with British Studies* 2004,(430) 446.

⁵⁴ D. VAN DER HORST, ‘*Geschiedenis van Engeland*’, Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 27-28.

⁵⁵ Merk op dat dit een opmerkelijke eigenschap was voor de ontwikkeling van gewoonterecht. In andere Europese landen bleef het gewoonterecht tot de opkomst van de codificatiebeweging zeer gefragmenteerd.

⁵⁶ J. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Bath, Bath Press, 2002, 28.

recht toch invloed op de *Common Law* doordat het reeds lang aanwezig was in het Engelse rechtstelsel⁵⁷, aan de universiteiten gedoceerd werd en via het Kerkelijk recht^{58 59}.

2.3.1.2. De instellingen van de Common Law in de 17^e eeuw

Als reactie op de uitbreiding van het overheidsoptreden en koninklijke prerogatieven kreeg de Common Law in het begin van de 17^e eeuw een vernieuwde levenskracht. COKE speelde hierin een prominente rol. Met het verzet tegen de koninklijke prerogatieven verzette deze beweging zich ook tegen de rol van enkele nieuwe koninklijke rechtbanken. De *Common Law* werd immers sterk gedragen door oude koninklijke rechtbanken die uit de middeleeuwen dateerden. Dit waren de *Echiquier*, de *Common Pleas* en de *King's Bench*.⁶⁰ Daarnaast ontstonden er in de loop van de 15^e en 16^e eeuw enkele nieuwe rechtbanken waarvan enkel de *Star Chamber*⁶¹, een strafrechtbank, zich op de *Common Law* baseerde. De andere nieuwe rechtbanken, waarvan de *Court of Chancery* de belangrijkste was, deden dit niet.

Om die reden dreigden deze rechtbanken de rol van de *Common Law*, en dus ook van de *Common Lawyers*, aan te tasten.⁶² Daarenboven – aldus ALAN SMITH – heerste onder de vroege 17^e eeuwse *gentlemen* een diepgaande weerzin tegen elke

In tegenstelling tot het continentaal gewoonrecht had de *Common Law* al een grote mate van eenheid en efficiëntie bereikt. Dit had in sterke mate te maken met de Normandische verovering van Engeland in 1066 waardoor het gehele territorium in handen van *Willem The Conqueror* kwam. R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2004, 253.

⁵⁷ WINKLER toont zo aan dat het Romeins recht al sinds de vroege middeleeuwen in Engeland aanwezig was en daar een rol speelde die te vergelijken was met de rol van het Romeins recht in continentaal Europa. J. WINKLER, "The Roman Law in Anglo-Saxon England", *The Journal of Legal History* 1992, 101-127.

⁵⁸ Het kerkelijk recht nam in Engeland al snel in belang af na de splitsing met de Katholieke Kerk. Waar de kerkelijke rechtbanken voordien bevoegd waren voor nagenoeg heel het burgerlijk recht zou dit al snel herleid worden tot huwelijken en testamenten. J. BEAUTE, "*Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*", Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 31-33.

⁵⁹ Merk ook op dat Lesaffer hierbij een onderscheid maakt tussen het 'geleerde recht' dat net als in continentaal Europa aan de universiteiten werd gedoceerd en de *Common Law*. R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2004, 253-255.

⁶⁰ J. BEAUTE, "*Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*", Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 28-30.

⁶¹ Deze rechtbank ontwikkelde zich uit de juridische adviesraad voor de *King's Council*. J. GUY, "Wolsey's Star Chamber: a study in Archival Reconstruction", *Journal of the Society of Archivists* 1976, (169) 169.

⁶² D. VAN DER HORST, '*Geschiedenis van Engeland*', Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 87.

verandering in het rechtssysteem omdat ze meenden dat de stringentere *Common Law* hun maatschappelijke positie waarborgde.⁶³

De nieuwe koninklijke rechtbanken werden dan ook opgericht als reactie op het stringente karakter van de *Common*.⁶⁴ De *Common Law* was mettertijd te technisch en rigide geworden. De nieuwe rechtbanken – waarvan de *Court of Chancery* de belangrijkste was – deden uitspraak op basis van de *Equity* of het Romeins recht. In de *Court of Chancery* sprak de kanselier recht namens de koning. De redenering hierachter was dat de verscheidene rechtbanken van de *Common Law* oorspronkelijk door de koning in het leven geroepen waren. Men kon dan rechtstreeks beroep doen op de koning via de *Court of Chancery* in plaats van langst de *Common Lawyers* te passeren.

De *Court of Chancery* deed dan beroep op de *equity*, met name op de principes van rechtvaardigheid en billijkheid. Bij een conflict tussen de *equity* en de *Common Law* – zo werd in 1615 beslist – zou de *equity* op de *Common Law* primeren. Het is dan ook niet merkwaardig dat de *Common Lawyers* deze ontwikkeling bekampten. Ze verweten de *Court of Chancery* arbitrair op te treden (“*according to the length of the Chancellor’s foot*”).⁶⁵ De *Court of admiralty* en andere rechtbanken, dewelke in het zog van de opkomende handel werden opgericht, baseerden hun rechtspraak voornamelijk op de *Civil Law* (het Romeins recht dat aan de universiteiten gedoceerd werd).⁶⁶ Volgens HAROLD BERMAN beschouwden de *Civil Lawyers* de *Common Law* als een inferieure, verwarrende en folkloristische rechtsvorm.⁶⁷ In deze context dient ook opgemerkt te worden dat er geen systeem van bevoegdheidsverdeling was

⁶³ A. SMITH, “*The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*”, Londen, Longman, 1997, 192.

⁶⁴ E. IVES en A. MANCHESTER “The development of Equitable jurisdiction” in E. IVES en A. MANCHESTER (eds.), *Law, Litigants and the legal profession, History series n°36*, Londen, 1983, 80-81.

⁶⁵ Hierbij dient echter opgemerkt te worden dat de *equity* in de loop van de 17^e eeuw al snel een even rigide systeem werd als de *Common Law*. Sindsdien bestonden de *Equity* en de *Common law* als twee rechtspijlers naast elkaar en werden ze tot in 1875 door twee verschillende stelsels van rechtbanken toegepast. Vanaf 1875 werden beide rechtssystemen onder de bevoegdheid van eengemaakt stelsel van rechtbanken gebracht. R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2004, 330.

⁶⁶ R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2004, 329-330.

⁶⁷ H. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1670.

uitgewerkt. Het bepalen van de rechtbank “*notoriously varied according to the perspective of the lawyer whose opinion was sought*”⁶⁸.

Naast deze gerechtelijke instellingen heerst er onder historici vandaag een debat over de mate waarin de *Privy Council* – het belangrijkste politieke orgaan⁶⁹ dat de koning moest bijstaan bij het uittekenen en uitvoeren van het beleid – een judiciële taak op zich nam. Zo kon de *Privy Council Petitions* ontvangen van onderdanen die van mening waren dat hen onrecht was aangedaan. De *Privy Council* – geen juridische instelling in de strikte zin van het woord – trad in deze zaken op als een rechtbank. Niettegenstaande zijn historici verdeeld over de vraag in welke mate dit judicieel dan wel quasi-judicieel optreden was.⁷⁰

2.3.1.3. Het lokale niveau

In de voorgaande bespreking over het recht en de politiek in Stuart England werd vooral de nadruk gelegd op de centrale instellingen. Dit geeft een enigszins vertekend beeld van de 17^e eeuwse werkelijkheid. In de realiteit waren de lokale *countries* de besturen waarmee de burgers in contact kwamen. De doorwerking van het centraal gezag op dit niveau was dan ook slechts gering. Van een centraal georganiseerd overheidssysteem was nog lang geen sprake.⁷¹

De *Justices of the Peace* in deze *countries* vervulden een zeer belangrijke judiciële en ook administratieve rol. Bovendien zetelden velen van hen in het *House of*

⁶⁸ J. BAKER, *The Law's two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 24.

⁶⁹ Er was altijd een zekere spanning tussen de great Council en de Privy Council. De laatste zou onder de regering van koningin Elisabeth de bovenhand krijgen. J. GUY, “The rhetoric of Council in Early Modern England” in: D. HOAK (ed.), *Tudor Political Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 302.

⁷⁰ A. SMITH, “*The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*”, Londen, Longman, 1997, 116-117.

⁷¹ De kennis van het centrale recht en beleid was vaak zeer gering doorheen het land. Een belangrijk instrument om de kennis hiervan te verspreiden was bijvoorbeeld het jaarlijkse assisencircuit waarbij rechters en pleiters van de centrale instellingen het land rondreisden om zaken af te handelen. Deze personen brachten de lokale notabelen vaak op de hoogte van de juridische en politieke ontwikkelingen en moesten anderzijds ook de centrale overheid informeren over de gang van zaken doorheen het land. Daarenboven hing de mate van centralisatie sterk af van *country* tot *country*. In het Norfolk van Coke's jonge jaren had de hertog van Norfolk een quasi autonoom bestuur ingericht. Daar benoemde hij de meeste functionarissen. In andere streken kon de koning zijn invloed vaak doen gelden via de sheriffs. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 37-42.

*Commons*⁷², waar ze voornamelijk lokale belangen behartigden.⁷³ Op deze manier vormden ze een brug tussen het lokale en het nationale niveau. Deze rechters, die al van diep in de middeleeuwen recht spraken, groeiden op met de *Common Law* en de lokale *customs*.⁷⁴

2.3.2. Magna Charta en parlement

Aan het *Magna Charta* wordt binnen de *Common Law* een belangrijke plaats toegekend. Om deze reden wordt het hier apart behandeld. Het *Magna Charta* stamt uit 1215 en bevat de concessies die Koning John te Runnymede moest doen aan opstandige edellieden en steden. Laatstgenoemden ageerden tegen John's arbitrair optreden en eisten na de slag bij *Bouvines* compensatie voor hun oorlogsinspanningen in de oorlog met Frankrijk. Zoals aan zovele revoluties lag het adagio 'no taxation without representation' in zekere mate ook aan de grondslag van de *Magna Charta*.⁷⁵ Het gevolg was dat een raad van baronnen in het leven geroepen werd die toezicht moest uitoefenen op de koning.⁷⁶ Zo wisten de edellieden zich veilig te stellen tegen arbitrair optreden en vond de *Rule of Law* impliciet ingang in het Engelse recht.⁷⁷

Het meest directe gevolg was de totstandkoming van het parlement. Sommige hedendaagse historici verklaren het ontstaan hiervan echter vanuit de feodale verplichting tot *raad en bijstand* van de leenman aan de leenheer.⁷⁸ Directe historische aanleiding was evenwel het structurele geldtekort van de monarchie.⁷⁹ Om

⁷² J. BEAUTE, "Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne", Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 20-21.

⁷³ J. KENYON, "Revisionism and Post-Revisionism in Early Stuart History", *The Journal of Modern History* 1992, (686) 687-688.

⁷⁴ A. SMITH, "The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660", Londen, Longman, 1997, 135-139.

⁷⁵ D. VAN DER HORST, 'Geschiedenis van Engeland', Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 30. Merk op dat hier een zekere parallell is met de conflicten binnen de staten-generaal aan de vooravond van de Franse revolutie.

⁷⁶ D. VAN DER HORST, 'Geschiedenis van Engeland', Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 31.

⁷⁷ J. CRYE, "Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke's Contribution to the Anglo-American Legal Tradition", *The Journal Jurisprudence* 2009, (235) 242.

⁷⁸ Merk op dat dit zich in alle landen van Europa voordeed in deze periode. De sterkste traditie waren wellicht de Spaanse *Cortes* waarvan die van Aragon de sterkste was door het belang van de contractuele verhouding die daar tussen leenheer en leenman bestond. H. KAMEN, "Spain 1469-1714; a Society of Conflict", Londen, Longman, 2005, 33-34.

⁷⁹ Dewelke, zoals reeds eerder gesteld werd, voornamelijk urgent was in oorlog. Zo stelt Smith dat Elisabeth het ook al moeilijk had om de oorlog tegen Spanje te financieren hoewel zij sterke steun van

extra belastingen te heffen, zo bepaalde het Magna Charta, moesten de edellieden, verzameld in een raad, hun instemming geven. Deze raad groeide stilaan uit tot een parlement.

De samenstelling en de opdeling van het parlement in het *House of Commons* en het *House of Lords* kregen vorm in de loop van de veertiende en vijftiende eeuw. Hierbij werd een speciale rol toegekend aan het *House of Commons* dat moest instemmen met belastingheffingen en moest toezien op de besteding hiervan.

Daarnaast konden leden van het *House of Commons* petitie indienen voor het herstel van plaatselijke grieven, verleningen van speciale rechten of beslissingen van hangende geschillen. Hieruit zou later, en dan vooral in de tweede helft van de 16^e eeuw, de wetgevende bevoegdheid groeien. Met medewerking van het Hogerhuis en mits bekrachtiging van de koning (er wordt dan ook gesproken van de koning in zijn parlement) werden *acts of parliament* gemaakt. Wetgeving of *Statute Law* was in oorsprong dus een middel om de *Common Law* te verduidelijken of aan te vullen.⁸⁰ Het *House of Lords* fungeerde op zijn beurt tevens als hoger beroep voor arresten van de *Echiquier*, de *Common Pleas* en de *King's Bench*.⁸¹

Concluderend kan gesteld worden dat het parlement allerminst de functie vervulde die het nu vervuld en dat er geen sprake was van een functionele scheiding van machten.

2.3.3. De 'Constitutie' in Stuart England

Een belangrijke vraag die gesteld dient te worden is of Engeland ten tijde van Coke over een constitutie beschikte. De mediëvist SIR JAMES CLARKE antwoordde negatief op deze vraag.⁸² Volgens BURGESS zijn de meningen hierover echter verdeeld.⁸³ Volgens hem is de kritieke vraag wat onder 'Constitutie' verstaan wordt. Immers: als

het parlement kreeg kon zij haar begroting niet rond krijgen. A. SMITH, "*The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*", Londen, Longman, 1997, 241.

⁸⁰ In de veertiende eeuw ontwikkelde zich ook de *impeachment* procedure een rechtsmiddel waarmee de *commons* een dienaar van de koning in beschuldiging konden stellen en konden dagen voor het *House of Lords* dat dan optrad als gerechtelijke instantie. D. VAN DER HORST, '*Geschiedenis van Engeland*', Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 31-34.

⁸¹ J. BEAUTE, "*Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*", Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 29.

⁸² J. CRYE, "Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke's Contribution to the Anglo-American Legal Tradition", *The Journal Jurisprudence* 2009, (235) 237.

⁸³ G. BURGESS, "*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*", New Haven, Yale University Press, 1996, 131.

er al gesproken kon worden over een constitutie in het Engeland van Coke, dan was dit een vage, slecht omschreven constitutie in permanente verandering.

BURGESS volgt in dit opzicht MICHAEL FOLEY. Laatste heeft de zeer aanvaardbare stelling geponeerd dat elke constitutie – ook de neergeschrevene – berust op een ongeschreven “*dimension of Constitutional abayence*”.⁸⁴ Er dient dus een onderscheid gemaakt te worden tussen de constitutie als document en het constitutionalisme dat een ruimer begrip is en eerder duidt op de de verwachtingen en de praktijk of, zoals RENÉ FOQUÉ het verwoordt, “*de eigen aard van een bepaald regime*”⁸⁵. Over het vroege 17^e eeuwse Engeland stelt FOLEY dat het opmerkelijk was hoe het bewustzijn van een constitutie en het principe om binnen de lijnen van de constitutie te handelen leefde. ALAN ORR beschrijft het als “*Unlike modern constitutions the constitution of early modern England did not derive from any self-consciously deliberative act of association between individual citizens “constituting” themselves as a sovereign entity; it was instead a complex, diverse, and multi-faceted inheritance of England’s past that operated with the tacit consent of the governed.*”⁸⁶

Natuurlijk moeten we ons hoeden voor anachronismen. Het begrip ‘constitutie’ werd in de 17^e eeuw anders ingevuld als vandaag. Constitutie stond toen voor de vormgeving van het politiek bestel maar er werd geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen *constitutionele* regels en andere regels. Men sprak niet over een duidelijk, formeel afgebakend geheel van constitutionele regels maar de notie heerste dat sommige regels deze functie wel degelijk vervulden.⁸⁷ POCOCK verwijst in deze context naar de ‘mentaliteit’ die eigen was aan de geletterde klasse van Engeland.⁸⁸

Het constitutionalisme uit de vroege 17^e eeuw fungeerde net als andere regels van de *Common Law* rond het bepalen van concrete regels⁸⁹ dewelke formeel niet van de rest

⁸⁴ G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 133.

⁸⁵ R. FOQUÉ, *De onzichtbare grondwet*, Den Haag, Ministerie van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties, 2008, 39.

⁸⁶ A. ORR, “A Prospectus for a ‘New’ Constitutional history of Early Modern England”, *Albion: A Quarterly Journal concerned with British Studies* 2004,(430) 434.

⁸⁷ G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 133-136.

⁸⁸ J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 176.

⁸⁹ De *Common Law* aanpak is een particularistische aanpak. De regels bestaan op zichzelf en worden gedestilleerd uit de praktijk. Dit sluit sterk aan bij de *bottom-up* benadering van de studie van het recht.

van de *Common Law* verschilden.⁹⁰ De zestiende eeuwse rechtsgeleerde ST. GERMAIN sprak over “*Dyverse generall Customes which were in line with natural law and which had always been good and necessarye for the common welth of all the realme*”.⁹¹ Allicht kan het constitutionalisme uit het 17^e eeuwse Engeland in hedendaagse termen het best vergeleken worden met de rol van *Ius Cogens* in het internationale recht. Deze vergelijking wordt hieronder verder uitgewerkt.

2.3.4. Studie en praktijk van het recht

Nadat Hendrik VIII het onderricht van Kerkelijk recht verboden had, werd aan de universiteiten van Oxford en Cambridge enkel Romeins recht gedoceerd.⁹² De *Common law*, dewelke in de praktijk veel prominenter aanwezig was, moest men in de praktijk aanleren. Sedert de veertiende eeuw konden praktijkgerichte opleidingen in de *Common Law* gevolgd worden aan de *Inns of Court*⁹³ samen ook wel de *third University of England* genoemd⁹⁴. De *Inns of Court* wonnen tevens aan belang door het toenemende aantal studenten.⁹⁵

Coke schrijft hierover dat “*The reporting of particular cases or examples, is the most perspicuous course of teaching the right rule and reason of the law; for so did Almighty God Himself, when he delivered by Moses his Judicial Laws, Exemplis docuit pro Legibus (Hij leerde het recht aan met voorbeelden), as it appeareth in Exodus, Leviticus, Numeri and Deuteronomi*” COKE, Voorwoord bij het 6^e deel van de *Reports*. S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 156.

Dit citaat geeft overigens de problematische verhouding tussen *Common Law* en *Divine Law* in het denken van Coke goed weer (zie verder).

⁹⁰ Er werd dus geen onderscheid gemaakt tussen constitutioneel recht en *Common Law* zoals dat heden ten dage wel gebeurt.

⁹¹ Citaat overgenomen uit J. CRYE, “Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke’s Contribution to the Anglo-American Legal Tradition”, *The Journal Jurisprudence* 2009, (235) 239.

⁹² R. LESAFFER, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2004, 330.

⁹³ D. VAN DER HORST, ‘*Geschiedenis van Engeland*’, Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 27.

Coke beschouwde het geheel van de *Inns of Courts* tesamen als “*The most famous university for profession of law only, or of any one humane science, that is in the world*” COKE, inleiding bij het 4^e deel van de *Reports*. S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 96. J. BAKER, *The Law’s two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 73-76.

⁹⁴ J. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Bath, Bath Press, 2002, 161.

⁹⁵ D. VAN DER HORST, ‘*Geschiedenis van Engeland*’, Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 30.

Merk daarbij op dat de educatie in de betrokken periode toenam. Algemeen steeg het aantal hogeschoolden tussen 1560 en 1630 van een 780 studenten per jaar tot een 1240. Aan de *Inns of Court* gaat de schatting uit van een 160 per jaar rond 1560 en zo’n 275 omstreeks 1630. De reden hiertoe moet gezocht worden in het afnemend belang van de clerus bij het bestuur hetgeen leidde tot een toenemende vraag naar hogeschoolden, met een juridische achtergrond. Daarnaast gingen ook veel leden van adel en gentry er studeren om nuttige juridische kennis op te doen voor het beheren van hun landerijen. A. SMITH, “*The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-*

Aan de *Inns of Court*, die overigens tot op de dag van vandaag bestaan, kon men een opleiding tot *Barrister* volgen.⁹⁶ De opleidingen waren sterk praktijkgericht en werden informeel opgevat. Hierbij speelde patronageverhoudingen vaak een belangrijke rol.⁹⁷ De studenten volgden rechtszaken bij, debatteerden onderling, bespraken twee maal per jaar een *statute* onder begeleiding van rechtspractici en volgden pleitoefeningen. Bij de aanvang van hun studies was het voor studenten ook belangrijk een verzameling van casussen aan te leggen. Een benadering die bij Coke zou uitmonden in zijn *Reports*.

De juridische wereld was in het 17^e eeuwse Engeland zeer afgeschermd. Juridische teksten werden in het *juridisch Frans* geschreven.⁹⁸ Dit Frans was een verbasterde vorm van het Normandisch Frans en bleef tot in de 18^e eeuw in gebruik.⁹⁹ Niet alleen de taal maar ook een gebrek aan standaardisering maakte het recht ontoegankelijk. Recht was in hoofdzaak gesproken recht en zelfs het geschreven recht werd niet gestandaardiseerd.¹⁰⁰ Noch de rechtsleer, noch rechterlijke uitspraken kenden officiële uitgaven en afschriften van de *Statute Law* werden slechts in beperkte mate verspreid. Juridische teksten en weergaven van rechtspraak werden door private personen opgesteld.¹⁰¹ De *reports* van Coke zijn dan ook een verzameling van rechterlijke uitspraken dewelke Coke zelf optekende en publiceerde. Deze werken circuleerden

1660”, Londen, Longman, 1997, 197. C. JOHNSON, “*The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I*”, Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 22.

⁹⁶ *Barrister* kan het best vertaald worden als pleiter. In de *Common Law* wordt traditioneel een verschil gemaakt tussen de *Barrister* enerzijds en de *Sollicitor* anderzijds. Het belangrijkste verschil tussen beiden is dat alleen de *Barristers* in een rechtbank mogen pleiten, ze kunnen echter niet rechtstreeks met een cliënt omgaan. Het is de *Sollicitor* die zaken instelt voor de cliënt en in diens naam kan handelen.

⁹⁷ Zo kwam het vaak voor dat een ‘patron’ fungeerde als borg voor de studiegelden en schulden van de studenten. De patronagenetwerken aan de *Inns of Court* waren meestal ook voortzettenden van de regionale netwerken. Voor een diepere bespreking zie: J. PEACEY, “Led by the Hand: Manucaptors and Patronage at Lincoln’s Inn in the Seventeenth Century”, *The Journal of Legal History* 1997, 26-44.

⁹⁸ C. JOHNSON, “*The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I*”, Henry Colburn Publishers, Londen, 1875., 15-16.

⁹⁹ D. VAN DER HORST, ‘*Geschiedenis van Engeland*’, Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 46.

¹⁰⁰ om die reden stelt BAKER dat “*Medieval or early-modern judges did not sit surrounded by book-cases, and they were addressed by equally bookless council.*” J. BAKER, *The Law’s two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 10.

¹⁰¹ Daarbij was een bijkomend probleem dat rechtbanken niet hun uitspraak niet moesten motiveren, ze waren zelfs niet verplicht een uitspraak te maken. J. BAKER, *The Law’s two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 16-17.

binnen een selecte groep van juristen.¹⁰² Gezien de functie van recht in de maatschappij kan dan ook gesteld worden dat de kennis van het recht een vorm van macht was. Het schrijven over het recht en het doen circuleren van juridische geschriften was dan een manier waarop macht bedreven werd.¹⁰³

Deze benadering van recht en scholing maakte dat Engeland het eerste Europese land was waar een aparte groep van juristen ontstond: Een elitaire, geletterde klasse die zich volledig op de studie van het recht toelegde.¹⁰⁴ Daarbij speelde mee dat in Engeland, ondanks zijn systeem van juryrechtspraak, al sneller dan in vele andere landen een kleine groep professionele magistraten ontstond. In eerste instantie betrof dit de elf magistraten die in de *Echiquier*, de *Common Pleas* en de *King's Bench* te Westminster¹⁰⁵ zetelden.

3. Rechtsopvattingen van Edward Coke

In dit deel wordt onderzocht welke de opvattingen van SIR EDWARD COKE over de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht waren. Dit onderwerp dient echter in zijn bredere opvattingen over recht en instellingen gekaderd te worden. Om die reden zal hieronder vertrokken worden vanuit de visie van COKE over de *Common Law*. Daarbij

¹⁰² Het was zelfs vaak zo dat private verslagen van rechtszaken pas veel later gepubliceerd werden, meestal na de dood van de auteur. In de periode daartussen circuleerden de geschriften wel onder een beperkte groep van rechtsgeleerden. De eerste case-reports die gedurende het leven van hun auteur gepubliceerd werden waren de *Commentaries* van Edmund Blowden dat in 1571 gepubliceerd werd en één van de eerste juridische werken was dat Coke bezat. Dit gegeven maakt ook duidelijk waarom het zo belangrijk was voor studenten om al snel veel rechtszaken bij te wonen en te noteren. Coke was hierin zeer actief en zou later ook leerlingen inschakelen om cases te noteren die hijzelf niet kon bijwonen. Coke had zelf ook de geschriften van Dyer en Sir Nicholas Bacon in zijn bezit. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 32 en 52. A.ORR, “A Prospectus for a ‘New’ Constitutional history of Early Modern England”, *Albion: A Quarterly Journal concerned with British Studies* 2004,(430) 434-438.

¹⁰³ A.ORR, “A Prospectus for a ‘New’ Constitutional history of Early Modern England”, *Albion: A Quarterly Journal concerned with British Studies* 2004,(430) 443.

Hierbij dient benadrukt te worden dat de private weergaven van juridische beslissingen altijd een selectie en een interpretatie van de auteur inhouden. Een mooi voorbeeld hiervan kan gelezen worden in de weergave van de Shelley's case door COKE. ZIE: D. SMITH, “Was there a Rule in Shelley's Case?”, *The Journal of Legal History* 2009, 53-70.

DAMIAN POWELL gaat hier nog verder in. Hij argumenteert dat de *Reports* van Coke helemaal geen zuivere weergave waren van de Common Law zoals die ten tijde van het opstellen ervan beleven werd maar veeleer een sterke persoonlijke interpretatie van COKE. POWELL, D., “Coke in Context: Early Modern Legal Observation and Sir Edward Coke's Reports”, *The Journal of Legal History* 2000, 33-53.

¹⁰⁴ P. PASQUINO, “Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 22.

¹⁰⁵ J. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Bath, Bath Press, 2002, 37.

wordt extra nadruk gelegd op het onderscheid dat COKE maakt tussen de *Artificial Reason* en de *Natural Reason*.

Na de visie van COKE over de *Common Law* te hebben uitgeklaard, zal verder gekeken worden naar de positie die de koning en het parlement in het denken van COKE innamen. Door de plaats die de koning en het parlement in het constitutioneel bestel innemen, zal gaandeweg COKE'S visie over de rol van de rechter in de *Common Law* verduidelijkt worden.

3.1. De plaats van de 'Common law' in het recht

Alvorens de ideeën van EDWARD COKE zelf te bespreken wordt kort ingegaan op de ruimere benadering van de *Common Law*.

3.1.1. Ideeënhistorische achtergrond

Zoals eerder vermeld, werd de *Common Law* in Engeland opgevat als de *Consuetudines Anglae*: Als het algemeen aanvaarde gewoonterecht in Engeland, hetwelk deel maakte van het nationale karakter.¹⁰⁶ Naast een nationaal karakter had het ook een tijdloos karakter. In de vroege 17^e eeuw heerste immers de idee dat de *Common law* altijd in dezelfde vorm bestaan had.¹⁰⁷ WHITMAN EN BAKER tonen echter aan dat de *Common Law* duidelijk evolueerde.¹⁰⁸

Hij is van mening dat de *Common Law* – dewelke in essentie een vorm van gewoonterecht is – in de 16^e eeuw sterk transformeerde. Voordien speelde het recht voornamelijk op lokaal niveau. Door de toenemende rol van de overheid in de maatschappij groeide in de 16^e eeuw een nieuwe vorm van recht. Daar waar het oude gewoonterecht gestaafd werd door beroep te doen op de herinneringen van lokale burgers, was dit – gezien de schaaluitbreiding (en dus het toenemende nationale

¹⁰⁶ A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 85.

¹⁰⁷ “*The conservative attachment of lawyers to all the old forms gave them the appearance of complete immunity to change.*” J. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Bath, Bath Press, 2002, 37.

¹⁰⁸ J. WHITMAN, “*Why did the Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason?*”, *The University of Chicago Law Review* 1991, 1321-1368.

BAKER verwoordt de kwestie treffend: “*When, in 1470, an English serjeant-at-law maintained that the common law had been in existence since the creation of the world, it is not improbable that he believed it literally. It was not a wholly absurd notion, inasmuch as the English legal system represented an unbroken development from prehistoric time. There had been no conscious act of creation or moment of adoption. What the serjeant did not perceive was that there was no common law at all as he understood it.*” J. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Bath, Bath Press, 2002, 1.

karakterter) – niet meer mogelijk. WHITMAN is dan ook van mening dat men in de 16^e eeuw methoden ging ontwikkelen om de hiaten in het gewoonterecht op te vullen. Dit bijvoorbeeld door gewoonterecht toe te passen op analoge situaties en door gebruik te maken van ‘*reason*’ en natuurrecht.¹⁰⁹ Op deze manier – aldus WHITMAN – week men *de facto* af van het gewoonterecht zonder evenwel het formele kader van dit costumier recht te verlaten.

De idee, dat *Common Law* als gewoonterecht altijd al bestaan had en hetzelfde was gebleven, kreeg zijn klassieke interpretatie door EDWARD COKE. POCOCK is van mening dat de visie van COKE de positie van de *Common Law* in het recht verstrekte. Hij stelt dat vele tijdgenoten van COKE van mening waren dat de *Civil Law* ook een substantieel onderdeel van het Engels recht vormde. Zij weken dus af van de visie dat de *Common Law* het enige echte Engelse recht was.¹¹⁰

Ter illustratie wordt hieronder een passage gegeven van een man die de opvattingen van COKE deelde: SIR JOHN DAVIES. Hij gaf in zijn functie van *Attorney-General* voor Ierland in zijn *Irish Reports*, een werk geschreven omstreeks 1612, een heldere verdediging van de *Common Law*:

“For the Common Law of England is nothing else but the Common Costume of the Realm: and a Costume which hath obtained the force of law is always said to be Jus non scriptum : for it cannot be made or created either by Charter or by Parliament, which are Acts reduced to writing, and are always matter of record; But being only matter of fact, and consisting in use and practice, it can be recorded and registered no-where but in the memory of the people.

For a Custome teketh beginning and groweth to perfection in this manner: When a reasonable act on ce done is found te be good and beneficiall to the people, and are real to their nature and dispotition, then do they use it and praction it again and

¹⁰⁹ J. WHITMAN, “Why did the Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason?”, *The University of Chicago Law Review* 1991, 1321-1368.

¹¹⁰ Een voorbeeld hiervan zijn de opvattingen van Gentile, een Italiaanse jurist in Engeland die actief was rond de eeuwwisseling (1600), over het absolutisme. Een opvolger van hem, Fulbecke, vond echter dat de toepassing van deze theorieën op Engeland problematisch was. G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 75-80.

again, and so by often iteration and multiplication of the act it becometh a Custome; and being continued without interruption time out of mind, it obtaineth the force of Law.

And this Customary Law is the most perfect and most excellent, and without comparison the best, to make and preserve Commonwealth. For the written Laws which are made either by the edict of princes, or by Councils of Estates, 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 will breed any inconvenience or not. But a Custome doth never become a Law to bind people, untill it hath been tried and approved time out of mind, during all which time there did therby arise no inconvenience: for if it had been found inconvenient at any time, it had been used no longer, but had been interrupted, and consequently it had lost the virtue and force of Law."¹¹¹

SIR JOHN DAVIES was duidelijk een verdediger van het *Common Law* – rechtsstelsel. De *Common Law* ging uit van een suprematie van het gesproken recht boven het geschreven recht.. Deze visie doet ons, moderne juristen, vreemd opkijken. Het geschreven recht wordt in Europa sinds de Franse revolutie immers als een noodzakelijke voorwaarde voor de rechtszekerheid beschouwd. Dit is essentieel voor de bescherming van de burger tegen de overheid.

De visie van SIR JOHN DAVIES draait de redenering om. Het gesproken recht was in diens ogen superieur omdat het door de realiteit gevormd werd. De gewoonte bevatte in DAVIES ogen dus wijsheid welke onmogelijk door een individu overstegen kon worden. In een modern conceptueel kader kan dit m.i. vertaald kunnen worden in een pleidooi voor de voorrang van rechtvaardigheid op rechtzekerheid.

Daarenboven moet dit m.i. in een ruimer historische context geplaatst worden. In de pre- en vroegmoderne tijd bezag men de functie van het geschrift anders. Daar waar

¹¹¹ Citaat overgenomen uit: J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 32-33.

heden ten dage meer vertrouwen in het geschrift wordt gesteld, beschouwde men het geschrift vroeger louter als een ondersteuning voor het geheugen.¹¹²

3.1.2. De visie van Edward Coke

In wat volgt worden de belangrijkste eigenschappen van de *Common Law* naar de interpretatie van SIR EDWARD COKE uitgelegd. In de eerste plaats wordt de superieure positie die COKE de *Common Law* binnen het recht toekent verklaard. Dit wordt dan verder verduidelijkt door het feit dat de *Common Law* in de ogen van COKE puur Engels recht is. Vervolgens zal ingegaan worden op de historische legitimiteit van het recht. COKE was immers overtuigd dat de *Common Law* 'immemorial' was. Tot slot zal de problematische verhouding tussen deze opvattingen en het natuurrecht besproken worden.

3.1.2.1. De Common Law als superieur recht

SIR EDWARD COKE onderscheidt drie vormen van recht: de *Common Law*, de *Statute Law* en de *Custom*.¹¹³ De *Statute Law* onderscheidt zich van de andere vormen van recht doordat ze uitgevaardigd wordt door het parlement. Het onderscheid tussen de *Common Law* en de *Custom* kan tot meer verwarring leiden.

Wat COKE onder *Custom* verstond zou heden ten dage eerder geclassificeerd worden als 'lokale gebruiken'. Het fundamentele onderscheid ligt in het feit dat de *custom* een lokale vorm van recht is en de *Common Law* 'common' is aan heel Engeland. Daarenboven wijst PETER STEIN op een verschil in de methode. Zoals eerder vermeld, werd het bestaan van een regel van de *Common Law* sinds de 16^e eeuw vastgesteld door rechtbanken. De lokale *costum* daarentegen kon, als gebruik, nog steeds vastgesteld worden.¹¹⁴ In de relatie tussen beide rechtsvormen was COKE van mening dat *Customs* zich los van de *Common Law* konden ontwikkelen zonder er evenwel tegenin te gaan.¹¹⁵

¹¹² A. WOOD, "Custom and the Social Organisation of Writing in Early Modern England", *Transactions of the Royal Historical Society* 1999, (257) 261.

¹¹³ "The Lawes of England Consist of three parts, The Common Law, Costumes, & acts of parliament" COKE, inleiding tot het 4^e deel van de *Reports*. S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 95.

¹¹⁴ P. STEIN, "Legal history: the British perspective", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1994, (71) 73.

¹¹⁵ H. BERMAN, "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1679. Merk overigens op dat Coke het Canoniek recht wel erkende maar dan niet

Van die drie vormen van recht, zo stelde Coke, was de *Common Law* de belangrijkste.¹¹⁶ De *Common Law* was – vanwege zijn verfijning – het archetype van het recht. Het ontleende zijn kwaliteiten aan de cumulatie en de verfijning van wijsheid over de generaties heen. Deze wijsheid werd niet ontleend aan filosofische reflectie maar wel aan de opeenstapeling van ervaring.¹¹⁷ Dit komt omdat de *Common Law* zich door zijn generaliteit onderscheidt van de *Custom*.

De superioriteit van de *Common Law* ten aanzien van de *Custom* blijkt volgens COKE uit nog een element. Naast zijn generaliteit is de *Common Law* ook ‘*immemorial*’. De *Common Law* bestaat – om het met de woorden van JOHN DAVIES te zeggen – sinds *Time out of mind*. Het bestaan van regels van *Common Law* blijkt dus, los van hun gebruik, enkel en alleen omdat ze in het geheugen van het recht zitten. Een geheugen dat verder in de tijd teruggaat dan het gewone juridische geheugen, verder zelfs dan enige geschreven bron.¹¹⁸

3.1.2.2. De Common Law als Engels recht

Bovendien verstrengeld SIR EDWARD COKE het karakter van de *Common Law* met de Engelse tradities. De *Common Law* is op Engelse bodem ontstaan – in zoverre het er niet altijd geweest is – en is bijgevolg enkel geschikt om in Engeland toegepast te worden. De toepassing van de *Common Law* wordt zo territoriaal strikt beperkt. COKE zag af van enige personele doorwerking van de *Common Law* buiten Engeland. In het debat dat rees over de toepassing van de *Common Law* in de nieuwe kolonies – die

als Engels recht. G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 166.

¹¹⁶ JEAN BEAUTÉ stelt dat Coke over één ding nooit van mening zou veranderen: “*Que le système de la Common Law est un système juridique proche de la perfection, un système sur lequel reposent non seulement les droits publics et privés des Anglais, mais aussi l’existence même de l’Etat anglais.* J. BEAUTE, “*Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*”, Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 37.

¹¹⁷ BERMAN formuleert het zelfs zo dat Coke van mening was dat het gehele stelsel van de *Common Law* de “*Fundamental law of the English people*” vormde. H. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1686.

¹¹⁸ G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 167.

tijdens COKE's leven door Engeland werden gesticht¹¹⁹ – was COKE van mening dat de *Common Law* niet toegepast kon worden.¹²⁰

Een belangrijk gevolg hiervan was dat de legitimiteit van de *Common Law* intern gezocht moest worden. Om te weten of een regel *Common Law* was, diende COKE in de Engelse rechtsgeschiedenis te graven. Buitenlandse invloeden werden op deze manier ten sterkste afgezworen (een opvatting die allicht de reden was voor de beperkte invloed van het continentaal recht op de latere *Common Law*). COKE kende aan de *Civil Law* en het Kerkelijk recht geen enkele rol toe. Immers, enkel de *Common Law* kon zich in Engeland buigen op haar aanwezigheid sinds 'time immemorial'.¹²¹

JASON CRYE is van mening dat COKE de *Common Law* heel bewust als een alternatief voor buitenlands recht promootte.¹²² Hij kadert deze positionering van de *Common Law* in het proces van nationale bewustwording in het Engeland dat nog maar kort gebroken had met de Rooms-katholieke kerk. Een parallelle situatie, zo stelt ALLEN

¹¹⁹ Tijdens het leven van Coke worden de eerste Engelse kolonies gesticht van *New England*. Zo gaat zelfs het verhaal de ronde dat de eerste *Pilgrim Fathers* op de *Mayflower* een exemplaar van Coke's Reports met zich meenamen en zou James Smith, de leider van Jamestown, de eerste kolonie in Virginia, voor Coke een speciale print van zijn 'A descriptor of New England' gemaakt hebben. S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, LIV.

¹²⁰ D. HULSEBOSCH, "The Ancient Constitution and the Expanding Empire: Sir Edward Coke's British Jurisprudence", *Law and History Review* 2003, 439-482.

¹²¹ J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 41.

POCOCK werkt hiervan een sterk voorbeeld uit in het denken van Coke en andere *Common Lawyers*. Dit heeft betrekking op wat op het continent feodaal recht genoemd wordt. Coke spreekt nergens over feodaal recht. Niettegenstaande was hij zeker op de hoogte van het bestaan in Engeland van regels die de rechtsverhoudingen tussen edellieden en de koning of edellieden en boeren regelden en was hij er bewust van dat deze regels een zekere samenhang kenden. Hij erkende echer niet dat deze regels enige overeenkomst hadden met het continentaal feodaal recht maar beschouwde hen als *Immemorial* (met daarbij de nadruk dat ze van voor de verovering van 1066 moesten stammen) en dus onderdelen van de *Common Law*. J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 56-70.

Deze benadering van de feodaliteit is historisch niet correct. Het zou evenwel een tijd duren eens dit onder Engelse rechtsgeleerden aanvaard werd. Dit wordt weergegeven in het artikel J. CAIRNS en G. MCLEOD, "Thomas Craig, Sir Martin Wright, and Sir William Blackstone: The English Discovery of Feudalism", *The Journal of Legal History* 2000, 54-66.

¹²² Zo zou Coke zijn *Institutes* bewust zo genoemd hebben ter referentie naar de codex Justinianus, oftewel de *Institutes of Justinianus*. De Instituten van Coke zijn immers een poging om de *Common Law* te systematiseren opdat de *Common Law* zou kunnen concurreren met de *Civil Law*. J. CRYE, "Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke's Contribution to the Anglo-American Legal Tradition", *The Journal Jurisprudence* 2009, (235) 245-246. H. BERMAN, "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1679.

BOYER, kan gevonden worden in één van de andere passies van SIR EDWARD COKE: geschiedschrijving. Ten tijde van COKE creëerde de Engelse geschiedschrijving immers een alternatieve versie van haar ‘nationale’ geschiedenis. COKE was zeker vertrouwd met deze beweging. Hij was lid van de *Society of Antiquaries* en bezat enkele uitzonderlijke manuscripten van het boegbeeld van deze historiografische stroming: bisschop MATTHEW PARKER.¹²³ Het Engels karakter van de *Common Law* en de benadering van deze 16^e eeuwse historiografische traditie vloeiden uitmuntend samen met COKE’s opvattingen over het recht.

3.1.2.3. De historische legitimiteit van de Common Law

Het hoeft dan ook niet te verbazen dat EDWARD COKE de *Common Law* op historische grondslagen fundeerde. Om zijn inzichten hierin te verduidelijken is het m.i. nuttig de vergelijking te maken met hedendaagse gewoonten van internationaal recht. Een gewoonte van internationaal recht onderscheidt zich van een gebruik doordat het gebruik gevormd wordt uit de praktijk van de staten, maar niet juridisch bindend is. De internationale gewoonte vereist daarentegen naast de statenpraktijk ook een *Opinio Iuris*.¹²⁴ Dit is het bestaan van een rechtsovertuiging bij de internationale actoren, de overtuiging dat er van de regel juridisch bindende kracht uitgaat.

De *Common Law* en het internationaal gewoonterecht hebben dus gemeen dat ze vertrekken vanuit een praktijk. Het tweede constitutieve element is echter verschillend. Daar waar het hedendaags internationaal gewoonterecht *Opinio Iuris* vereist, spreekt COKE over de noodzaak dat de regel ‘*immemorial*’ is. Daar waar de *Common Law* volgens COKE steunt op een historische legitimatie, gaat het internationaal gewoonterecht eerder uit van informele instemming. Het internationaal gewoonterecht kan immers in een korte tijd tot stand komen. Zo stelde het

¹²³ Bisschop Mathew Parker was één van de eersten die een nationale geschiedenis van Engeland (en zelfs van eender welk Europees land) schreef. Hij deed dit echter vooral om aan de nieuwe Engelse kerk een geschiedenis te geven. In deze context maakte hij veelvuldig gebruik van de geschriften van de laat-middeleeuwse Geoffrey of Monmouth die bijvoorbeeld schreef hoe de Britten afstamden van Trojaanse vluchtelingen en hoe koning Arthur Rome veroverde etc... Hier is het echter belangrijk te zien hoe de historiografie, samen met de religie deel maakten van het Engelse staatswordingsproces. De rechtsbenadering van Coke was hier een toevoeging bij. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 140-155.

¹²⁴ M. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van het internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 106.

Internationaal Gerechtshof in de *North Sea Continental Shelf Case* dat: “Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or if itself, a bar to the formation of a new rule of customary law (...), an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it may be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform”¹²⁵ Uit dit arrest kan duidelijk blijken dat het internationaal gewoonterecht – meer dan op een historische dimensie – op een vorm van consensus (althans van de betrokken en belangrijkste staten) steunt.

Om echter het bestaan van een regel van *Common Law* aan te tonen moest volgens COKE bewezen worden dat de regel al sinds ‘*Time immemorial*’ bestond.

In de grond heeft dit onderscheid tussen COKE’S *Common Law* en internationaal gewoonterecht te maken met de procedurele legitimiteit van het recht.

In een moderne democratische samenleving dient het recht, dus ook het internationaal gewoonterecht, zijn procedurele legitimiteit te putten uit een vorm van participatie. In de vroege 17^e eeuw moest het recht veeleer fop historische leest geschoeid worden om procedurele legitimiteit te verwerven. HAROLD BERMAN noemt dit *Historical Jurisprudence*. Hij is van mening dat deze benadering, die na COKE in de 17^e verder uitgewerkt werd door JOHN SELDON en SIR MATTHEW HALE, de historiciteit van het recht verhief tot de legitimiteit ervan en zo een derde rechtsfilosofische grondslag van het recht vormde naast het positivisme en het natuurrecht.¹²⁶ Het ontbreken van een positivistische inslag is te begrijpen a.d.h.v. 2 redenen: 1) COKE leefde ten eerste in een tijd van voor de positivistische contractsdenkers en 2) bovendien heerste er een intellectueel klimaat dat niet uitging van de maakbaarheid van de samenleving maar net van de stabiliteit, de onveranderlijkheid ervan.¹²⁷

De vraag die zich nu stelt is ‘hoe de *Common Law* volgens COKE in de praktijk uitgewerkt wordt’. Hierbij staat het begrip *artificial reasoning* centraal. Dit leidt tot de verfijning en accumulatie van de *Common Law*. Concreet komt het erop neer dat wanneer de rechter recht spreekt, hij dat niet doet vanuit zijn individuele rede (*natural*

¹²⁵ Internationaal Gerechtshof, *North Sea Continental Shelf Cases* (Bondsrepubliek Duitsland/ Denemarken en Bondsrepubliek Duitsland/ Nederland), arrest van 20 februari 1969, I.C.J.Rep., 1969, 4, §4.

¹²⁶ H. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1651-1738.

¹²⁷ Hetgeen intellectueel uitmuntend gevat werd in de middeleeuwse spreuk: “We zijn slechts dwergen op de schouders van reuzen.”

reason) maar vanuit de gedestilleerde kennis van generaties die door de mond van de rechter spreekt (*COKE'S artificial reasoning*). In deze optiek verwijst COKE naar het belang van rechtspraak en van precedenten¹²⁸.

Door zijn *artificial reason* verwordt de rechter dus tot een spreekbuis van het recht (en niet, zoals in de traditionele interpretatie van Montesquieu, van de wet). Verwant hiermee is de bekende uitspraak van COKE: “*No man ought to take it on himself to be wiser than the laws.*”¹²⁹ Dit adagium impliceert dat de *natural reason* van één man nooit volstaat om het recht te vatten. Het recht is immers eindeloos complexer en geraffineerder dan de *natural reason* bedenken kan. Ondanks deze complexiteit spreekt COKE over een *Body of laws*, een geheel van rechtsregels.

In het behandelen van de historische procedurele legitimiteit duikt er een paradox op in het denken van COKE. Enerzijds gaat hij ervanuit dat de *Common Law* onveranderlijk is.¹³⁰ Zo stelt hij in het tweede deel van de *institutes* dat “*The People of England, have both ancient Fundamental Rights, Liberties, Franchises, Laws and a fundamental Government, which like the Laws of the Medes and Persians, neither may nor ought to be altered.*”¹³¹ Alsof de *Common Law* onveranderlijk is.¹³² Anderzijds kent hij de *Common Law* een gewoonterechterlijk karakter toe en spreekt hij over een proces van cumulatie en verfijning.

Deze paradox kan m.i. eenvoudig ontward worden. Gewoonterecht is eigenlijk flexibel want het verandert naargelang de context en tijd waarin het toegepast wordt.

¹²⁸ Coke stelde in een conflict tussen de wet en een precedent dat het precedent voorrang moest krijgen omdat “although that by a strict and precise rule of law a *capias* does not lie naturally nor properly upon a recognizance, (...) yet because the usual practice and common experience hath allowed of it and admitted thereof from time to time, it is safer to suffer a mischief to one than an inconvenience to many. And although the proverb, *Exempla illustrant, non docent aut proband* (Precedenten zijn niet bedoeld als instructie of bewijs maar enkel ter illustratie), may hold place in some arts and sciences, yet in our law exempels are good arguments.” Citaat van Coke uit de *reports* van Leonard, overgenomen uit: J. BAKER, *The Law's two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 21.

¹²⁹ Coke, 7^e report, Calvin's case.

¹³⁰ G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 169.

¹³¹ COKE, 2^e deel van de *instituten* §187.

¹³² Merk hierbij op dat Coke in vele aspecten getemperd was als het op verandering aankomt. Een goede illustratie hiervan geeft hij in de *instituten*: “*Innovations and Novelties (sometimes tearmed in Rols of Parliament Novelries) in Parliament proceedings are most dangerous, and to be refused.*” COKE, 4^e deel van de *instituten* §11. S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 1085.

Dit is zo in het hedendaags internationaal gewoonterecht maar ook voor COKE'S *Common Law*. Deze mening zit bijvoorbeeld ook vervat in het bovenvermelde citaat van JOHN DAVIES die stelt dat: *“for if it [common law] had been found inconvenient at any time, it had been used no longer, but had been interrupted, and consequently it had lost the virtue and force of Law.”*¹³³ POCOCK noemt de onveranderlijkheid van de *Common Law* de *‘doctrine or myth of the Ancient Constitution’*.¹³⁴ Dit ging dan gepaard met een specifieke geschiedenisopvatting, een opvatting die volgens HAROLD BERMAN *‘not a science but a faith’* was.¹³⁵ COKE ging op zoek naar de oudste bronnen van de *Common Law* en las die niet als een creatie van recht maar als een uiting ervan. Hij redeneerde dat de vondst van een bron uit de twaalfde eeuw, aantoonde dat de *Common Law* heel oud was en dat deze bron het recht van daarvoor – waarvan er echter geen bronnen meer bestonden – nogmaals expliceerde.¹³⁶ Daarbij was COKE van mening dat het historisch onderzoek niet van primordiaal belang was. Om die reden stelt PETER STEIN dat *“He had a tremendous sense of the legal past, but to some extent it was a mythical past which he exploited.”*¹³⁷ COKE geloofde dat als een rechtbank oordeelde dat een regel *‘immemorial’* was, deze uitspraak de regel – als juridische fictie – legitimiteit gaf. Het belangrijkste element van de historische benadering van het recht is dan ook dat ze duidt op een constante keten van precedentes in de rechtspraak.¹³⁸ POCOCK stelt hierbij dat deze opvatting van de

¹³³ Citaat overgenomen uit: J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 32-33.

¹³⁴ J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 36.

¹³⁵ H. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1687. HAROLD BERMAN was van mening dat de Engelse geschiedenisbeoefening aan het einde van de 16^e de wendingen van een religie aannam.

¹³⁶ Dit sluit volledig aan bij de logica dat het schrift slechts een ondersteuning is van het geheugen.

¹³⁷ Verder stelt STEIN dat *“Coke made selective use of historical material to support his arguments and was not above inventing material he could not find. He frequently cited apparently ancient Latin maxims, and many of them were devised by himself. But he impressed on the common law an abiding consciousness of the past, which in his writing contained a mystical, almost romantic element.”* P. STEIN, “Legal history: the British perspective”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1994, (71) 72.

¹³⁸ In de inleiding van het zesde deel van de *Reports* stelt Coke dat *“As is were the very Voice of the Ancient Laws of this realm proved and approved in all successions of Ages, as well by universal consent in Parliaments, as by the Judgments and Resolutions of the Reverend Judges and Sages of the Common Law, in their judicial proceeding, which they gave upon their Oaths and consciences.”* COKE, inleiding van het 6^e deel van de *Reports*. S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 155.

Common Law niet de persoonlijke creatie was van COKE, maar dat COKE “*More than any other man summarized it and made it authoritative.*”¹³⁹

Achter deze benadering van COKE schuilde een intellectueel debat met betrekking tot het onderscheid tussen geschreven en gesproken recht. Dit – op het eerste zicht – academisch debat had tevens politieke dimensies. Het lijkt erop dat COKE in ieder geval wilde vermijden dat de *Common law* geacht werd geënt te zijn op een voorafgaande wet die uitging van een koning.

In de middeleeuwen bestond er niet zo’n strenge scheidingslijn tussen geschreven en gesproken recht. Geschreven recht werd toen vaak later het onderwerp van een gesproken *Common Law*-regel en vice versa. Vanaf de late 16^e eeuw werden de *Common Lawyers* meer en meer geconfronteerd met de toenemende ‘wetgevende’ activiteit van koning en parlement. Om een *Common Law*-regel dus los te koppelen van de autoriteit van de koning moest men deze wel terugvoeren tot ‘*immemorial times*’.¹⁴⁰

COKE ging dus niet op zoek naar een ‘ultieme wetgever’, hetgeen eerder een positivistische benadering is. Een wet was slechts een neerslag van gewoonterecht, hetwelk altijd al bestaan had en dus ‘*immemorial*’ was.¹⁴¹ Dit neemt echter niet weg dat COKE en andere *Common Lawyers* veel aandacht schonken aan historische gebeurtenissen.¹⁴² Centraal daarin stond de Normandische verovering van Engeland in 1066. Een cruciale vraag was immers of de *Common Law* een product was van de

¹³⁹ J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 38.

Pocock stelt dat de *Common Lawyers* niet echt nadachten over deze onveranderlijkheid zoals historici dat nu doen. Hij sprak in dit opzicht over de ‘*Common Law mind*’: “*the commitment to the idea that the most legitimate source of law is longstanding practice, which gradually adapts to a changing world*”. J. CRYE, “Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke’s Contribution to the Anglo-American Legal Tradition”, *The Journal Jurisprudence* 2009, (235) 263.

¹⁴⁰ Natuurlijk hangt dit sterk af van de interpretatie van de geschiedenis. James I van zijn kant baseerde zich weliswaar voornamelijk op de leer van Bodin en deed in eerste instantie beroep op het Goddelijk recht, maar daarnaast legitimeerde James I de positie van de koning ook door het bestaan van koningen terug te voeren tot *immemorial times*, voordat er sprake was van andere instellingen en voor de verdeling van de gronden onder zijn vazallen. H. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1672.

¹⁴¹ Dit staat haaks op de raad die BAKER aan rechtshistorici geeft bij het gebruik van *Statute Law*: “*the historian ought therefore to be cautious when using statutes as a guide to the pre-existing common law.*” J. BAKER, *The Law’s two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 29.

¹⁴² Maar dan wel om aan te tonen dat iets *immemorial* was en dat het - in huidige termen - van bijna mythische oorsprong was.

Normandiërs of dat ze reeds eerder bestond. Indien dit laatste werd aangenomen kon ervan uitgegaan worden dat ze ‘*immemorial*’ was.

In het voorwoord van het vierde deel van de *Reports* drukt COKE deze benadering expliciet uit. Hij haalt een oud statuut boven waarin stond dat ““*Omnes Comites & Barones una voce responderunt, Nolumus leges Anglia mutare quae hucusque usitatae sunt & approbatae*”:¹⁴³ *In which few words is observable; First, the absolute monaccord and unity, una voce, of all the Peerse and Lords of Parliament: Secondly the deniall, Nolumus leges Anglie,*¹⁴⁴ *not of Normandy, or of any other Nation...And thirdly, the reason of their deniall: Quae hactenus usitate sunt & approbate,*¹⁴⁵ *as if they should have said, we will not change the Lawes of England, for that they have been anciently used and approved from time to time by men of most singular wisdom, understanding and experience.*”¹⁴⁶

Deze historische opvattingen staan haaks op de hedendaagse.¹⁴⁷ Daar waar hedendaagse historici de verovering van 1066 juist als een essentiële voorwaarde beschouwen voor de eenwording van de *Common Law*, ging COKE ervan uit dat de Normandische verovering de continuïteit van het recht niet doorbroken had omdat de Normandiërs het oude recht bleven toepassen. Op die manier schreef COKE vele Normandische invloeden aan oudere, vaak zelfs mythische, koningen toe.¹⁴⁸ Ook de Magna Charta moest deze benadering ondergaan. In de inleiding van het achtste

¹⁴³ Al de *Earles* en *Barons* antwoordden met één stem, ‘We zullen de oude wetten van Engeland, die voordien gebruikt en toegepast werden, niet veranderen’.

¹⁴⁴ We zullen de Engelse wetten niet veranderen.

¹⁴⁵ Omdat de wetten voordien zijn gebruikt en toegepast.

¹⁴⁶ Vervolgens gaat Coke verder in op enkele historische passages en meningen (uit Justinianus en Plato en andere klassiekers) die aantonen/argumenteren dat best zeer terughoudend omgegaan kan worden met veranderingen in het recht. COKE, Inleiding bij het vierde deel van de *Reports*. S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 96-97.

¹⁴⁷ Voor een moderne historische benadering zou gewacht moeten worden op MATTHEW HALE. Coke’s benadering is wars van enige historische kritiek. Zie hierover: C. RODGERS, C., “Humanism, History and the Common Law”, *The Journal of Legal History* 1985, (129)136-156.

¹⁴⁸ J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 42-43.

Zo gaat Coke in de inleiding van het derde deel van de *Reports* bijvoorbeeld terug tot de tijden van voor de verovering en zelfs tot mythische tijden waarbij hij stelt dat het recht van de Britten, en de Britten zelf, afstammen van Trojaanse vluchtelingen en waarbij hij argumenteert dat de oude druïden in Engeland recht spraken in het Grieks etc... COKE, Inleiding bij het 3e deel van de *Reports*. S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 62-71.

Report stelde COKE dat de Magna Charta de voortzetting was van een eerdere codificatie die Willem de Veroveraar liet uitvoeren om het bestaande recht (van voor de verovering) samen te vatten.¹⁴⁹

3.1.2.4. De Common Law en het natuurrecht

Hiervoor is duidelijk gesteld dat de *historische Common Law* benadering van COKE zich in wezen onderscheidt van de *positivistische* en de *natuurrechtelijke*. In deze context werden reeds enkele allusies gemaakt op het onderscheid tussen de historische en de positivistische benadering (iets wat verder nog aan bod komt). Het is echter belangrijk ook de positie ten aanzien van het natuurrecht te bepalen.

Deze verhouding is allerm minst vanzelfsprekend. COKE maakt geen stringente onderscheid tussen het natuurrecht en de historische *Common Law*. Op het eerste zicht lijkt het alsof hij het natuurrecht opvat als een bestel van fundamentele regels binnen de *Common Law*. In de *CALVIN CASE*¹⁵⁰ geeft Coke hier een beschrijving van: "*I. That ligeance or obedience of the subject to the Sovereign is due by the law of nature: 2. That this law of nature is part of the laws of England: 3. That the law of nature was before any judicial or municipal law in the world: 4. That the law of nature is immutable, and cannot be changed.*"¹⁵¹ Verder stelt Coke: "*The law of nature is that which God at the time of creation of the nature of man infused into his heart, for his preservation and direction; and this is Lex aeterna, the moral law,*

¹⁴⁹ Zo schrijft hij dat: "That the grounds of our common laws at this day were beyond the memory on register of any beginning, & the same which the Norman conqueror then found within this Realm of England. The laws that Willem the Conqueror sware to observe, were bonae & approbatae antiquae regni leges (de goede, erkende en oude wetten van het koninkrijk), that is, the lawes of this kingdome were in the beginning of the Conquerors raighe good, approved and auncient. And, that the people might the better observe their duetie and the Conqueror his oath, he caused twelve of the most discrete and wise men in everie shire throughout all England, to be sworne before himself, that, without swarving, either ad dextram or sinistram (naar rechts of links), That is, neither to flatter prerogative or extend priviledge, they should declare the integritie of their lawes without concealing, adding, or in any sort varying from the truth." COKE, inleiding 8^e deel van de reports. In: S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 245-246.

De idee dat de Normandische verovering het recht zoals dat voordien bestond behield is niet helemaal vreemd. Recentelijk wordt aangenomen dat de Normandische veroveraars in de eerste plaats krijgslieden waren die zich niet om de juridische orde bekommerden, om die reden lieten ze het systeem zoald dat bestond grosso modo in stand. Niettegenstaande ging er, in tegenstelling tot wat Coke dacht, wel enige invloed van hen uit. J. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Bath, Bath Press, 2002, 12.

¹⁵⁰ Voor een uiteenzetting over deze casus zie: K. KEECHANG, "Calvin's Case (1608) and the Law of alien Status", *The Journal of Legal History* 1996, 155-171.

¹⁵¹ COKE, 7^e report §4b, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 174-175.

called also the law of nature. And by this law, written with the finger of God in the heart of men, were the people of God a long time governed before the law was written by Moses, who was the first reporter or writer of law in the world."¹⁵²

Uit deze citaten lijkt het natuurrecht/goddelijk recht (de twee werden door COKE door elkaar gebruikt) opgevat te worden als universele moraal. Opvallend daarbij is dat COKE dit natuurrecht verstrengelt met de *Common Law*. Er zijn meerdere passage waarin COKE spreekt over een samenhang tussen de fundamentele regels van de *Common Law* en het natuurrecht. Dit lijkt erop te wijzen dat de *Common Law* overeenstemt met het natuurrecht. Coke lijkt hier dezelfde lijn te volgen als ST. GERMAIN die sprak over "*Dyverse generall Customes which were in line with natural law and which had always been good and necessarye for the common welth of all the realme*".¹⁵³

COKE hanteerde echter zelden de term natuurrecht. Wellicht deed hij dit om niet te moeten refereren naar het continentaal recht dat zijns inziens van inferieure kwaliteit was, doordat het niet was aangepast aan de Engelse situatie en (in het procesrecht) minder waarborgen gaf.¹⁵⁴ De verstrengeling die hij zag tussen de *Common Law* en het natuurrecht blijkt duidelijk in het derde deel van de *Institutes* waarin hij zegt dat "*the keeping of Brothel-houses was forbidden by the law of God, on which the common law of England in that case is grounded*"¹⁵⁵ Hierbij valt het echter ook op dat hij zegt 'in that case'.

¹⁵² COKE, 7^e report §12b, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 195.

¹⁵³ Citaat overgenomen uit J. CRYE, "Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke's Contribution to the Anglo-American Legal Tradition", *The Journal Jurisprudence* 2009, (235) 239.

¹⁵⁴ Dit probleem kwam bijvoorbeeld sterk tot uiting in de vroege carrière van Coke in een dispuut te Norwich. Coke ageerde samen met Nathaniel Bacon tegen het optreden van Sir William Heyden, een lokale edelman die in het kader van de opdrijving van de defensie tegen een mogelijke aanval van de Spaanse Armada, de functie van Admiraal aan de kust van Norwich had verkregen. Met deze functie kon hij over bijzondere machten beschikken en zo kon hij ook recht spreken. Heyden claimde toen dat hij tevens criminele zaken kon behandelen. Coke en Bacon, de toenmalige beschermheer van Coke, reageerden hierop. De procedures in de *Admiralty tribunal* verliepen immers volgens de *Civil Law*. Onder de *Civil Law* konden mensen voor de rechtbank gedaagd worden zonder dat ze juist wisten om welke redenen, vervolgens konden ze gevraagd worden om onder eed te spreken, wat kan leiden tot *self-incrimination*. Naast dit vormde ook het besloten karakter van de rechtspraak een nadeel voor de beklaagde dat niet bestond in de *Common Law* rechtbanken en de assisenrechtbanken. Allicht kan deze persoonlijke vete die Coke met Heyden gehad heeft ook verklaren waarom Coke afkerig stond ten aanzien van de *Admiralty* rechtspraak en de *Civil Law*. A. BOYER, "*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*", Stanford, Stanford University Press, 2003, 68-70.

¹⁵⁵ COKE derde deel van de instituten §205.

CORWIN leidde uit de *CALVIN CASE* af dat COKE uitging van een hoger recht. Hij interpreteerde het voorkomen van *Fundamental Common laws* of *Common right and reason* in de geschriften van COKE als een vorm van natuurdenken dat COKE van FORTESQUIE had overgenomen.¹⁵⁶ Deze opvatting kan niet zonder meer genegeerd worden. Een eerste opmerking hierop is dat de werken van COKE niet al te consistent zijn. Ten tweede moet verwezen worden naar de beperkte reikwijdte die COKE in deze passage aan het natuurrecht geeft. Hoewel hij spreekt over koninklijke prerogatieven maakt hij er geen opsomming van. Het gaat eerder om een verdediging van de onvoorwaardelijkheid van het koningschap, iets waar verder op ingegaan zal worden.

Er moet ook opgemerkt worden dat in COKE'S benadering ook geen sprake is van het toekennen van grondrechten aan individuen. Hij spreekt wel over de bescherming van de burger door het recht. Zo stelt hij bijvoorbeeld in het tweede deel van de *Institutes* dat “*The Common Law of the Realme should by no meanes be delayed for the law is the surest sanctuary, that a man can take, and the strongest fortresse to protect the weakest of all; lex est tutissima cassis,*¹⁵⁷ *and sub clypeo legis nemo decipitur.*¹⁵⁸ Hierbij kent hij de burgers evenwel geen rechten toe. Het komt erop neer dat door de toepassing van het recht iedereen correct behandeld wordt. Dat onder het schild van het recht niemand bedrogen wordt.

COKE beziet de methode van de *Common Law* op zich wel duidelijk als een hogere vorm van recht. Zo stelt hij dat “*The reporting of particular cases or examples, is the most perspicuous course of teaching the right rule and reason of the law; for so did*

Bovendien valt het op dat Coke bij het opstellen van zijn catalogus van boeken de kerkelijke boeken eerst rangschikte en pas daarna de boeken over Engels recht omdat die afgeleid waren van de wetten van God. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 87.

¹⁵⁶ Fortescue zijn positie op dit punt was echter ook ambigu. Hij nam een tamelijk positivistische positie in door te stellen dat immoreel recht ook recht was maar stelde anderzijds dat het Engelse recht gebaseerd was op natuurrecht, waarbij hij universele maximes afleidde uit *naturel reason*. E. CORWIN, “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 1929, (365) 370.

¹⁵⁷ Het recht is de veiligste helm.

¹⁵⁸ Onder het schild van het recht wordt niemand bedrogen. COKE, 2^e deel van de *Institutes* §56, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 871.

*Almighty God Himself, when he delivered by Moses his Judicial Laws, Exemplis docuit pro Legibus*¹⁵⁹, *as it appeareth in Exodus, Leviticus, Numeri and Deuteronomi*”¹⁶⁰ Wanneer dit citaat samengelezen wordt met het bovenstaande over de aard van het natuurrecht, kan geconcludeert worden dat COKE weldegelijk worstelde met de verhouding tussen *Common Law* en het natuurrecht. De verhouding tussen beide kan allicht beter verstaan worden vanuit het concept van de ‘*two bodies of law*’ zoals BAKER dit invult. Hij spreekt over een concreet recht zoals dat in de praktijk beoefend wordt en een abstract dat gevonden wordt in de vorm van canonieke geschriften.¹⁶¹

M.i. lijkt COKE ervanuit te gaan dat de *Common Law* – door haar methode – het dichtst bij de moraal komt te staan.¹⁶² Hoewel de moraal duidelijk universeel is, weigert COKE de universaliteit door te trekken naar de *Common Law*. M.i. heeft dit tevens met pragmatische redenen te maken. COKE maakte immers deel uit van een beweging van nationale bewustwording waarbij afstand werd gecreëerd met de ‘universele’ katholieke Kerk. Vanuit dat oogpunt lijkt het niet wenselijk naar universeel recht te wijzen.¹⁶³ Hierbij moet evenwel benadrukt worden dat het recht niet universeel is qua plaats maar wel ‘*immemorial*’ in de tijd. KIM KEECHING merkt

¹⁵⁹ Hij leerde het recht aan met voorbeelden

¹⁶⁰ COKE, Voorwoord bij het 6^e deel van de *Reports*. S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 156.

¹⁶¹ “*Just as the king or queen, we are told, has two bodies- one of them corporeal and naturel, ‘subject to passions and death like men’, the other ‘politic’, mystic and metaphysical- so we might say that the law has two bodies, one of which may be perceived through practical operation and the actual state of juristic understanding at a given time, the other in a more abstract and metafysical way through canonical sources of authority.*” J. BAKER, *The Law’s two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 2001, 2.

DAVID SEIPP geeft een goede beschrijving overt hoe deze beiden zich verhouden wanneer hij stelt dat “*Medieval judges and lawyers, by my reading, no more expected the world outside the kortom to work according to the court’s rules than a clergyman expected the world outside the church door to be heaven. Law was not the way things were, but the way things ought to be*”, D. SEIPP, “The Law’s many Bodies, and the Manuscript Tradition in English Legal History”, *The Journal of Legal history*2004, (74) 76.

¹⁶² Dit kan ook afgeleid worden uit de betekenis van het concept ‘*artificial reason*’ dat afkomstig is van de scholastiek waarin het wijst op de bekwaamheid om het rechtvaardige van het onrechtvaardige te scheiden.

¹⁶³ In diezelfde lijn is het m.i. niet toevallig dat Thomas Paine voor de Amerikaanse onafhankelijkheidsoorlog over universele rechten van de mens sprak. Hij sprak immers tegen een publiek van verscheidene nationaliteiten dat op een nieuw continent een nieuwe natie trachtte te vormen. C. HITCHENS, *De rechten van de mens van Thomas paine*, Roeselare, Roularta books, 2008, 36-38.

dan ook op dat “*Their dependence on past texts is due to their transcendental concern of the common law*”¹⁶⁴.

3.1.2.5. De Common Law en de rechtspraak

De benadering van de *Common Law* kan verder verduidelijkt worden door haar te kaderen in de rechtspraak zoals die ten tijde van COKE bestond. Dat COKE niet zozeer uitging van een hoger recht maar veeleer van een bottom-up benadering lijkt voort te komen uit deze rechtspraak.¹⁶⁵ In de woorden van CORWIN waren de opvattingen en de aanpak van COKE dan ook tamelijk ‘*middeleeuws*’.¹⁶⁶

Zoals voordien reeds vermeld werd, baseerde de rechtspraak zich op gesproken en geschreven recht dat voor de meeste mensen ontoegankelijk was en waarvan de inhoud discutabel was. Juridische discussies gingen dan ook vaak over de legitimiteit van geschreven bronnen of het bestaan van een gewoonte.¹⁶⁷ De historische opvatting over de *Common Law* moet dan ook in deze praktijk gelezen worden. Hierbij valt op dat de opvatting van COKE sterk overeenkomt met twee van de drie kenmerken die ANDY WOOD onderscheidt bij de toepassing van lokale gewoonten in de *countries* van het vroegmoderne Engeland. In de eerste plaats diende de gewoonte volgens WOOD redelijk te zijn. Ten tweede moet de gewoonte teruggaan tot een tijd “*beyond memory of man or time whereof the memory of man is not the contrary*”.¹⁶⁸

¹⁶⁴ K. KEECHANG, “Calvin’s Case (1608) and the Law of alien Status”, *The Journal of Legal History* 1996, (155) 162.

¹⁶⁵ ALLEN BOYER is ook van mening dat de leer van de artificial reasoning van Coke vooral bezien moet worden vanuit zijn interesse voor de rechtspraak. Zo zegt hij dat “*He was less interested in what the Law might be than in what the lawyers and judges do. His theory that the law is artificial reason focuses on the work of the judge. The common law may be reason, but it is the reason of the judges; it may reflect custom, but it is custom as settled by the judges...it reflects a judge’s faith in the communal, professional wisdom of the bar-intelligence refined by training, by artifice.*” A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 88.

¹⁶⁶ E. CORWIN, “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 1929, (365) 366.

¹⁶⁷ A. ORR, “A Prospectus for a ‘New’ Constitutional history of Early Modern England”, *Albion: A Quarterly Journal concerned with British Studies* 2004, (430) 2004, 434-435.

¹⁶⁸ Hiervan werd volgens WOODS aangenomen dat het in de tijd tot ergens voor 1189 teruggebracht moest kunnen worden. De derde eigenschap die WOOD vooropstelt, is dat de gewoonte continu uitgeoefend dient te zijn geweest tot ze in vraag werd gesteld. A. WOOD, “Custom and the Social Organisation of Writing in Early Modern England”, *Transactions of the Royal Historical Society* 1999, (257) 257-269.

3.2. 'Artificial reason' versus 'natural reason'

Nu COKE'S opvattingen over de *Common Law* uitgeklaard zijn, dient verder stilgestaan te worden bij de functie die de *Artificial Reason*¹⁶⁹ daarin inneemt.

In dit kader is het belangrijk het concept *artificial reason* (rechtdenken van de rechter vanuit de historische gecumuleerde wijsheid) te onderscheiden van het begrip *natural reason* (eigen rede van de rechter). In de ogen van COKE kan er immers geen *Common Law* zijn zonder *artificial reason*. Een sprekende uiteenzetting over de *artificial reason* geeft COKE in het eerste deel van de *Institutes*: “*And this is another strong argument in Law, Nihil quod est contra rationem est licitum.*¹⁷⁰ *For reason is the life of the Law, nay the common Law it selfe is nothing but reason, which is to be understood of an artificial perfection of reason, gotten by long study, observation, and experience, and not of every mans naturall reason, For, Nemo nascitur artifex.*¹⁷¹ *This legal reason, est summa ratio.*¹⁷² *And therefore if all reason that is dispersed into so many severall heads were united into one, yet could he not make such a Law as the Law of England is, because by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such perfection, for the government of this Realme, as the old rule may be justly verified of it, Neminem oportet esse sapientioem legibus:*¹⁷³ *No man (out of his owne private reason) ought to be wiser than the Law, which is the perfection of reason.*”¹⁷⁴

Uit dit citaat blijkt dat COKE aan de hand van de *artificial reason* aan de *Common Law* een interne redelijkheid toekent. JEAN BEAUTÉ spreekt in dit verband over “un

¹⁶⁹ Merk op dat de term wellicht overgenomen is uit de retorica. Een korte uitleg over het concept ‘*artificial logic*’, dat zeer parallel is aan Coke’s *Artificial Reason*, geeft Abraham Fraunce in 1588: “*Logic is an art, to distinguish artificial logic from natural reason. Artificial logic is gathered out of diverse exampels of naturel reason, which is not any art of logic, but that ingraven gift and faculty of wit and reason shining in the particular discourses of several men, wherry they both invent, and orderly dispose...This as it is to no man given in full perfection, so diverse have it in sundry measure...And then is the logic of art more certain than that of nature, because of many particulars in nature, a general and infallible constitution of logic is put down in art.*” Citaat overgenomen uit: A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 88.

¹⁷⁰ Niets dat tegen de rede ingaat is wettig/rechmatig.

¹⁷¹ Want niemand is geboren als een goede ontwerper.

¹⁷² Is de hoogste rede.

¹⁷³ Niemand is wijzer dan de wet.

¹⁷⁴ COKE, 1e deel van de *Institutes*, §97b in: S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 700.

corps de normes raisonnables, définies en termes juridiques”¹⁷⁵. Een interne redelijkheid die niet gevat kan worden door één persoon en zelfs niet door een hele generatie want het is “*by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such perfection.*”¹⁷⁶

De interne redelijkheid van de *Common Law* heeft dus een historische dimensie. Het belang hiervan schuilt m.i. in de ervaring, immers, de veranderlijke context van de geschiedenis maakt dat elke generatie geconfronteerd wordt met problemen waarvoor, in een gelijkaardige variant, reeds oplossingen voorzien waren. Bovendien is het mogelijk dat de rede van één generatie, vanwege het perspectief waaruit ze kijkt, geen rekening houdt met elementen die in het verleden reeds aan bod gekomen zijn.

Als voorbeeld van de noodzakelijkheid van een historisch perspectief kan gesteld worden dat het in het Europa van de 21^{ste} eeuw overbodig lijkt om de juridische waarborgen tegen dictatoriale regimes – die na de tweede wereldoorlog in het leven geroepen zijn – te behouden en lijken vele sociale en democratische waarborgen in onze welvaartstaten overbodig. Het zijn echter de naoorlogse ervaringen en de reflecties van de jaren veertig en vijftig die tot deze waarborgen geleid hebben en die – hoewel niet acuut – een rol spelen in het behoud van het hedendaagse rechtssysteem.

Een tweede belangrijk element in het citaat van COKE is dat ‘*Nemo nascitur artifex*’, dat niemand geboren is als een ontwerper. Dit refereert naar de historiciteit: je kan niets uit het niets creëren. Anderzijds hangt dit ook samen met de veelheid. Hoewel veelheid niet genoeg is, is het toch essentieel. Goede regels kunnen maar gevormd worden door beroep te doen op meerdere personen, ervaringen en situaties. COKE gaat op deze manier in tegen het rechtspositivisme.

Om tot de *artificial reasoning* te komen diende dus voorrang gegeven te worden aan de traditie. Gezien dit gewoonterecht was, moest gekeken worden naar specifieke

¹⁷⁵ J. BEAUTE, “*Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*”, Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 72.

¹⁷⁶ COKE, 1e deel van de *Institutes*, §97b in: S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 700.

casussen. Een gevolg was dat COKE een sterke precedentenwerking (historical jurisprudence) verkoos boven *natural reasoning*¹⁷⁷ (oftewel het toepassen van abstracte kaders op casussen). De onwil van COKE om abstracte kaders toe te passen bleek heel duidelijk in de *CALVIN CASE*. Robert Calvin was een man van Schotse afkomst die een landgoed in Engeland gekocht had. Het was aan een buitenlander echter niet toegestaan om grond te bezitten in Engeland. De vraag was dan of Robert Calvin nadat de Schotse koning James I de Engelse troon had bestegen, beschouwd diende te worden als een buitenlander.¹⁷⁸ CRYE is van mening dat deze vraag leek te wijzen op een hiaat in de *Common Law*. COKE weigerde een abstracte redenering toe te passen en kwam opdraven met precedent van tweehonderd jaar oud.¹⁷⁹

De plaats van de jurist in *artificial reasoning* kan niet onderschat worden. Zoals eerder gesteld ging COKE ervanuit dat de legitimiteit van een historische juridisch argument los beschouwd diende te worden van het werkelijke historische debat. Zo ook was hij van mening dat het bestaan van een gewoonte aangetoond diende te worden door de opinie van juristen, de ‘specialisten’, en niet door het gewone volk.¹⁸⁰ COKE ging echter verder, hij creëerde een onafhankelijke betekenis van juridische begrippen. Dit bleek heel sterk in de *SHELLEY’S CASE* waarin COKE de doctrine verdedigde (met resultaat) dat begrippen in een document volgens hun juridische

¹⁷⁷ Hierbij dient nog opgemerkt te worden dat het concept *Natural Reason* gedurende het leven van Coke in de voornaamste filosofische stromingen anders benaderd werd dan nu. Algemeen werd aanvaard dat de *reason* iets was dat eigen was aan elk individu en dat duidelijk onderscheiden diende te worden van de wil. De wil was immers een tamelijk arbitraire kwestie. De *Reason* daarentegen was volgens de Scholastische filosofen de bekwaamheid om het rechtvaardige van het onrechtvaardige te scheiden en dus een geheel van universele, tijdlose morele waarden die leidden tot de bevordering van het algemene welzijn. Op deze manier diende de Reason te preferen voor de wil. De humanisten aanvaardden deze premissen maar werkten het verder uit door te wijzen op de mogelijkheid om met behulp van rationaliteit de *reason* te verbeteren. H. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1691.

¹⁷⁸ COKE, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 173.

Voor een uitgebreide bespreking van de zaak zie ook: K. KEECHANG, “*Calvin’s Case* (1608) and the Law of Alien Status”, *The Journal of Legal History* 1996, 155-171.

¹⁷⁹ J. CRYE, “Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke’s Contribution to the Anglo-American Legal Tradition”, *The Journal of Jurisprudence* 2009, (235) 249.

¹⁸⁰ And like both Rebuffi and DuMoulin, Coke takes jurists as his witnesses, “not,” as DuMoulin had written, “private persons, but leading men.” J. WHITMAN, “Why did the Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason?”, *The University of Chicago Law Review* 1991, 1321-1368.

interpretatie gevolgd dienden te worden en niet zozeer volgens de intenties van de opsteller.¹⁸¹

PASQUALE PASQUINO geeft echter een andere invalshoek aan de positie die de jurist in het werk van COKE krijgt toebedeeld: “*Why do we obey the prescriptions of a medical doctor? We certainly believe he or she is making a choice and even imposing prescription on our behavior. But we believe also that we will be better off in obeying him or her if we really think the doctor knows what he or she is doing. A sophisticated version of this type was first spelled by the judge Sir Edward Coke.*”¹⁸²

3.3. De plaats van de koning in het rechtsbestel. Wat met absolutisme?

Nu de contouren van COKE’S visie over de *Common Law* duidelijk zijn gemaakt wordt verder ingegaan op de plaats die de koning in het denken van COKE innam. Een cruciale vraag daarin is of COKE de koning bovenaan in een hiërarchische orde plaatste (m.a.w. hoe zijn inzichten zich verhouden met het absolutisme). In wat volgt zal eerst ingegaan worden op ruimere visies over het koningschap in de vroege 17^e eeuw waarna die van COKE worden besproken.

3.3.1. Opvattingen in de vroege 17^e eeuw

3.3.1.1. Eeuw van het absolutisme?

In de politieke geschiedenis wordt de 17^e eeuw vaak bestempeld als de eeuw van het absolutisme. Een eeuw waarin vorsten een absolute macht konden uitoefenen ten opzichte van hun onderdanen. In dit onderwerp is de naam BODIN nooit ver weg. Niettegenstaande moet, vooraleer op de ideeën zelf ingegaan wordt, opgemerkt worden dat deze opvattingen niet helemaal strookten met de realiteit. In de eerste plaats moet opgemerkt worden dat er in Engeland een *constitutionele monarchie* voorhanden was en dus geen zgn. ‘*absolutisme*’. En ten tweede mag de draagwijdte van het absolutisme niet te ruim opgevat worden. Absolutistische landen – zoals

¹⁸¹ In kwestie ging het om de uitlegging van een testament. COKE, 1^e deel van de *Reports* §94b-106b. S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 6-36. Zie ook: D. SMITH, “Was there a Rule in Shelley’s Case?”, *The Journal of Legal History* 2009, 53-70.

¹⁸² P. PASQUINO, “Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 20.

Frankrijk – waren immers allerm minst totalitair. TIM BLANNING toont zelfs aan dat het Engels constitutioneel systeem beter in staat was om ingrijpend in samenleving te handelen dan het Franse absolutisme onder de Zonnekoning.¹⁸³ En ten derde waren beperkingen op het koningschap in Frankrijk en Engeland toen allerm minst onbekend. Zo wist bijvoorbeeld koningin Elisabeth dat haar beleid in hoofdzaak moest steunen op de consensus onder de maatschappelijke elite omdat het koningschap niet over de vereiste organisatorische en economische middelen beschikte om een ambitieus beleid gestalte te geven.¹⁸⁴

Ideeënhistorisch kan het werk van GLENN BURGESS in het boek “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*” als startpunt van de analyse genomen worden. Vooreerst, aldus BURGESS, moet opgemerkt worden dat er vaak misverstanden bestaan over de juiste interpretatie van het begrip ‘*Absolute (power)*’. BURGESS wijst erop dat dit begrip in het begin van de 17^e eeuw betekende dat er geen vorm van hoger beroep mogelijk was, dat de instelling een absolute beslissingsmacht had in een bepaalde situatie. Het komt dus overeen met wat wij vandaag de combinatie van de *discretionaire bevoegdheid* en de (fictieve) *exécution du préalable* noemen.¹⁸⁵

In moderne constitutionele debatten wordt gezocht naar een instelling die de macht van de vorst kan controleren. Dit was echter niet de gangbare werkwijze in het vroege 17^e eeuwse Engeland. Daar heerste de overtuiging dat een absolute vorst, een vorst is “*who hath no law but his own will*”.¹⁸⁶ De overtuiging heerste dus dat de macht van een koning beperkt kon worden door de grenzen die de koning zelf aan zijn macht

¹⁸³ Hierbij werkt hij enkele voorbeelden uit. De twee opvallendste liggen in de wegeaanleg en de veranderingen in de landbouw. In het Engelse systeem, aldus BLANNING, groeiden deze evoluties in het parlement. De landelijke adel en *gentry* die in het parlement zetelden stonden vervolgens mee in voor de uitvoering van deze wetgeving. Gezien deze personen vaak *Justices of the peace* waren is dit m.i. een voorbeeld van het ontbreken van een scheiding der machten in het vroegmoderne Engeland. T. BLANNING, “*The Pursuit of Glory; Europe 1648-1815*”, Londen, Penguin books, 2008, 148-151.

¹⁸⁴ Om die reden steunde het beleid van koningin Elisabeth in de eerste plaats op een sterk patronagenetwerk. Een belangrijk element daarbij was dat Elisabeth niet uit het oog verloor dat ze als koningin nooit afhing van één fractie. Een veelheid van fracties die toegang hadden tot de koning moest een garantie bieden voor de onafhankelijkheid van de koning. A. SMITH, “*The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*”, Londen, Longman, 1997, 121.

¹⁸⁵ Deze betekenis van ‘*absolute power*’ komt allicht uit middeleeuwse theologie. Daarin gebruikt men de concepten *Potentia Ordinata* en *Potentia Absoluta*. Het eerste duidde op het handelen van God binnen de regels die hij zelf had opgesteld en het tweede duidde op het gegeven dat God’s macht die regels oversteeg. G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, pp.32-34.

¹⁸⁶ G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 21.

stelde. Door zelflimitatie dus. In het verlengde hiervan speelde het geloof dat adviesraden een matigende invloed op de koning konden hebben.¹⁸⁷ Een logische consequentie hiervan is dat een koning die over absolute machten beschikt niet persé een absolute vorst is

Er diende dus een onderscheid gemaakt te worden tussen een koning die arbitrair optrad enerzijds en een koning die zich spontaan aan bepaalde regels hield anderzijds. Het geloof in deze tweede mogelijkheid impliceert dat een schending van de regels die de koning zichzelf opgelegd heeft *an sich* geen inbreuk vormt op de rechten van de burgers. De burgers hadden immers geen eigen rechten ten aanzien van de koning. Bijgevolg konden de burgers geen beroep doen op de schending van hun rechten door de koning om tegen hem in opstand te komen. Er was in deze opvattingen geen recht op ‘*resistance*’.¹⁸⁸ De koning was in deze opvatting tegelijkertijd onschendbaar en gebonden: *Bounded but irresistible*.¹⁸⁹ Niettegenstaande kon de overtuiging leven dat de koning zijn eigen uitgebrachte wil diende te respecteren. De macht van de koning was dus niet zozeer ongelimiteerd dan wel onvoorwaardelijk.¹⁹⁰

Een voorbeeld van deze zelflimitatie is m.i. de visie van koning James I in Schotland. Zoals eerder reeds besproken, wordt vaak gesteld dat Schotland een absolutistische

¹⁸⁷ JOHN GUY stelt dat men in de 16^e en vroege 17^e eeuw veel belang hechtte aan de *Councils*. Men geloofde dat deze instellingen gepromoot diende te worden wegens hun positieve invloed op het beleid. Er werd dus van uit gegaan dat een niet bindend advies ook invloed had. J. GUY, “The rhetoric of Council in Early Modern England” in D. HOAK (ed.), *Tudor Political Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 292-310.

Deze opvattingen moeten mijns inziens gekaderd worden in de beperkingen van de monarch als persoon. Een monarch kon immers niet overal zijn en alles weten. Hij moest zijn beleid vormen door beroep te doen op adviesraden en moest bij het vormgeven van zijn beleid opnieuw beroep doen op vaak dezelfde adviesraden (en andere instellingen).

¹⁸⁸ Hierop bestonden enkele uitzonderingen maar die kregen vooral bijval na de revoluties van 1640 en late 17^e eeuw. Rutherford was allicht één van de eerste denkers die in zijn boek ‘*Lex Rex*’ uit 1644 stelde dat een monarch, om gelimiteerd te zijn, onder de wet moest vallen. Hij vond dat de gemeenschap altijd superieur was ten aanzien van haar heerser waaruit logisch volgt dat het recht op *resistance* een deel van de constitutie vormde. G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 22.

¹⁸⁹ G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 21

¹⁹⁰ Een andere leer die er wel eens toe leidt dat men deze periode als absolutistische bezag was de leer dat ‘*de noodzaak de wet breekt*’. Hierbij dient echter opgemerkt te worden dat deze leer inderdaad in het voordeel van de koning gebruikt kon worden. Niettegenstaande moet op de beperkingen van deze regel gewezen worden. Het is immers zo dat ‘*Necessitas est lex temporis et loci*’ (de noodzaak is een tijdelijke en lokale wet). G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 49-50.

monarchie kende (vanwege de grotere invloed van Europese gedachtestromingen op Schotland dan op Engeland dat zich, zoals eerder reeds gesteld was, minder openstelde voor externe invloeden). Niettegenstaande was de koning in Schotland gebonden aan de *Divine Law*. Dit blijkt duidelijk uit de eed die de koning aflegde. In die eed zwerde de koning dat hij de godsdienst zou beschermen, het land met haar historische privileges en rechten zou waarborgen en de wetten van zijn voorgangers zou respecteren. De koning diende zich wel degelijk aan limieten te houden. Deze limieten werden echter niet bepaald door een contract tussen de monarch en zijn onderdanen maar door een éenzijdige wilsuiting van de koning gebaseerd op hoger recht. De naleving hiervan kon dus niet afgedwongen worden door een rechter, laat staan door een andere contractspartij.¹⁹¹ Deze opvatting heeft een politiekpragmatische dimensie. Ze had immers een tweeledig doel. Enerzijds werd op deze manier een grond gegeven om het arbitrair optreden van de koning in te perken. Anderzijds bestendigt deze opvatting de gevestigde orde. Ze laat immers geen ruimte voor opstanden of revoluties.

3.3.1.2. Constitutionele monarchie?

De vraag die dan gesteld dient te worden is of er een *constitutionele orde* was en wat de functie hiervan was. Wat was de rol van het recht in een dergelijke *gelimiteerde monarchie*? Hier komt de visie van COKE over de *Common Law* om de hoek kijken (zie hiervoor). De *Common Law* – en daarbij de fundamentele regels die in moderne opvattingen constitutioneel genoemd kunnen worden – haalt in de visie van COKE zijn legitimiteit immers niet uit de koninklijke oorsprong van het recht maar wel uit het gegeven dat het recht ‘*immemorial*’ gewoonterecht was. De *Common Law* stond dus enigszins los van de koning die, volgens de opvattingen van COKE in de eerder besproken *Calvin case*, zijn prerogatieven ontleent aan het goddelijk recht of natuurrecht.

Van constitutionalisme in de moderne zin van het woord was hier geen sprake. Het gaat dus niet zozeer om een bovenschikking, waarbij de constitutionele regels van de *Common Law* boven de monarch staan, maar wel om een nevenschikking. PHILIP

¹⁹¹ G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 41-42.

HUNTON, een tijdgenoot van COKE, verwoordde het in zijn *'Treatise of Monarchy'* als volgt: *"His power must not be limited by any power above his; for then hee were not a Monarch, but a subordinate magistrate."*¹⁹² Hoewel de koning gelimiteerd was, was er geen instelling die toezicht op hem kon uitoefenen.

Uiteraard waren er nog andere visies over de constitutionele positionering van de monarchie. Hierbij moet wel opgemerkt worden dat de strekking die de koning onder de wet plaatste zich pas na de revolutie van 1640 (en dus na het overlijden van Coke) ontwikkelde. Aan de andere kant van het spectrum waren er nog enkele absolutistische denkers. In de eerste plaats was er GENTILI, een Italiaanse jurist die in Engeland actief was. Zijn opvattingen die sterk verwant waren met meer continentale ideeën werden echter door zijn navolger FULBECKE niet op Engeland toepasbaar geacht.¹⁹³ Bovendien stelde ook THOMAS FLEMING in de *BATE'S CASE* dat de koning boven de wet stond. Dit moet echter genuanceerd worden gezien dit volgens FLEMING'S opvattingen niet inhield dat de koning de wet zonder meer kon wijzigen.¹⁹⁴

3.3.2. COKE'S visie

3.3.2.1. De Monarchie en de Common Law

COKE'S opinies rond de monarchie nemen een bijzondere plaats in de Engelse geschiedenis. Dit vooral vanwege de beruchte conflicten die zich tussen hem en de monarchen James I en Charles I afspeelden. COKE'S opvatting kenden - vanwege zijn prominente positie onder de Engelse rechtsgeleerden¹⁹⁵ - reeds gedurende zijn leven

¹⁹² Citaat overgenomen uit: G. BURGESS, *"Absolute Monarchy and the Stuart Constitution"*, New Haven, Yale University Press, 1996, 24.

¹⁹³ G. BURGESS, *"Absolute Monarchy and the Stuart Constitution"*, New Haven, Yale University Press, 1996, 78-81.

¹⁹⁴ Fleming maakte in de *MONOPOLIES CASE* een onderscheid tussen *absolute powers* en *ordinary powers*. De eerste waren discretionaire bevoegdheden van de koning. Wanneer het echter om *Ordinary powers* ging hadden de rechtbanken controle over het beleid en kon de koning de wet niet veranderen. De facto komt de theorie dus overeen met de *Common Lawyers* die de regelgeving van de koning zeer casuïstisch benaderden. G. BURGESS, *"Absolute Monarchy and the Stuart Constitution"*, New Haven, Yale University Press, 1996, 84-85.

¹⁹⁵ Merk ook op dat de rol die Coke aan het recht toekende niet zo nieuw was. Zo zou Coke zelf reeds op jonge leeftijd in zijn *Grammar School* te Norwich met enkele van deze ideeën in contact zijn gekomen via de *Progymnasmata*. De *Progymnasmata* was een standaard tekstboek waarmee jongeren in verschillende *Grammar schools* in *Tudor England* de kundigheid van de retorica aanleerden. In dit boek werden verschillende politieke en juridische teksten. Hierin stond bijvoorbeeld dat tirannie

veel bijval. COKE had gedurende zijn lange loopbaan immers veel belangrijke juridische posities bekleed. Iets wat hem, in een cultuur waarin (zoals reeds eerder vermeld) gezag gerontocratisch was, enorm veel maturiteit verleende. Dit kan zeker blijken uit het feit dat koning Charles I na COKE's overlijden diens niet-gepubliceerde werken (de *Institutes* op het eerste deel na) liet confisqueren uit vrees dat ze anders voeding zouden geven aan de oppositie tegen de koning.¹⁹⁶

COKE's positionering van de monarch hangt nauw samen met diens visie over de *Common Law*. Zoals reeds vermeld bezag COKE de *Common Law* als een geheel van rechtsregels dewelke hun legitimiteit halen uit het feit dat ze oud zijn, zelfs 'immemorial'. Zo verwierp COKE een positivistische benadering gestoeld op een *Command theory of law* waarbij het recht zijn legitimiteit vindt in het bevel van de autoriteit, in casu de koning. Het was net het gewoonterechtelijke karakter van de *Common Law* dat haar legitiemer maakte dan de geschreven en dus uitgevaardigde wetten.

Deze opvattingen moeten gekaderd worden in de controverse over de suprematie van het geschreven dan wel het gesproken recht. COKE was immers een fervent tegenstander van koning Jacobus' plannen om het gewoonterecht te codificeren. Dit zou, volgens de opinie van COKE, de *Common Law* ontdoen van haar karakter. Daarenboven speelde hier voor COKE persoonlijke motieven. De vraag stelde zich immers wie zou instaan voor deze codificatie. Hierbij werd FRANCIS BACON voorgedragen. Deze beroemde filosoof¹⁹⁷ was de grootste opponent van COKE en had veel kritiek geuit op diens COKE's *Reports*.¹⁹⁸

gemeten diende te worden door haar inmenging in het recht, dat rechtbanken een basisinstelling waren in het Engelse bestel en dat de "vote of judges will suffice to destroy the entire power of despotism." Citaat overgenomen uit: A. BOYER, "Sir Edward Coke, Ciceroninus: Classical Rhetorica and the Common Law Tradition" in *international journal for the semiotics of Law* 1997, (4) 15.

Een andere belangrijke rechtsopvatting dat in dit werk werd beschreven en waarvan Coke later in de BONHAM'S CASE gebruik zou maken is dat niemand rechter kan zijn in zijn eigen zaak.

¹⁹⁶ Tussen 1642 en 1644 werden ze dan uitgegeven door het *Long Parliament* dat hier een prioriteit van maakte. A. ORR, "A Prospectus for a 'New' Constitutional history of Early Modern England", *Albion: A Quarterly Journal concerned with British Studies* 2004,(430) 438-439.

¹⁹⁷ SIR FRANCES BACON was de grondlegger voor de empirische methode. C. JOHNSON, "The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I", Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 36.

¹⁹⁸ C. JOHNSON, "The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I", Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 33. A. ORR, "A Prospectus for a 'New' Constitutional

3.3.2.2. De constitutie en de prerogatieven van de Monarch

De problematische verhouding tussen monarch en *Common Law* speelt volgens COKE niet enkel op het niveau van de legitimiteit, waar beide horizontaal geïmponeerd (nevenschikking) dienen te worden, maar ook op het niveau van de *artificial reasoning* (...).

Een sterk voorbeeld geeft COKE in de *PROHIBITIONS DEL ROY*. Het betrof een conflict tussen hem en koning James I over de mogelijkheid van de koning om een strafzaak van de rechtbanken te onttrekken en zelf te behandelen. De koning maakte hierbij de opmerking dat het recht uitging van de rede en dat hij, net als rechters en andere mensen, beschikte over rede (hij ging dus uit van de *natural reasoning*). COKE'S repliek hierop was dat "*true it was, that God had endowed his Majesty with excellent Science, and great endowments of nature; but his Majesty was not learned in the Lawes of the Realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by naturall reason but by the artificiall reason and rudiment of Law, which Law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it (...)* The king was greatly offended, and said, that then he should be under the Law, which was treason to affirm, as he said; To which I said, that Bracton said, *Quod Rex non debet esse homine, sed sub Deo et Lege.*¹⁹⁹,²⁰⁰ COKE ging dus m.a.w. uit van de *artificial reasoning*.

history of Early Modern England", *Albion: A Quarterly Journal concerned with British Studies* 2004,(430) 441-442.

Merk ook op dat Bacon, net als de *Civil Lawyers*, ervan overtuigd was dat het de *Common Law* aan structuur ontbrak. Bacon wilde de *Common Law* daarvoor niet terzijde schuiven ten voordele van de *Civil Law* maar was wel van mening dat de regels van de *Common Law* gestructureerd dienden te worden. H. BERMAN, "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1670.

Coke heeft dezelfde mening nooit structureel erkend maar moet zelf ook de zwakte van de *Common Law* hebben ingezien. Zijn *Institutes* vormen dan ook een poging om de *Common Law* te systematiseren. Dat hij niet met een officiële codificatie instemde moet dus zeker gezien worden als een uiting van zijn opvattingen over de historiciteit van de *Common Law* en de beperkte rol van de koning in de bepaling ervan.

¹⁹⁹ De koning kan niet onder een man staan maar wel onder god en de wet.

²⁰⁰ COKE, 12^e deel van de *reports* §65, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 481.

Deze discussie eindigde in een staande ruzie tussen Coke en James I waarbij Coke op de grond knielde om vergeving te smeken aan James I en wist zo, en waarschijnlijk tevens door toedoen van Robert Cecil (de Lord treasurer en de oom van Coke's tweede vrouw), de gevangenisstraf te ontlopen. J. CRYE, "Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke's Contribution to the Anglo-American Legal Tradition", *The Journal of Jurisprudence* 2009, (235) 252.

Uit bovenstaand citaat blijkt duidelijk dat de *Common Lawyers* volgens COKE de instanties bij uitstek waren om de wet te interpreteren. De vraag is dan hoe dit zich verhoudt met de koning. De indruk ontstaat immers dat er in deze visie geen plaats voor hem is. Dit is echter niet correct. Zoals reeds vermeldt bezag COKE de positie van de koning ten opzichte van de *Common Law* (met daarin de regels dewelke we kunnen beschouwen als de ‘*Early Stuart Constitution*’), in tegenstelling tot wat in het citaat tot uiting komt, eerder als een *nevenschikking*.²⁰¹ Bovendien maakte COKE een onderscheid tussen de koning handelend als koning en de koning handelend door het parlement. In het denken van COKE lag dan ook reeds een kiem vervat van de scheiding tussen uitvoerende en wetgevende macht. Dit blijkt duidelijk in de *CASE OF PROCLAMATIONS* waarin hij stelt dat “*The King cannot change any part of the common law, nor create any offence by his proclamation, which was not an offence before, without parliament.*”²⁰²

²⁰¹ HAROLD BERMAN heeft echter een eigen interpretatie van Coke’s opvattingen over het koningschap. Volgens hem staat de koning wel boven het recht. De rechters, die door de koning zijn benoemd moeten echter de wetten interpreteren naar hun mogelijkheden. Daardoor dienen ze beroep te doen op regels en procedures. Men dient dus te kijken naar de oudere interpretatie van het recht. Daarenboven stelt hij dat Coke het koningschap opvatte als een institutie die *immemorial* was. (Coke zegt zo in de inleiding van het vierde deel van de reports dat “*That the king of England never dyeth, which is true in respect of the ever during, and never dying politique capacity*” COKE, inleiding bij het 4^e deel van de *Reports*, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 95)

De suprematie van de koning moest dan ook bekeken worden vanuit deze historiciteit. De koning zelf kon in deze opvatting niet verwachten dat de rechters zijn arbitrair optreden zomaar zouden aanvaarden, zij moesten immers naar het oude recht, dat door hun voorgangers uitgevaardigd was, kijken. Het recht van de koning was immers niet gewoon het recht van de zittende monarch maar tevens het recht dat door al diens voorgangers uitgevaardigd was geweest. Het is dus een toepassing van het principe dat vroegere wetgevers de latere binden. Bij deze benadering stelt BERMAN anderzijds ook dat de visie van Coke over het recht kon verschillen met de toepassing omdat hij een onderscheid maakte tussen het universele goddelijke recht (hetgeen meer macht aan de koning gaf) en het Engels recht zoals dat in concreto in Engeland bestond. Het komt er dan op neer een historische interpretatie te volgen, ook al strookt deze niet met de universele visie over het recht. Deze uitleg is coherent en heeft het voordeel dat hij in overeenstemming is met de legitimering van het koningschap op basis van goddelijk recht die Coke in de CALVIN’S CASE geeft. De uitleg is daarentegen niet in overeenstemming met de verschillende passages waarin Coke regels verder terugvoert dan het koningschap en waarbij Coke de historische legitimiteit loskoppelt van het koningschap. Allicht komt deze tegenspraak voort uit de beperkte theoretisering van Coke. H. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1651-1679.

²⁰² COKE, 12^e deel van de *Reports* §75, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 487-488.

Iets verder gaat Coke nog een stap verder door te stellen dat “*the King by his proclamations or other ways cannot change any part of the common law, or statute law, or the customs of te realm.*” Merk op dat Coke hier het legaliteitsbeginsel in strafzaken benadrukt. Iets dat tevens een voorbeeld is van hoe specifieke normen van de Common Law de bevoegdheden van de koning kunnen beperken. Dit blijkt

De koning kon dus niet zonder meer de *Common Law* wijzigen of interpreteren. Niettegenstaande heeft de koning, zoals reeds vermeld, een eigen legitimiteit. In de *CALVIN CASE* zegt COKE uitdrukkelijk dat de koninklijke prerogatieven afstammen van natuurrecht.²⁰³ Zoals tevens vermeldt, heeft COKE hier nooit een algemene theorie over uitgewerkt. Dit ligt echter volledig in de lijn van zijn opvattingen over de *Common Law*, deze zijn immers een geheel van particulariteiten waarbij geen onderscheid gemaakt wordt tussen publiek- en privaatrecht.²⁰⁴ Om die reden moeten de prerogatieven van de koning per concreet geval bekeken worden. COKE heeft verschillende argumenten gebruikt die in verschillende situaties de rol van de koning konden beperken.

Toen hij in 1616 bijvoorbeeld met koning Charles I in een dispuut lag over de prerogatieven van de koning ten overstaan van de *Common Lawyers* beriep hij zich op de argumenten dat niemand, dus ook de koning niet, rechter kon zijn in zijn eigen zaak. De koning kon dus niet oordelen over iets dat hemzelf aanbelangde. Anderzijds stelde COKE dat de koning *irresistable* is. Hierdoor kon de koning niet verantwoordelijk gesteld worden voor zijn daden. En doordat hij niet persoonlijk verantwoordelijk gesteld kon worden, zo argumenteerde COKE, was er geen mogelijkheid tot hoger beroep tegen een uitspraak van de koning. Dit was volgens COKE belangrijk, niet alleen omdat er zo geen beroepsmogelijkheid meer is, maar ook omdat de koning weliswaar beschikt over *natural reason* doch niet over *artificial reason* die vereist was om de *Common Law* te interpreteren.²⁰⁵ PASQUALE PASQUINO is van mening dat COKE op deze manier de koning wilde overtuigen dat “*he (the king)*

heel duidelijk als hij nog iets verder zegt dat: “*But a thing which is punishable by the Law, by fine and imprisonment, if the King prohibits it by his proclamation, before that he will punish it, and so warn his Subjects of the peril of it, this as a Circumstance aggravates the Offence; But he by Proclamation cannot make a thing unlawfull, which was permitted by the Law before*”. COKE, 12^e deel van de Reports §75, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 488.

²⁰³ COKE, 7^e deel van de reports §14a, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 198.

²⁰⁴ Dit was eigen aan de *Common Law*. Het Continentaal recht maakte reeds sneller een onderscheid tussen publiek en privaat recht door de invloed van het Romeins recht. G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 170.

²⁰⁵ Merk op dat Charles I hierop reageerde in een toespraak die hij datzelfde jaar in de *Star Chamber* gaf. Hij zei dat het inderdaad zo was dat de rechters over *Artificial Reason* beschikten maar dat de *Natural Reason* ook nodig was, zeker in gevoelige zaken, dewelke de prerogatieven van de koning aangingen, zouden de rechtbanken de koning moeten consulteren. G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 155 e.v.

might have the constitutional power to be the final judge of a conflict, but he had not the “artificial reason” in order to correctly exercise it”²⁰⁶.

COKE was ervan overtuigd dat de koning zijn judiciële bevoegdheid in het verleden had overgedragen aan de rechtbanken en dit diende te respecteren.²⁰⁷ Dit was het gevolg van een institutionalisering die een *bureaucratic drift* van de *Common Lawyers* als *agent* van de monarch mogelijk maakte. Een ander gevolg van deze institutionalisering was dat de koning aan de zelflimitatie van zijn voorgangers herinnert kon worden.²⁰⁸ In de opvattingen van COKE had de koning dan ook in eerste instantie een politieke functie en diende politiek zich af te spelen binnen de contouren die door het recht werden bepaald.²⁰⁹ De beperkingen die COKE de koning oplegde gingen allicht uit van een ruimer gedeelde angst voor het arbitrair (politiek) optreden van de koning²¹⁰ en een antihiërarchische houding eigen aan de puriteinen.²¹¹

De positie van de *Common Lawyers* blijkt tevens duidelijk in het onderscheid dat COKE maakt tussen *Malum in se* en *Malum prohibitum*. *Malum in se* hield in dat zaken verkeerd waren op zichzelf. De controle hierop gebeurde door de toets van de

²⁰⁶ P. PASQUINO, “Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 20.

²⁰⁷ Deze idee gaat m.i. uit van twee elementen. Enerzijds is er de idee dat de koning weliswaar soeverein is maar niettegenstaande zijn reeds geuite wil dient te respecteren. Anderzijds gaat deze visie uit van de institutionalisering van het koningschap. Het gaat niet zozeer meer over de koning als persoon maar het instituut. Dit heeft enerzijds tot gevolg dat de koning als persoon taken gaat delegeren en anderzijds houdt dit in dat de daden van het koningschap, als instituut, over de generaties heen getild kunnen worden.

²⁰⁸

²⁰⁹ Coke zelf spreekt niet over het onderscheid tussen recht en politiek, het gaat eerder om het onderscheid tussen het bestaan van een regel van *Common Law* enerzijds en anderzijds de ruimte voor *absolute power* van de koning.

²¹⁰ In deze context dient opgemerkt te worden dat vele verwanten en vrienden van Coke in het begin van zijn carrière te maken hebben gehad met arbitrair optreden van een *Deputy-Lieutenant* met koninklijke machten beladen te Norwich. Het betrof Sir Arthur Heveningham die deze functie verworven had om infrastructuurwerken uit te voeren (het aanleggen van wegen en versterkingen) met het oog op een mogelijke Spaanse invasie. Onder deze functie voerde hij ook werken voor persoonlijke doeleinden uit. Hierbij deed hij echter beroep op de koninklijke bevoegdheid om contributies en belastingen te heffen en toen sommigen dat niet betaalden en enkele juristen procedures tegen hem begonnen dreigde hij hen op te sluiten. In deze context was *Judge of the Common Pleas* Francis Wyndham niet onder de indruk van de koninklijke machtigheden en bemoeiingen in de zaak en stelde hij dat het normaal was voor de rechtbanken om de oordelen over de autoriteit van de koningin. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 74.

²¹¹ Coke stelt nergens de bestaande hiërarchie expliciet in twijfel. Wel tracht hij deze in al zijn theorieën af te zwakken en komt het ook tot uiting in de religieuze conflicten waarmee hij betrokken was. ALLEN BOYER maakt hierbij de vergelijking met de zuster van Coke, Anne Coke Stubbes, die zich erg inzette voor de puriteinse zaak en daarin sterk streed tegen de kerkelijke hiërarchie. Daarenboven leidt BOYER dit af uit de rol en de houding van Coke bij de vervolging van enkele vooraanstaande edellieden van Engeland. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 156-175 en 192.

rechter aan de *Common Law*. *Malum Prohibitum* impliceerde daarentegen dat iets verkeerd was omdat het verboden was. Het ging dan om zaken die verboden werden door *Statute Law*. Dit waren zaken waarover, zo oordeelde COKE, niet de *Common Lawyers* maar rechtbanken als de *Star Chamber* moesten oordelen.²¹²

Een belangrijke materie waarover COKE in conflict kwam te liggen met de koning waren de monopolies. De koning deed vaak beroep op monopolies om zijn financiële problemen op te lossen. COKE heeft in verschillende casussen vastgesteld dat deze monopolies ingingen tegen de *Common Law*. Dit vooral doordat ze mensen van de vrijheid beroofden om hun broodwinning verder te zetten.²¹³

3.4. De rol van het parlement in de rechtsopvattingen van COKE (*Bonham Case*)

In de verhouding tussen de rechters en het parlement staat in de opvattingen van COKE één casus centraal: De *Bonham Case*. In wat volgt zal dan ook voornamelijk van deze casus uitgegaan worden. Vooreerst wordt echter ingegaan op het ontstaan van het parlement volgens COKE en de positie die hij eraan toekende.

3.4.1. Oorsprong van het parlement

In het voorwoord van de *Ninth Reports* gaf COKE een legitimatie van het bestaan van het parlement via zijn opvattingen over de *Common Law*. In het betoog argumenteerde hij dat het parlement ‘*immemorial*’ is, via de methode waarin hij eerst aantoonde dat een bepaalde regel al sedert lange tijd bestond en dat daaruit afgeleid kon worden dat deze en enkele verwante regels ‘*immemorial*’ waren. In deze kwestie argumenteerde COKE dat er *tenants* bestonden ten tijde van Willem de Veroveraar en

²¹² COKE, vierde deel van de *institutes* § 4 en 12° deel van de *reports* §76.

²¹³ De uitspraken over monopolies hebben ertoe geleid dat sommige historici en juristen COKE begonnen te beschouwen als een voorloper van de liberale ‘*Laissez faire*’ economie. Dit dient echter genuanceerd te worden. Zoals BARBARA MALAMENT aantoonde, gingen zijn opinies in de monopolie zaken uit van zijn algemene opvatting over de *Common Law* en niet vanuit een sociaal-economische overtuiging. COKE hield zich zelden bezig met economie en was zeker niet actief betrokken bij de ontwikkelingen die zich bij de handelsklasse afspeelden. Zo valt het op dat hij in verscheidene uitspraken weinig rekening houdt met de noden van de handelsklasse en dat hij zelf, in tegenstelling tot vele tijdgenoten in gelijkaardige posities, niet investeerde in de opkomende wereldhandel. Daarnaast behandelt Coke in de *Institutes* zo goed als geen zaken die verband houden met de handel. B. MALAMENT, “The ‘*Economic Liberalism*’ of sir Edward Coke”, *The Yale Law Journal* 1967, 1321-1358.

gezien deze de verplichting hadden de koning bij te staan door aanwezig te zijn in een raad, bestond er toen al een parlement.²¹⁴ Hij concludeerde: “*This Court [het parlement] being the most supream Court of this Realm, is a part of the frame of the Common Law, and in some cases doth proceed legally according to the ordinary course of the Common Law, as it appeared in 39 Edw. 3. F. To be short, of this Court it is truly said, Si vetustatem spectes est antiquissima, si digitale est honoratissima, si Jurisdictionem est capacissima.*”²¹⁵,²¹⁶

Dat het parlement sinds ‘*immemorial time*’ bestond ging ook gepaard met enkele prerogatieven van het parlement. COKE was zo van mening dat het parlement sinds ‘*immemorial times*’ kon beschikken over *Free Speech*. COKE bracht dit in 1621 naar voren toen de koning het *House of Commons* vroeg zich afzijdig te houden in het beleid ten aanzien van Spanje en de Katholieke Kerk. Het *House of Commons* aanvaardde dit schoorvoetend en stelde onder invloed van COKE een *protestation* op om te benadrukken dat het parlement over enkele *Liberties* beschikte, niet vanwege de instemming van de koning maar als een *Birthright*.²¹⁷ Om deze reden werd Coke in 1621 door James I 7 maanden in de *Tower* opgesloten.

De mening van Coke werd uiteraard niet gedeeld door de koning zelf. James I was van mening dat het parlement “*was nothing but the head court of the king and his vassals*”.²¹⁸ James I verwees hierin duidelijk naar het feodale recht. In deze benadering was hij niet alleen. Een ander voorbeeld was SIR HENRY SPELMAN, een historiograaf die de aanwezigheid van het feodale recht (dat over het hele Europese continent bestond) in de *Common Law* erkende. Een gevolg hiervan was dat SPELMAN, anders dan COKE, van mening was dat de *Common Law* geen puur Engels

²¹⁴ J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 39-40.

²¹⁵ Als je oudheid zoekt, is het (parlement) oud, als je waardigheid zoekt, is het zeer eerbaar, als je jurisdictie zoekt, is ze zeer breed.

²¹⁶ COKE, inleiding 9^e deel van de instituten, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 292.

²¹⁷ H. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1677.

²¹⁸ Tevens zou James I in het eerste Engelse parlement dat hij in 1603 bijeen riep gezegd hebben dat “*I am the Husband and the whole Isle is my lawful Wife: I am the Head, and it is my Body*”. Beide citaten zijn overgenomen van H. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1651-1738.

recht was. De feodale verplichting van bijstand van de leenheer was naar zijn mening van Normandische oorsprong en dus zeker geen ‘*immemorial*’ Engels recht.²¹⁹

3.4.2. Rol van het parlement

GLENN BURGESS wijst erop dat tijdgenoten van COKE onder *parliamentary sovereignty* voornamelijk de rechtsprekende bevoegdheid van het parlement verstonden.²²⁰ Bij COKE was dit zeker het geval. Hij was zich bewust van de toenemende wetgevende rol van het parlement maar desondanks maakte hij geen duidelijk onderscheid tussen de wetgevende en de rechtsprekende bevoegdheid van het parlement.²²¹ Hij behandelde de wetgevende bevoegdheid van het parlement vaak alsof het om de rechtsprekende ging. Volgens BURGESS is dit een voorbeeld van de onwil van COKE om de veranderlijkheid van het recht te erkennen.²²²

Dat COKE het parlement als een rechtsprekende instelling opvatte blijkt heel duidelijk uit het vierde deel van de *Institutes*. In dit deel behandelde COKE de verschillende rechtbanken van Engeland en hun jurisdictie. De bespreking begint met de *High and Most Honourable Court of Parliament*. Opmerkelijk hierbij is dat hij bij de

²¹⁹ Dit leidde hij af uit het gegeven dat parlementen gecreëerd werden door koningen en dat het de koningen waren die edellieden land gaven in ruil voor loyaliteit en diensten. J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 119-123.

²²⁰ Een voorbeeld hiervan zijn de theorieën van Henry Parker, volgens sommigen de eerste theorievormer over parlementaire soevereiniteit, uit de jaren 1640. Deze stelde dat er in elk land een arbitraire macht was en dat deze in Engeland in het parlement gevestigd was. Hierbij bedoelde hij echter niet dat het parlement het belangrijkste wetgevende orgaan was, daar hij juist stelde dat wetgeving in een samenwerking tussen het parlement en de koning tot stand kwam, maar dat het parlement de rechterlijke instantie bij uitstek was. Het opvatten van het parlement als een rechterlijke macht was volgens BURGESS nog sterker bij de voorgangers van Parker. SIR THOMAS SMITH, een voorganger van Coke, stelde bijvoorbeeld dat het parlement niet meer was dan de hoogste rechterlijke instantie, waartegen geen beroep meer mogelijk was. Daarbij dient opgemerkt te worden dat SMITH, als hij over het parlement sprak, het had over de koning in zijn parlement. G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996. E. CORWIN, “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 1929, (365) 365. J. BEAUTE, “*Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*”, Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 27.

²²¹ PASQUALE PASQUINO schrijft hierover: “*I am fully aware that it is a little bit of an anachronisme to speak of judiciale power, as such, in England during the 17th century. But I am not taking sides here on this institutionele question. Coke seemed to believe that legislation and jurisdictions are party the same function.*” P. PASQUINO, “Prolegomena to a theorie of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 20.

²²² G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 180.

bespreking van de bevoegdheden van het parlement niet sprak over wetgeving maar wel verschillende typen van rechtszaken aanhaalde dewelke voor het parlement als rechtbank dienden te komen.²²³

Toch maakte COKE dit onderscheid wel als hij over de *Acts of parliament* sprak. In deze context sprak hij uitdrukkelijk over de bevoegdheid om nieuwe wetgeving uit te vaardigen: “*Of acts of parliament some be introductory of a new law, and some be declaratory of the ancient law, and some be both kinds by addition of greater penalties or the like.*”²²⁴ COKE ging hier echter niet verder op in en behandelde al de *Acts of parliament* hetzelfde zonder daarbij te wijzen naar de implicaties van nieuw recht.

3.4.3. Plaats van het Parlement in het rechtsbestel

Het parlement dient in de opvattingen van COKE dus in de eerste plaats opgevat te worden als een rechtsprekende instelling die, net als de *Common Law*, ‘*immemorial*’ is. De vraag die zich dan stelt is hoe dit parlement zich verhoudt ten opzichte van de *Common Law*. COKE stelde uitdrukkelijk dat het parlement niet onder de *Common Law* viel. Dit blijkt duidelijk als hij in het vierde deel van de *institutes de Lex et Consuetudo Parliamenti*²²⁵ bespreekt. Daarin stelde hij dat “*As every Court of justice hath laws and custodes for its direction, some by the Common Law, some by the Civill and Canon law, some by peculiar lawes and custodes, &c. So the high Court of Parliament Suis Propiis legibus & consuetudinis subsistit.*”²²⁶ (...) *And this is the reason that Judges ought not to give any opinion of a matter of parliament, because it is not to be decided by the Common Laws, but secundum legem ad consuetudinem Parliamenti: and so the Judges in divers Parliaments have confessed.*”²²⁷

²²³ COKE, 4^e deel van de instituten §9-10, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 1079-1085.

Merk op dat er op het vlak van judiciële bevoegdheden een onderscheid gemaakt dient te worden tussen deze van het *House of Commons* en het *House of lords*. Het *House of Lords* en het *House of Commons* traden in vele gevallen afzonderlijk op. Het belangrijkste daarin is de bevoegdheid van het *House of Lords* inzake *Writs of error*. COKE, 4^e deel van de instituten §21-23, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 1101-1106

²²⁴ COKE, 4^e deel van de instituten §25, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 1111-1112.

²²⁵ De wet en de gewoonte van het parlement.

²²⁶ Werkt in overeenstemming met zijn eigen wetten en gewoonten.

²²⁷ COKE, 4^e deel van de instituten §14-15, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 1091-1092.

Dit citaat kan enigszins misleidend zijn. De laatste zin lijkt erop te wijzen dat de *Common Lawyers* de akten van het parlement niet mochten interpreteren. Met deze uitspraak werd echter iets anders bedoeld: namelijk dat de *Common Lawyers* zich niet mochten inlaten met de discretionaire bevoegdheden van het parlement (in eerste instantie met de werking van het parlement). De *Common Lawyers* moesten de *Common Law* echter wel toepassen.

De opvatting dat het parlement een autonome of soevereine positie innam, impliceert dus niet dat alle legitimiteit van het parlement uitging. De positie van het parlement kende in de opvattingen van COKE een analoge situatie als de positie van de koning. Beide instellingen hadden hun eigen legitimiteit waaraan niet geraakt kon worden maar dit impliceert niet dat ze een absolute autoriteit hebben. Ze verhouden zich nevenschikkend ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de *Common Law*. Hieruit kan afgeleid worden dat COKE naast zijn vrees voor arbitrair optreden van de koning ook de rechtsscheppende rol van het parlement vreesde. THEODORE PLUCKNETT vat de houding van COKE treffend samen door te stellen dat “*Urged by a presentiment of the coming conflict of Crown and parliament, he felt the necessity of curbing the rising arrogance of both, and looked back upon his country’s legal history to find the means.*”²²⁸ Opmerkelijk is dat koning Charles I later dezelfde vrees opperde ten aanzien van de rechtscheppende rol van het parlement. Bij zijn verdediging tijdens zijn proces in 1649 – waar hij ter dood werd veroordeeld – wierp hij zich op als de echte voorvechter van de vrijheden van de Engelsen, die hij meer gewaarborgd zag door een standvastige koning dan door een wispelturig parlement.²²⁹

²²⁸ T. PLUCKNETT, “Bonham’s case and judicial review”, *Harvard Law Review*, 1926, (30) 30.

²²⁹ Hij wierp op tegen het gerecht: “*do you pretend what you will, I stand more for their liberties. For if power without law may make laws, may alter the fundamental laws of the kindom, I do not know what subject he is in England, that can be sure of his life, or anything he calls his own*”. De historicus DAVID SMITH was dan ook van mening dat het proces, dat leidde tot de ter dood veroordeling van Charles I, vanwege diens beroep op religie en de fundamentele rechten van het Engelse koninkrijk uitdraaide op een enorme propagandavoordeel voor de royalisten. T. BLANNING, “*The Pursuit of Glory; Europe 1648-1815*”, Londen, Penguin books, 2008, 197-198.

In deze context is het ook illustratief dat enkele van de rechters te Westminster die tijdens deze burgeroorlog hun werkzaamheden verder zetten om deze reden vervolgd werden. Een treffend voorbeeld was David Jenkins. Toen in zijn rechtszaak gedreigd werd hem op te hangen zou hij, in de lijn van Charles I gezegd hebben dat: “*I will suffer then with the bible under one arm and Magna Charta under the other.*” Uiteindelijk werd hij gevangen gezet. C. JOHNSON, “*The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I*”, Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, 62-64.

COKE's concept van een soeverein parlement mag dus niet verward worden met moderne parlementair democratische opvattingen. Daarenboven blijkt duidelijk dat COKE ervan uitging dat de koning deel uitmaakte van het parlement. Procedureel was dit evenwel een vanzelfsprekendheid: Het parlement kon niet samenkomen zonder de aanwezigheid van de koning of diens vertegenwoordigers.²³⁰

3.4.4. Bonham Case²³¹

Net zoals het de verhouding tussen *Common Law* en koning op twee niveaus speelde, was dit ook het geval met het parlement. De parallelle legitimiteit van *Common Law* en parlement schept immers een probleem bij conflicten tussen *Common Law* en *Statute Law*. Welk rechtstelsel dient te primeren indien beiden met elkaar in conflict komen? Hierbij moet nogmaals gewezen worden op het ontbreken van een éénduidige, overkoepelende theorie over het recht in COKE's benadering. Bovendien is het onderscheid tussen *Common Law* en *Statute Law* niet altijd duidelijk. Een regel van *Statute Law* kan immers opgenomen worden in de *Common Law*. De aanpak van conflicten tussen de *Common Law* en de *Statute Law* wordt besproken vanuit de *BONHAM'S CASE*. Dit omdat deze casus, waarin Coke optrad als *Chief Justice*, centraal staat in de literatuur rond dit thema.

3.4.4.1. Feiten van de Bonham case

Bonham was een dokter die zijn opleiding genoten had aan de universiteit van Cambridge en die in het jaar 1606 een praktijk als arts in Londen wilde opstarten. Een akte van het parlement onderwierp de uitoefening van geneeskunde in Londen echter aan een licentie uitgegeven door het *College of Physicians*.

Bonham had een aanvraag gedaan om een dergelijke licentie te verkrijgen maar kreeg ze niet omdat het *College of Physicians* oordeelde dat hij niet beroepsbekwaam was. Ondanks deze afwijzing startte Bonham zijn praktijk toch, met gevolg dat het *College*

²³⁰ COKE, 4^e deel van de Instituten §6, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 1074.

²³¹ Voor een goede weergave van de feiten en de uitspraak van de Bonham's case kan best gekeken worden naar het artikel van Plucknett dat gebaseerd is op zowel de weergave van Coke zelf en deze van Browlow, dewelke ook de procedures in lagere aanleg weergeeft. T. PLUCKNETT, "Bonham's case and judicial review", *Harvard Law Review*, 1926, 30-70.

Daarnaast geeft het artikel van Charles Gray een weergave op basis van authentieke manuscripten. C. GRAY, "Bonham's Case reviewed", *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1972, 35-58.

of *Physicians* hem een boete van vijf pond aanrekende. Toen hij vervolgens deze boete naast zich neerlegde, liet het *College of Physicians* hem opsluiten.

3.4.4.2. De Uitspraak in de Bonham case

COKE ging in eerste instantie in op de achterliggende doelstellingen van de *act of Parliament* die het *College of Physicians* opdroeg toe te zien op de kwaliteit van de artsen. Daarbij werd vastgesteld dat het garanderen van goede artsen een legitieme reden was om statuten te maken.²³² Vervolgens behandelde COKE de verhouding tussen de universiteiten enerzijds en het *College of Physicians* anderzijds. In deze context verwoordde hij nogal poëtisch dat de universiteit “*is Alma mater, from whose breasts those of that private College have sucked all their science and knowledge (...) the University is the fountain, and that and the like private Colleges are tanquam rivuli*²³³ *which flow from the Fountain, et melis est petere fontes quam sectari rivales.*²³⁴”²³⁵²³⁶ COKE stelt zich hier, bij het tonen van zijn sympathie voor de universiteit, de vraag naar de motieven die aan de grondslag van het optreden van het parlement lagen. Deze overdenkingen hebben een treffende overeenkomst met de test van het legitiem doel die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gebruikt.

Het belangrijkste deel van de uitspraak betreft echter de opgelegde straffen. In de eerste plaats werd ingegaan op de vraag of de koning het opleggen van straffen wel kon overlaten aan een private instelling. Het antwoord was bevestigend omdat “*The king and the makers of the Act, cannot, for so entertain offence impose a certainty of*

²³² “*The king and the parliament in the Act of 14.H.8. in making of a Law concerning Physicians, for the more safety and health of men therein, followeth the order of a good Physician (Rex enim omn’ artes censetur habere in scrinio pect’ sui/ vertaking: want het wordt aan de koning toegeschreven dat hij alle artes (de verschillende wetenschappelijke takken) in zijn hart draagt).*” COKE, 8^e deel van de *reports*, §117a, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 272.

²³³ Zijn als stroompjes.

²³⁴ En het is beter de oorsprong op te zoeken dan de stroom te volgen.

²³⁵ COKE, 8^e deel van de *reports*, §116b, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 272.

²³⁶ Hierbij dient opgemerkt te worden dat deze visie niet door alle rechters gevolgd werd. Uit de manuscripten die GRAY gebruikt heeft blijkt dat andere rechters van mening waren dat het volgen van een universitaire opleiding nog niet impliceert dat de artsen in de praktijk bekwaam waren. C. GRAY, “Bonham’s Case reviewed”, *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1972, (35) 39.

*the fine of imprisonment, but leave it to the Censors to punish such offences, secundus quantitatem delicti*²³⁷. ”²³⁸

COKE aanvaardde dus dat het mogelijk was om een private instelling straffen te laten opleggen maar nam vervolgens een wending in zijn redenering. Het opleggen van de straffen op zich was immers geen probleem. Het probleem ontstond wanneer het *College of Physicians* verschillende functies ging uitoefenen. Want de “*Censors* (van het *College of Physicians*) *cannot be Judges, Ministers and parties; Judges, to give sentence or judgment; Ministers to make summons; and Parties to have the moyety of the forfeiture, quia aliques non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse judicem*²³⁹. ”²⁴⁰ Op deze manier stelde COKE dat de *act* inging tegen een specifieke regel van de *Common Law*, namelijk dat een rechter onpartijdig dient te zijn en dat niemand rechter kan zijn in zijn eigen zaak.

Daarna argumenteerde hij dat de rechtbank de bevoegdheid heeft om de *Acts of parliament* terzijde te schuiven: “*And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and sometimes shall adjudge them to be void: for when an Act of parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will control it, and adjudge such Act to be void.*”²⁴¹ Hierbij verwees COKE naar enkele historische casussen.

²³⁷ Naar de zwaarte van het delict/misdrijf.

²³⁸ Merk hierbij op dat Coke het opleggen van een gevangenisstraf aanvaardde omdat het misdrijf betrekking had op “*the body of man*”. Op een fysiek misdrijf kon dus een fysieke straf volgen. COKE, 8^e deel van de *reports*, §117b, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 274-275.

Deze casus heeft op dit vlak een sterke parallel met een geschil dat zich voordeed in Cambridge gedurende de studententijd van Coke. Het betreft het religieuze geschil tussen bisschop Withgift en de puriteinse Cartwright. Nadat de eerste binnen de universiteit werd gepromoveerd tot vice-kanselier van de universiteit kon hij, door de machtiging van een recent statuut, iedereen van de universiteit verwijderen die tegen de door de overheid gevestigde religieuze opvattingen inging. Bovendien kon het bestuur van de universiteit in het kader van de uitoefening hiervan mensen gevangennemen. Cartwright, een vere verwant van Coke, werd wegens zijn preken van de universiteit verwijderd en vluchtte naar Genève in de periode dat ook Coke Cambridge vroegtijdig verliet. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 22.

²³⁹ Want niemand zou rechter in zijn eigen zaak mogen zijn, het is voor iedereen verkeerd om rechter te zijn over zijn eigen eigendom.

²⁴⁰ COKE, 8^e deel van de *reports*, §118a, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 275.

²⁴¹ COKE, 8^e deel van de *reports*, §118a, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 275.

3.4.4.3. Interpretatie van de Bonham's case

Zoals hierboven reeds gesteld, is er een sterke parallel tussen de uitspraak van COKE in de *BONHAM'S CASE* en de wijze waarop in hedendaagse rechtssystemen wetten aan grondwettelijke normen worden getoetst. In moderne termen kan de beoordeling van COKE opgevat worden als zegt hij eerst dat de wet een legitiem doel heeft, vervolgens dat ze, met het geven van het recht om licenties te verlenen aan het *College of Physicians*, geen wettelijke bevoegdheden overtreedt. In laatste instantie kan dan gezegd worden dat de wet een grondrecht schendt, met name het recht op een onpartijdige rechter. Dit laatste wordt echter niet zozeer geïnterpreteerd als een recht van de beklaagde maar wel als een particuliere regel van *Common Law* (nl. dat niemand rechter mag zijn in zijn eigen zaak) die toegepast dient te worden.

De vraag is in welke mate COKE met deze vergelijking zou instemmen. EDWARD CORWIN, dé rechtsgeleerde bij uitstek die het ontstaan van de *judicial review* in de VS doortrok naar COKE, schreef dat “*it would be the height of absurdity to suppose that these words spell out anything like judicial review.*”²⁴² Hij stelde dat de uitspraak inderdaad impliceert dat COKE van mening was dat de rechters *Acts of parliament* in het licht van de *Common Law* moeten interpreteren en dus *void* kunnen verklaren, maar dat dit niet neerkomt op de moderne rechterlijke controle op de wetgeving. CORWIN vindt dat de uitspraak in een ruimer kader bekeken dient te worden.

We moeten dus kijken naar COKE'S visie op het parlement. COKE beschouwde het parlement, zoals eerder reeds gesteld, in eerste instantie als een rechterlijke instelling. En – aldus CORWIN – “*Being a Court, Parliament was necessarily bound by the law, even as it declared and elaborated it; but being the highest court, its interpretations of the law necessarily bound all other courts.*”²⁴³ CORWIN was van mening dat COKE het parlement opvatte als dé instantie bij uitstek die het recht interpreteerde waardoor het parlement zelf, de koning en de rechters, gebonden waren. Niettegenstaande zag hij in de *BONHAM'S CASE* een voorloper van grondwettelijke toetsing. De opvattingen

²⁴² S. CORWIN, *The Doctrine of Judicial Review; its Legal and Historical Basis and other Essays*, New Jersey, The Lawbook Exchange, LTD. Union, 1999, 29.

²⁴³ S. CORWIN, *The Doctrine of Judicial Review; its Legal and Historical Basis and other Essays*, New Jersey, The Lawbook Exchange, LTD. Union, 1999, 29

van CORWIN worden ook gedeeld door ALLEN BOYER. Deze is van mening dat COKE verder bouwde op de theorie van EDMUND PLOWDEN, een oudere rechtsgeleerde, die stelde dat de interpretatie naar de bedoeling van de opstellers van het desbetreffende *Statute* verruimd diende te worden naar “*according to common reason, and common intendment, and according to the mind of the makers*”.²⁴⁴ Vanuit deze interpretatie zou het voor COKE nog maar een kleine stap geweest zijn om de *Statutes* te toetsen aan de bredere context, met name de *Common Law*.

Bij deze benadering moeten enkele bemerkingen gemaakt worden. CORWIN baseerde zich vooral op de *Institutes* om de mening van COKE over het parlement te staven. De *Institutes* zijn echter van veel latere datum dan de *reports*.²⁴⁵ Ze zijn geschreven nadat COKE zelf lid van het *House of Commons* was geweest en zo meegewerkt had aan de *Petition of rights*.²⁴⁶ Dat COKE het belang van het parlement in de *Institutes* meer onderstreept dan in de *Reports* kan dan ook een contextueel gegeven zijn.

En zelfs als hij de rol van het parlement niet zo sterk bekeek als CORWIN dacht, dan nog lijkt de *Bonham's case* eerder een uitzondering in de *reports*. In *DE CASE OF THE CITY OF LONDON* de casus die COKE net na de *Bonham's case* bespreekt, geeft COKE een andere visie. Daarin stelt hij immers dat “*There are divers customs in London which are against common right, and the rule of the Common Law, and yet they are allowed in our books because they have not only the force of a custom, but are also supported and fortified by authority of Parliament.*”²⁴⁷ Dit citaat geeft net de omgekeerde visie dan de *BONHAM'S CASE*. Deze contradictie zou toegeschreven kunnen worden aan COKE's particularistische aanpak maar dan nog is het op zijn minst merkwaardig dat COKE zichzelf binnen de ruimte van enkele pagina's zo sterk tegenspreekt. Als argument voor een ruimere interpretatie van de *BONHAM'S CASE* moet dan weer benadrukt worden dat COKE zijn weergave van de *BONHAM'S CASE* in

²⁴⁴ Citaat overgenomen uit A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 112.

²⁴⁵ Hierbij dient opgemerkt te worden dat Gray van mening is dat de cruciale paragrafen uit de *Bonham's case* niet voorkomen in de authentieke manuscripten dewelke hij heeft geraadpleegd. Daarom denkt hij dat ze pas zijn toegevoegd bij de redactie van de tekst. Daarbij dient rekening gehouden te worden met het gegeven dat de arresten toen geen officiële publicatie kenden en dus overgeleverd werden in de versie van diegenen die ze beschreef. C. GRAY, “*Bonham's Case reviewed*”, *Proceedings of the American Philosophical Society* 1972, (35) 36.

²⁴⁶ Zie boven.

²⁴⁷ COKE, 8^e deel van de reports, §126a.

de *Reports* na zijn ontslag als *Chief of Justice* in 1616 heeft moeten verdedigen en toen geen afstand van zijn standpunten heeft genomen.²⁴⁸

BURGESS en WILLIAMS opperen, in tegenstelling tot CORWIN,²⁴⁹ dat het woord ‘void’ in de *BONHAM’S CASE* heel beperkt geïnterpreteerd dient te worden.²⁵⁰ Volgens BURGESS moet de uitspraak gezien worden in het licht van COKE’S historische benadering van de *Common Law*.²⁵¹ Zoals hiervoor reeds omschreven werd, is de *Common Law* volgens COKE onveranderlijk. Dit duidt op een zekere weerzin van COKE tegenover veranderingen in het recht en tegenover de rechtsscheppende functie. COKE was trouwens niet de enige die de *statute law* een ondergeschikte rol toekende ten opzichte van de superieure *Common Law*. Ook zijn grote rivaal BACON deelde die mening.²⁵² Niettegenstaande zag hij in dat het parlement steeds meer recht creëerde. Daarbij had hij angst dat het gemaakte recht niet dezelfde kwaliteiten had als de *Common Law*, dat kon steunen op de zgn. *artificial reason*. Dit kan m.i. blijken uit de situatie waarin COKE uitdrukkelijk spreekt over rechtscreatie. In de inleiding van het vierde deel van de *Reports* benadrukt COKE dat bij het creëren van nieuw recht allerlei factoren in overweging moeten worden genomen. Daarbij wijst hij sterk op de noodzaak om het nieuwe recht in het bestaande recht in te passen.²⁵³

²⁴⁸ J. BEAUTE, “*Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*”, Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 75-76.

²⁴⁹ Corwin oppert dat ‘void’ betekent dat het nietig is omdat het buiten de bevoegdheid van de opsteller viel. E. CORWIN, “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 1929, (365) 372.

²⁵⁰ I. WILLIAMS, “Dr. Bonham’s Case and ‘Void’ Statutes”, *The Journal of Legal History* 2006, 111-128.

²⁵¹ G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 188-193.

²⁵² J. BEAUTE, “*Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*”, Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 72-73.

²⁵³ “*Of Lawes, concerning making of new, six thingst among many other doe principally fall into consideration. First, under what forme of Common Wealth the lawmaker be governed; For one consideration is requisite where the government is Monarchicall, another when it is Aristocraticall, and a third where it is Deocraticall. Secondly, to know the several kinds of Municipall Lawes of his owne proper Nation: For the innovation or chaunge of some Lawes is most dangerous, and less perill in the alteration of others. Thirdly, to understand what the true sence and sentence of the Lawes then standing is and how farre forth former Lawes have made provision in the case that falleth into question. Fourthly, by experience to apprehend what have beene the causes of danger or hinderance that hath fallen out in that particular to the Common wealth, either in respect of time, place, persons or otherwise. Fiftly, to foresee that a proportionele remedy be applied so, as that for curing of some defects past, there bee not a stiring of more dangerous effect in future. Sixtly, the mean, & that only is*

De essentie voor COKE bestond uit het weerhouden van het parlement om *unreasonable* recht te creëren (of het recht, in COKE'S termen, zo te interpreteren). Om die reden stelde COKE in *de Bonham's case* een aanpak voorop die waarborgen creëerde ten aanzien van het parlement. In de eerste plaats door te stellen dat *Acts of parliament* geïnterpreteerd dienden te worden in het licht van de *Common Law*. En dit zeker wanneer dergelijke akten rechtstreeks ingingen tegen een fundamentele regel uit de *Common Law*. Ten tweede door de *Common Lawyers* de bevoegdheid te geven om *Statutes* te interpreteren. De term *void*, aldus BURGESS, impliceert in deze optiek dat het *Statute* niet toegepast wordt in een bepaalde casus (*inter partes*) en niet dat het *Statute an sich* (*erga omnes*) ongeldig is.²⁵⁴

BURGESS verwoordt de visie van COKE over de *Common Law* en het parlement treffend: "*Presumably, it was left to the artificial reason of the judges to decide (and discern) which rules were fundamental. If fundamental law was like a skeleton, then parliament was like a plastic surgeon. It had considerable power to mould and refashion tissue and muscle.*"²⁵⁵ Het gevolg is dat het parlement wel danig wijzigingen kan aanmaken in het recht maar dat de magistraten de basis altijd konden vatten. De *Common Lawyers* vormden dus een rem op de rechtscreatie van het parlement vanwege een diepgewortelde vrees voor die rechtscreatie. Het valt hierbij op, hoever de ideeën van COKE in werkelijkheid afstonden van het concept van een parlementaire democratie.²⁵⁶ M.i. valt deze interpretatie ook te verzoenen met die van

by authority of the high (that in truth is the highest) Court of Parliament." Iets verder gaat Coke meer specifiek in op de *Common Law* en stelt dat "*For any fundamental point of te ancient Common Lawes and customes of the realme, it is a Maxime in policie, and a triall by experience, that the alteration of any of them is most dangerous; for that which hath beene refined and perfected by all the wisest men in former succesvol of ages and proved and approved by continuall experience to be good & profitable for the common wealth, cannot without great hazard and danger be altered or chaunged.*" Vervolgens geeft Coke enkele voorbeelden van *Statutes* die zijns inziens een slechte inwerking op het recht hadden gehad. COKE, inleiding bij het 4^e deel van de *Reports*, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 94-96.

²⁵⁴ IAN WILLIAMS komt tot dezelfde conclusie in een historisch onderzoek naar de betekenis van het woord 'void' in de periode van de *Bonham's case*. I. WILLIAMS, "Dr. Bonham's Case and 'Void' Statutes", *The Journal of Legal History* 2006, 111-128.

²⁵⁵ G. BURGESS, "*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*", New Haven, Yale University Press, 1996, 192.

²⁵⁶ Iets waar andere tijdgenoten van Coke dichterbij kwamen. SIR THOMAS SMITH stelde bijvoorbeeld dat: "The most high and absolute power of the realme of Englande, consisteth in the Parliament That which is doone by this consent is called firme, stable, and sanctum, and is taken for lawe. The

CORWIN. Het parlement is, zo stelt BAKER, als rechter immers ook gebonden door het recht (in casu de *Common Law*).²⁵⁷

3.4. Tussenbesluit: COKE en de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht

COKE was als rechtsgeleerde actief in een land dat zich tegen de achtergrond van religieuze conflicten omvormde tot een natiestaat. Hij maakte de overgang mee van een rechtssysteem waarin de Kerk nog veel zeggenschap had naar een rechtssysteem waarin het recht geheel gelieerd was aan de staat.²⁵⁸ Het recht werd steeds minder geconfronteerd met de verhoudingen tussen Kerk en staat maar steeds meer met een oprukkend overheidsapparaat. COKE'S interpretatie van de *Common Law* en de positie van magistraten dient dan ook in deze context gezien te worden.

COKE ontwikkelde een opvatting van de *Common Law* dewelke haar een eigen legitimiteit gaf, los van de monarchie en het parlement. Deze onafhankelijke legitimiteit van de *Common Law*, waarbij COKE refereert naar vormen van hoger recht, is de essentiële voorwaarde van de positie van de rechter. De *Common Law* is in zijn ogen een geheel van 'immemorial en artificial reasonable' regels en dus geen neerslag van een bevel van de koninklijke macht zoals in een positivistische *command theory of law* het geval zou zijn geweest. De vraag die dan gesteld dient te worden is hoe de *Common Law* gegarandeerd dient te worden. COKE is van mening dat dit alleen mogelijk is via de *artificial reason* van juristen en voornamelijk van de magistraten in de oude koninklijke rechtbanken namelijk de *Echiquier*, de *Common*

Parliament abrogateth olde lawes, maketh newe . . . and hath the power of the whole realme, both the head and the body. For everie English- man is entended to bee there present, either in person or by procuration and attornies." E. CORWIN, "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law", *Harvard Law Review* 1929, (365) 365.

²⁵⁷ Ook BAKER volgt een soortgelijke redenering wanneer hij de aanpak van Coke in de *Bonham's Case* vergelijkt met hedendaagse Engelse bestuursrechtelijke rechtspraak waarin de rechter het optreden van de overheid enigermate kan controleren door beroep te doen op het idee dat het parlement niet de intentie gehad kan hebben om in te gaan tegen de 'natural justice'. J. BAKER, *The Law's two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 2001, 27-28.

²⁵⁸ Coke heeft in de context van enkele zaken ook de bevoegdheden van de Kerkelijke rechtbanken die onder Pauselijk gezag stonden eng geïnterpreteerd. H. BERMAN, "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1684.

Pleas en de King's Bench.²⁵⁹ Dit wijst op een sterk vertrouwen op de professionele consensus van de juristen. PASQUALE PASQUINO spreekt in deze context over *'legitimacy through expertise'*²⁶⁰. In eerste instantie leidt deze redenering tot een zekere onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Hieruitvolgend is er hier sprake van een *bureaucratic drift* van de magistratuur. De rechters moeten hun eigen slagkracht bekomen ten aanzien van de uitvoerende en de wetgevende macht. Daarnaast is deze redenering voer voor critici die stellen dat COKE een conservatieve denker was die teveel belang hechtte aan de status quo binnen de juridische wereld.²⁶¹

De autonomie van de rechterlijke macht is echter niet absoluut. COKE spreekt niet zozeer over een aparte macht maar eerder over individuele rechters die de creatie van nieuw (slecht) recht in zekere mate remmen. Uiteindelijk is het parlement de instelling bij uitstek die instaat voor de interpretatie van het recht. Dit komt heel sterk tot uiting doordat COKE geen strikte scheiding maakt tussen rechtscreatie en rechtsinterpretatie. Eerder dan twee verschillende handelingen maken beiden deel uit van hetzelfde proces dat m.i. gedefinieerd kan worden als *rechtsbepaling*. Deze term kan zowel de creatie als de interpretatie van recht omvatten en kan bovendien refereren naar de historiciteit van het recht. De *bepaling van het recht* geschiedt dus door een incrementeel, gedecentraliseerd proces waarbij de interactie tussen

²⁵⁹ J. BEAUTE, *"Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne"*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 83.

Coke heeft bijvoorbeeld ook tegen het gezag van de *Court of Chancery* gepleit in een zaak dat een conflict tussen de *Court of Chancery* en de *Court of Common Pleas* betrof. Het betrof een fraudezaak waarbij een partij zich wendde tot de *Court of Common Pleas* waarna de andere partijen hem bij de *Court of Chancery* liet oproepen. De laatste rechtbank sprak een veroordeling uit en toen die niet werd nageleefd liet ze de verdediger (diegene die voordien de zaak bij de *Common Pleas* had aangebracht) opsluiten. Coke ging hier tegenin door te stellen dat de zaak nog niet door de *Common Pleas* behandeld was geweest en dat het bevel tot opsluiting inging tegen het *Habeus Corpus*. De zaak betrof dus een bevoegdheidsconflict tussen de *Common Law* en de *Equity*. Het was tevens een conflictpunt tussen Coke en koning James I dat ertoe leidde dat James I een decreet uitvaardigde om de onderdanen het recht op de toepassing van de *Equity* toe te kennen. H. BERMAN, "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1684-1686.

²⁶⁰ P. PASQUINO, "Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 21.

²⁶¹ De juridische wereld wordt dan gezien als een milieu dat baat heeft bij de status quo. Daarnaast wordt verwezen naar de methode van de Common Law als precedentenrecht. Zie bijvoorbeeld: J. STONER, *"Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes and the Origins of American Constitutionalism"*, University Press of Kansas, 1992, 276.

verschillende actoren leidt tot een evenwicht van machten. Dé instelling bij uitstek die hiermee belast is blijft evenwel het parlement.

De ideeën van COKE over het recht gingen ook gepaard met een opvatting over hoe de rechter diende te handelen, iets wat niet verbazend is bij een jurist die zich zo sterk op de praktijk richtte. De rol van de rechter, het toepassen van de *artificial reason* en de *Common Law*, was tevens een morele rol. Daarbij waren drie dingen vereist van een rechter: “*understanding, Authoritie, and Will*”.²⁶² De rechter moest in de eerste plaats begrijpen welke zaken juist en fout waren en welke mensen beloond en gestraft dienden te worden. In de tweede plaats moest de rechter de autoriteit hebben om het goede te beschermen en het kwade te vervolgen. Tenslotte diende de rechter trouw en krachtdadig het recht toe te passen. Daarbij stelde COKE dat “*The greatest losse a Judge or Magistrate can have, is to give himself over to passion and his own corrupt wil, and to loose the way of the righthteousnes.*”²⁶³

CHARLES GRAY geeft een driedledige duiding aan de taak van de rechter bij het toepassen van COKE'S *artificial reason* namelijk: als een artiest, als een ambachtsman en als een bureaucraat.²⁶⁴ De rechter is in de eerste plaats een artiest in dat opzicht dat hij, door het lange werken met een bepaalde kunstvorm, direct aanvoelt wat past, dat hij snel een gepaste oplossing weet op een onverwachte situatie. De rechter is bovendien een ambachtmeester, hij weet altijd het meest gepaste instrument te gebruiken. In laatste instantie is de rechter een bureaucraat (administrator), iemand die weet hoe hij de doctrine moet aanpassen aan de noden van de maatschappij. In dit opzicht is vooral de benadering van de artiest verhelderend. Indien de rechter

²⁶² COKE, inleiding bij het vierde deel van de *Reports*, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 99.

²⁶³ COKE, inleiding bij het vierde deel van de *Reports*, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 100.

Merk bovendien op dat Coke aan het recht zelf enkele kenmerken toekent die tevens door de rechter opgevolgd dienen te worden. Zo stelt hij dat “*hereby it appeareth, that Justice must have three qualities, it must be libera, quia nihil iniquius venali Justitia; Plena, quia Justitia non debet claudicare; & Celeris, quia disagio est quaedam negatio (Vrij, want niets is onrechtvaardiger dan koopbaar recht, Vol, want recht hoort niet lusteloos te zijn en snel, want uitstel is in de realiteit afstel); and then is is both Justice and Right.*” COKE, 2^o deel van de *Institutes* §56, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 870.

²⁶⁴ A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 94-95.

geconfronteerd wordt met een nieuw probleem, moet hij hierop een reactie weten te vinden die past binnen de gehele compositie van het recht. Wanneer hij dat doet moet hij met meerdere dimensies van het recht rekening houden. Zoals een compositie een complex geheel is van technieken en inzichten, zo kan het recht maar juist geduidt worden door vele argumenten in aanmerking te nemen en af te wegen²⁶⁵ tegen de achtergrond van regels die – door de praktijk van vele generaties – hun legitimiteit hebben bewezen.

Ten slotte dient nog stilgestaan te worden bij de matigende rol die COKE het recht toekende ten overstaan van de politiek. Hierbij kan nogmaals verwezen worden naar THEODORE PLUCKNETT die stelt dat COKE “*Urged by a presentiment of the coming conflict of Crown and parliament, he felt the necessity of curbing the rising arrogance of both, and looked back upon his country’s legal history to find the means.*”²⁶⁶ Dit citaat vat de positionering van het recht en de rol van de rechters bij het bepalen van recht ten overstaan van zowel parlement als koning treffend samen. COKE had zowel angst voor een actieve wetgever als voor een arbitraire koning. Hij kende geen van beide instellingen de suprematie toe (wat republikeinen enerzijds en royalisten anderzijds wel deden²⁶⁷). In tegendeel: hij wierp de *Common Law* op als matigende derde factor opdat de rechterlijke macht een rem kon vormen op de aspiraties van koning en parlement. Op deze manier verzelfstandigde hij het recht en verhief hij het tot een matigende factor ten overstaan van de politiek.

²⁶⁵ Allen BOYER verwijst in deze context naar de metafoor van ‘*The Hedgehog and the Fox*’, een metafoor van ISAAC BERLIN die stelt dat er twee soorten rechtsdenkers zijn. In de eerste plaats zijn er de denkers die verschillende rechtsprincipes zoeken om op één zaak te ondersteunen. Daartegenover staan dan de rechtsdenkers die verschillende casussen zoeken om één rechtsprincipe te ondersteunen. Coke behoort dan tot de tweede groep. A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 97.

²⁶⁶ T. PLUCKNETT, “Bonham’s case and judicial review”, *Harvard Law Review*, 1926, (30) 34.

²⁶⁷ Om die reden valt het te begrijpen dat SIR EDWARD COKE nooit geclaimd werd door één van beide partijen hoewel veel van zijn bevindingen door beiden gebruikt konden worden. CUTHBERT JOHNSON zei in de tweede helft van de 19^e eeuw dan ook over Coke dat “*he is hardly remembered for anything except the part which he played in that melancholy trial. To this, many circumstances have contributed; he was much too independent in his political conduct to be a favourite with the historians of either party; too patriotic for the royalists; his high prerogative legal opinions were, on the other hand, equally distasteful to the republicans.*” C. JOHNSON, “*The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of England in the reign of James I*”, Henry Colburn Publishers, Londen, 1875, XIII.

4. Doorwerking van de ideeën van COKE

In wat volgt wordt de doorwerking van de ideeën van COKE besproken. In de eerste plaats wordt de kritiek van HOBBS uiteengezet. Deze reageerde op de onontkoombaarheid van de rechterlijke staatsmacht. Vervolgens wordt ingegaan op MATTHEW HALE en EDMUND BURKE die de historische benadering van COKE verder uitwerkten. Daarbij wordt ook even stilgestaan bij de opvattingen van LOCKE dewelke net de omgekeerde beweging maakte.

Vervolgens wordt kort de invloed van COKE op het Amerikaans constitutionalisme besproken. Hierbij wordt vooral gekeken naar de institutionele uitwerking van de ideeën van COKE op de Supreme Court. Ten slotte wordt ingegaan op de trias politica van MONTESQUIEU. Hierbij speelt vooral de vraag in welke mate MONTESQUIEU zich baseerde op COKE en dus in welke mate hij diens opvattingen verhief tot een staatkundig principe.

4.1. HOBBS' reactie op COKE

HOBBS was niet de eerste die kritiek had op de visies van COKE.²⁶⁸ Hij was wel de eerste die de ideeën van COKE niet alleen op basis van historische argumenten weerlegde maar tevens de gronden van COKE'S rechtsbenadering in vraag stelde.²⁶⁹

HOBBS had een heel andere visie op het recht. In de eerste plaats aanvaardde hij niet dat het recht *immemorial custom* was. Daarenboven kon hij helemaal niet aanvaarden dat deze *immemorial custom* gevormd werd door de *artificial reason* van juristen. Het

²⁶⁸ Hobbes wijdde in zijn werk veel ruimte aan het bekritisieren van de *Common Lawyers* met Coke als boegbeeld van deze opvattingen. In de *Leviathan* besteed hij er enkele paragrafen aan, wat hij ook doet in de *Behemoth*. De *Dialogue of the Common Laws* is dan weer voor het grootste deel een kritiek op de ideeën van de *Common Lawyers*. P. PASQUINO, "Prolegomena to a theorie of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 22; J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 162.

²⁶⁹ Zo kaart Hobbes aan dat het parlement niet altijd bestaan heeft. Hij stelt dat de geschiedenis inderdaad veel verder gaat dan de Magna Charta en dat dus naar oudere wetten en gebruiken gekeken dient te worden. In deze context stelt hij dat de oudste vorm van gezag het patriarchaal gezag binnen de familie was en dat dit gezag van de vader over zijn vrouw en kinderen absoluut was. Het vaderlijk gezag komt dan voort uit de onderwerping van de kinderen aan dit gezag. Het is op deze manier dat ook de *Leviathan* gezag heeft. Doordat andere mensen, van buiten zijn familie, zich daarbij trachten aan te sluiten omdat zijzelf geen grond hebben of bescherming zoeken. Hierbij stelt Hobbes ook dat het parlement maar ontstond na het vervallen van de feodale samenleving. J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 167-170.

recht sproot volgens HOBBS helemaal niet voort uit de *artificial reason* maar wel uit een dictaat van de *natural reason*. De *natural reason* krijgt bij HOBBS bovendien een universele dimensie. De *natural reason* van elk individu is als het ware een dictaat voor diens zelfbehoud.

In de tweede plaats steunt de legitimiteit van het recht volgens HOBBS op het bevel van een autoriteit: de soeverein. Dit niet omdat deze soeverein een beter inzicht had in de *natural reason* maar omdat hij door de bevolking werd aangesteld in die functie. HOBBS' benadering verwerd op die manier tot een sterk positivistische '*command theorie of law*'.

Deze rechtsopvattingen uiteten zich verder in de kenmerken van de gewoonten en – gezien dit in essentie gewoonterecht is – de *Common Law*. HOBBS erkende weliswaar het bestaan van gewoonten maar kende hen geen bindende kracht toe. Een gewoonte kon slechts bindende kracht verkrijgen op bevel van de soeverein. Op deze manier kende een wet een duidelijk begin en was ze zeker niet *immemorable*.²⁷⁰ Een ander gevolg van dit denken is dat de wet niet getoetst kan worden door rechters. Immers, het recht dat uitgaat van de soevereine vorst kan nooit verkeerd zijn (command theory of law).²⁷¹ HOBBS was hierover zeer expliciet: “*no man is born with the use of reason, yet all men may grow up to it as well as lawyers; and when they have applied their reason to laws (...) may be as fit for and capable of judicature as Sir Edward Coke himself, who whether he had more or less use of reason, was not derby a judge, but because the King made him so*”²⁷²

Dit citaat toont aan dat HOBBS een heel andere kijk had op de rol van de rechter. Voor hem is de *reason* niet de belangrijkste eigenschap van een rechter, laat staan de *artificial reason*. HOBBS stelt een taakverdeling voor tussen de rechter en de advocaat. Het is deze laatste die moet beschikken over *reason* en die kennis moet

²⁷⁰ Hierbij bespreekt Hobbes enkele historische onderwerpen zoals het gegeven dat het de koning is die de rechters de bevoegdheid geeft om het recht te interpreteren en dat de wetten afgekondigd werden door de koning met medewerking van het parlement en niet van de *Common Lawyers* etc. J. POCOCCO, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 162-163.

²⁷¹ J. BEAUTE, “*Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634; Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*”, Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 71.

²⁷² Citaat overgenomen uit: P. PASQUINO, “Prolegomena to a theorie of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 23.

hebben van het recht. De rechter daarentegen, dient zich ertoe te beperken om de feiten van de casus vast te stellen en de wetgeving te kennen (door het bestaan ervan bij de betrokken overheidsinstantie na te gaan). Het zijn de advocaten die juridische spitsvondigheid aan de dag moeten leggen. De rechters dienen zich vooral te onderscheiden in hun onpartijdigheid (HOBBS gebruikt hiervoor een eigen definitie van de term *'Equity'*²⁷³) bij het vellen van een vonnis. HOBBS onderbouwt deze visie door te verwijzen naar de rechterlijke rol van het *House of Lords* en de juryrechtspraak die het Engelse recht zo typeren.²⁷⁴

Dat HOBBS veel macht toekent aan de soeverein kan begrepen worden. Hij leefde tijdens de Engelse burgeroorlogen van de 17^e eeuw en had een grote angst ontwikkeld voor deze voor chaos. Ook FRANCIS BACON, de grootste tegenstander van COKE, vertrok van dit perspectief toen hij in 1610 in het parlement verklaarde dat elke andere politieke vorm dan een sterke monarchie snel zou vervallen in de ontbinding van de politieke entiteit en dus in maatschappelijke chaos.²⁷⁵ Dit uitgangspunt staat uiteraard haaks op dat van COKE, deze had, zoals reeds eerder vermeld, meer angst voor het arbitrair optreden van de koning en een al te actief parlement.

4.2. MATTHEW HALE en EDMUND BURKE

De kritieken van HOBBS op de opvattingen van COKE werden op hun beurt snel het mikpunt van commentaar. Fundamenteel ligt hier een debat dat eeuwig blijft bestaan en telkens weer zal resulteren in een ander evenwicht. De vraag zal zich immers altijd stellen in welke mate het recht historisch gelegitimeerd dient te worden dan wel dat het recht maakbaar is.

²⁷³ "If a man be trusted to judge between man and man, it is a precept of the law of nature, that he deal equally between them. For without that, the controversies of men cannot be determined but by war. He therefore that is partial in judgment, doth what in him lies, to deter men from the use of judges, and arbitrators; and consequently, against the fundamental law of nature, is the cause of war. The observance of this law, from the equal distribution to each man, of that which in reason belongeth to him, is called EQUITY, and, as I have said before, distributive justice: the violation, acception of persons, partiality." P. PASQUINO, "Prolegomena to a theorie of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 24.

²⁷⁴ P. PASQUINO, "Prolegomena to a theorie of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 23.

²⁷⁵ H. BERMAN, "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1670.

De eerste die de verdediging voor COKE opnam was SIR MATTHEW HALE. In zijn boek *History of the Common Law* bekritiseerde hij HOBBS' *Dialogue of the Common Laws*. HALE keerde terug naar de *artificial reason* van COKE²⁷⁶ maar plaatste het in een wetenschappelijk denkkader en werkte het zo uit tot de rechtsfilosofische theorie van de '*Historical Jurisprudence*'.²⁷⁷ Het valt dan ook niet te verwonderen dat PETER STEIN het werk van HALE beschouwde als "*The first work that we may regard as legal history in the modern sense.*"²⁷⁸ HALE is van mening dat men het recht niet zomaar vanuit de *natural reason* gecreëerd kan worden omdat moraal (hetgeen het recht zou moeten vastleggen) geen exacte wetenschap is. HALE maakt in zijn werk veelvuldig gebruik van medische beeldspraak. Hij stelt dat de maatschappij complexer is dan de organische werking van een lichaam. En bijgevolg, gezien het haast onmogelijk is het functioneren van het lichaam te doorgronden, dat het onmogelijk is om door middel van *natural reason* de werking van de maatschappij te vatten.

Gezien de beperktheid van de *natural reason* – zo stelt hij – ligt de enige mogelijke methode om via het recht de maatschappij te ordenen in het funderen van recht op de ervaring.²⁷⁹ POCOCK verwoordt het als volgt: "*This being so, it is immediately evident that the experience of many men outweighs the experience of one; and since the reason of the law is founded on men's experience instead of on abstract reasoning, it*

²⁷⁶ Hale baseerde zich ook voor andere onderwerpen, zoals bijvoorbeeld de positie van de koning in het rechtsbestel, op Coke. G. BURGESS, "*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*", New Haven, Yale University Press, 1996, 137-141.

²⁷⁷ Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat JOHN SELDON EN SIR HENRY SPELMAN nog tussenschakels vormden tussen Coke en Hale. Zijn opvattingen worden hier echter niet apart behandeld wegens plaatsgebrek. Zie hiervoor: H. BERMAN, "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1694-1695; C. RODGERS, "Humanism, History and the Common Law", *The Journal of Legal History* 1985, 129-156.

²⁷⁸ P. STEIN, "Legal history: the British perspective", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1994, (71) 72.

²⁷⁹ In deze context spreekt WHITMAN over de verwarring tussen rede en gewoonte in de Common Law: "*In particular, one might be able to reconcile custom with reason by thinking of "reason" as "practical reason" or "wisdom." "Practical reason" of this pragmatic kind would be a body of sound principles revealed through the lived experience of custom. Indeed, a number of scholars have argued that the best of common law theory down through the ages has offered precisely this kind of sophisticated reconciliation of custom and reason.*" J. WHITMAN, "Why did the Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason?", *The University of Chicago Law Review* 1991, (1321) 1326.

follows that the reason of many outweighs the reason of one. I prefer the wisdom of an ancient law even though my reason protests against it."²⁸⁰

Deze visie is de grondslag voor de *Historical Jurisprudence*: Een rechterlijke uitspraak creëert precedentenwerking omdat ze als bewijs kan dienen om aan te tonen of een regel een *common law* is.²⁸¹ "*The decisions of courts of justice . . . have a great weight and authority in expounding, declaring and publishing what the law of this kingdom is, especially when such decisions hold a consonancy and congruity with resolutions and decisions of former times, and though such decisions are less than a law, yet they are a greater evidence thereof than the opinion of any private persons, as such, whatsoever.*"²⁸²

Er is echter één fundamenteel verschil in de opvattingen van HALE en COKE. Daar waar COKE stelde dat het gewoonterecht '*immemorial en immutable*' was, doet HALE afstand van deze opvatting. PETER STEIN stelt dan ook dat "*Probably Hale's main contribution to English legal history was the sense of legal change that he communicated (...) For him it was inevitable that the common law should change as English society moved from a primitive to a more civilised state.*"²⁸³ Hij maakt van het gewoonterecht een *flexibeler* recht, een recht dat zich in het verloop van de tijd moet aanpassen aan nieuwe situaties en net om die reden meer wijsheid bevat dan een enkele persoon met zijn rede kan bereiken.²⁸⁴ De *Common Law* wordt op die manier een systeem dat verandert door '*trial and error*'. M.i. was deze visie ook impliciet aanwezig bij COKE en bij diens tijdgenoot SIR JOHN DAVIES wanneer hij stelt dat: *When a reasonable act on ce done is found te be good and beneficiall to the people, and are real to their nature and dispoition, then do they use it and praction it again*

²⁸⁰ J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 172.

²⁸¹ Merk hierbij overigens op dat het onderscheid tussen de Common Law en het continentaal recht alicht overdreven wordt. In de middeleeuwen en de vroege moderne tijd steunde het continentaal recht tevens in sterke mate op precedentenwerking. F. Dolores, "'Law Reporting' in Europe in the Early-Modern Period: Two Experiences in Comparison", *The Journal of Legal History* 2009, 263-278.

²⁸² Citaat overgenomen uit: J. WHITMAN, "Why did the Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason?", *The University of Chicago Law Review* 1991, (1321) 1360.

²⁸³ P. STEIN, "Legal history: the British perspective", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1994, (71) 73.

²⁸⁴ J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 174.

*and again, and so by often iteration and multiplication of the act it becometh a Custome.*²⁸⁵

BURKE werkte deze opvattingen later verder uit tot een politieke filosofie.²⁸⁶ In reactie op de Franse revolutie verdedigde hij de voordelen van een incrementele evolutie ten opzichte van een revolutie. Een revolutie kon in de opvattingen van BURKE niet tot een goed resultaat leiden omdat het onmogelijk is een blauwdruk van de nieuwe maatschappij te maken. Immers, de maatschappij die omvergeworpen wordt, bestaat in die bepaalde vorm vanwege onderliggende redenen die niet meteen kenbaar zijn voor de rede. Wanneer hier geen rekening mee gehouden wordt kan dit tot ongewenste neveneffecten leiden. Bij een gestage evolutie komen weliswaar dezelfde problemen voor, maar dan in controleerbare proporties.²⁸⁷

4.3. JOHN LOCKE

LOCKE gaat in dit debat net van het tegengestelde standpunt uit.²⁸⁸ Sterker nog dan HOBBS hield hij zich bezig met de soevereiniteitsvraag zonder zich te beroepen op historische legitimiteit, iets wat zowat alle onderlegde mannen in de 17^e eeuw wel deden. LOCKE trachtte op geen enkele manier aan te tonen dat de wetgevende bevoegdheid afstamde van een soeverein orgaan. Volgens hem is het recht gelegitimeerd door de onvervreembare rechten van elk individu en dus de wil van deze rationele en sociale individuen om instellingen te creëren om zich te beschermen

²⁸⁵ Citaat overgenomen uit: J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 32-33.

²⁸⁶ J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 173.

²⁸⁷ Deze interpretatie van Burke's filosofie is gebaseerd op een gematigde interpretatie gemaakt door de Nederlandse rechtsfilosoof ANDREAS KINNEGING in de inleiding van een boek over Alexis de Tocqueville. A. KINNEGING, "Tocqueville: een inleiding", in: A. DE TOCQUEVILLE, *Democratie: wezen en oorsprong. De belangrijkste gedeelten uit: Over de democratie in Amerika en het Anciën Régime en de Revolutie*, Kapellen, Pelckmans, 2005, 9-59. Meestal wordt Burke's leer veel conservatiever ingeschat. Dit zeker wanneer hij vergeleken wordt met zijn veel progressiever tijdgenoot Thomas Paine. Zie bijvoorbeeld: C. HITCHENS, *De rechten van de mens van Thomas Paine*, Roeselare, Roularta books, 2008, 140.

²⁸⁸ Merk ook op dat Locke's visie ertoe leidde dat hij het recht op *resistance* wel erkende maar dat dit in zijn opvattingen gewelddoos diende te zijn en zo in de constitutie opgenomen moest worden. G. BURGESS, "Absolute Monarchy and the Stuart Constitution", New Haven, Yale University Press, 1996, 161.

tegen chaos (sociaal contractsdenken).²⁸⁹ Hij ging echter niet zo ver in het toekennen van macht aan het bestuur als HOBBS. LOCKE poneerde de idee (dewelke hij van GEORGE LAWSON overgenomen zou hebben) dat er een onderscheid gemaakt diende te worden tussen een constitutie enerzijds, dewelke van de gemeenschap uitging, en de prerogatieven van het bestuur die aan de heersers toevertrouwd diende te worden anderzijds.²⁹⁰ De constitutie zal zo een hiërarchisch hogere positie innemen dan de prerogatieven van het bestuur.

Op deze wijze komt LOCKE op een heel andere wijze dan COKE uit tot een vorm van hoger recht. Daar waar dit bij COKE historisch gelegitimeerd werd, vindt het bij LOCKE een legitimatiegrond in het contract met de rechtsonderhorigen. Een gevolg is dat LOCKE rechten beschouwd als behorende bij een persoon terwijl COKE deze beziet vanuit hun verleden, vanuit de verankering in de *Common Law*. De juridische methoden van beiden staan dan ook haaks op elkaar. Zo schrijft LOCKE in zijn *Two treatises of government* dat: “*the legislative power is a power solely to create general norms*”²⁹¹. IAIN STEWARD stelt dat voor LOCKE het recht rationeel is en via deductie van de hoogste norm afgeleid kan worden. COKE vertrok net van particularistische regels die via inductie konden leiden tot rechtsprincipes. Hoewel beide theorieën vanuit het omgekeerde punt vertrekken, kunnen beiden wel leiden tot een grote vrijheid voor de rechter.

4.4. COKE's invloed op het Amerikaans constitutionalisme

De invloed van COKE op het Amerikaans constitutioneel recht werd vooral benadrukt door de Amerikaanse constitutionalist EDWARD CORWIN. Hij was van mening dat de leer van de judiciële toetsing van wetgeving door het Surpeme Court aan de grondwet, zoals deze in MADISON VS. MARBURY werd ontwikkeld, afstamde van de opvattingen van COKE in de BONHAM'S CASE.²⁹² Anderen trekken dit dan weer in

²⁸⁹ J. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 236-237.

²⁹⁰ G. BURGESS, “*Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*”, New Haven, Yale University Press, 1996, 160.

²⁹¹ I. STEWARD, “Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on ‘Separation of Powers’ and ‘The Rule of Law’”, *Macquarie Law Journal* 2004, (187) 202.

²⁹² E. CORWIN, “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 1929, (365) 365-409.

Volgens deze opvattingen gingen vroegere Amerikaanse arresten dezelfde richting uit door zich te baseren op Coke's principe dat niemand rechter kan zijn in zijn eigen zaak. Hierbij wordt dan gesteld

twijfel. GARY MCDOWELL is bijvoorbeeld van mening dat er geen duidelijk verband getrokken kan worden tussen de eerste Amerikaanse constitutionalisten en COKE. Hij wijst er zo bijvoorbeeld op dat er in de doctrine en de rechtspraak in de jonge onafhankelijke staat nauwelijks verwezen werd naar COKE. Gezien de eerste Amerikaanse constitutionalisten door hun achtergrond vertrouwd waren met de werken van COKE denkt MCDOWELL dat ze elke verwijzing naar COKE zeer bewust vermeden. Dit vooral vanwege hun verschillende rechtsopvattingen. De eerste Amerikaanse constitutionalisten gingen immers eerder uit van een Lockiaanse visie.²⁹³

JASON CRYE van zijn kant ontwaart dan weer een duidelijke lijn tussen COKE en de eerste Amerikaanse constitutionalisten, weliswaar niet expliciet. CRYE is van mening dat de eerste Amerikaanse constitutionalisten het constitutioneel bestel van Engeland in grote mate overnamen. Zo vergeleken de vroege Engelse kolonisten in Amerika hun conflicten met de koning van Engeland vaak met de strijd van COKE tegen de centraliserende tendensen in *Stuart England*.²⁹⁴

Hoewel de invloed van het Engels model moeilijk overschat kan worden. Lijkt het m.i. aangewezen de invloed van COKE te nuanceren. Zoals MCDOWELL argumenteert, is er inderdaad een duidelijk verschil tussen de rechtsinterpretatie van COKE en de vroege Amerikaanse constitutionalisten. Bij COKE is deze historisch georiënteerd en bij de vroege Amerikaanse constitutionalisten contractueel.²⁹⁵ Dit onderscheid komt het sterkst tot uiting in de rol van het parlement. Zo stelt CRYE bijvoorbeeld dat het parlement een wetgevende instelling is die het volk vertegenwoordigt. Het recht is dan een middel om de bevolking te beschermen tegen inmenging van de koning en

dat de traditie van Coke in de VS kon voortleven terwijl die in Engeland *overruled* werd. Zo verwijst BEN PALMER naar een casus uit 1871 waarin een Engelse rechtbank de doctrine van de *Bonham's case* flagrant negeerde door te stellen dat "*We sit her as servants of the Queen and legislature*". B. PALMER, "Judicial review: usurpation or abdication?" *American Bar Association Journal* 1960, 881-888.

²⁹³ G. MCDOWELL, "Coke, Corwin and the constitution: the 'Higher Law Background' reconsidered", *The review of politics* 1993, 393-420.

²⁹⁴ J. CRYE, "Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke's Contribution to the Anglo-American Legal Tradition", *The Journal Jurisprudence* 2009, (235) 236.

²⁹⁵ Op dit onderscheid wordt echter niet ingegaan door CORWIN en CRYE. Deze vaststelling heeft een zekere indirecte invloed van Coke via het latere Engelse constitutioneel denken, evenwel niet in de weg te staan aan.

moet om die reden gecreëerd worden door hun vertegenwoordigers.²⁹⁶ Dit staat uiteraard ver van het parlement ten tijde van COKE dat slechts een zeer gering democratisch gehalte kende en bovendien opgevat werd als een rechtsprekende instelling.

Ondanks de verschillen neemt de Supreme Court sinds *Marbury vs. Madison* de rol op die COKE, in beperkte mate, in de *Bonham's case* aan de rechter toekende: m.n. de toetsing van de wetgeving. Het Amerikaans constitutioneel model heeft zo, eerder dan het Engels²⁹⁷, één van de opvattingen van COKE veruitwendigd: namelijk de beperking van de politiek door het recht.

4.5. COKE's Invloed op MONTESQUIEU's trias politica

Het is niet evident dat er een invloed uitging van COKE op het denken van MONTESQUIEU. In zijn boek "*The Cloaking of power*" merkt CARRESSE op dat MONTESQUIEU in zijn gehele oeuvre geen enkele maal naar COKE verwijst.²⁹⁸ Niettegenstaande gaat er indirect een invloed uit van het denken van COKE op dat van MONTESQUIEU door de belangrijke rol van COKE in de ontwikkeling van de *Common Law*.²⁹⁹

Het belang van een onafhankelijke rechterlijke macht ligt voor MONTESQUIEU in essentie in het feit dat dit de enige waarborg is tegen een arbitraire overheid, ongeacht het type overheid. Dit doet de vraag rijzen wat de rechterlijke macht ervan weerhoudt

²⁹⁶ J. CRYE, "Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke's Contribution to the Anglo-American Legal Tradition", *The Journal Jurisprudence* 2009, (235) 248.

²⁹⁷ M.i. heeft het Engels dit tevens ontwikkeld maar in minder vergaande vorm. De historical jurisprudence is m.i. al een beperking van de politiek ten aanzien van het recht.

²⁹⁸ S. JOHNSON, "The Emperor's new clothes: cloaking and disrobing the supreme court in Carrese's '*The cloaking of power*'; Book Review", *William Mitchell Law Review*, 2004, (1137) 1143.

²⁹⁹ Het is belangrijk in te zien dat Montesquieu zijn '*Trias Politica*' in sterke mate baseerde op Engeland, en dus deels op de invloed van Coke op Engeland. Dit kan ook blijken uit het feit dat de *trias politica* reeds deels impliciet teruggevonden kon worden in het boek '*The history of England*' van Rapin Thoyras uit 1732 en dat Locke al stelde dat "*the legislative and executive powers are in distinct hands in all moderated monarchies and well framed governments*". Ook in Massachusetts waren er reeds voor de '*L'Esprit du loi*' gepubliceerd werd debatten over een zekere scheiding van machten waarbij gerefereerd werd aan de Engelse constitutie. J. BRAND, "Montesquieu and the separation of powers", *Oregon Law Review* 1933, (175) 180.

om een arbitraire macht te worden. Het antwoord ligt volgens MONTESQUIEU in het feit dat de rechter enkel normen kan toepassen die hij zelf niet maakt.³⁰⁰

PASQUALE PASQUINO is echter van mening dat MONTESQUIEU'S visie over de rechterlijke macht als '*Pouvoir nul*' vaak verkeerd opgevat werd.³⁰¹ In de continentaal – revolutionaire traditie werd dit geïnterpreteerd alsof de rechter niet echt over macht beschikte. Dit is wat RENÉ FOQUÉ op het oog heeft wanneer hij zegt dat het bekende adagio van Montesquieu – "*Les juges de la nation ne sont que les bouches qui prononcent les paroles de la loi*" – vaak verkeerd opgevat wordt. Klassiek wordt dit adagio aangehaald om de rol van de rechter te beperken.³⁰² De rol van de rechter wordt dan herleid tot die van een automaat, die niets doet dan mechanisch het recht toe te passen. De onafhankelijkheid van de rechter is dan louter functioneel, hij is onafhankelijk in zijn functie (het rechtspreken in een bepaalde casus). Maar deze onafhankelijkheid is enkel bedoeld om zijn onpartijdigheid te waarborgen.³⁰³

Dit sluit aan bij een functionele interpretatie van de '*trias politica*'. Bestaat deze scheiding der machten immers niet uit een scheiding van functies: nl. het creëren,

³⁰⁰ P. PASQUINO, "Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 15.

³⁰¹ P. PASQUINO, "Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 17.

³⁰² P. RIJPKEMA, "De dubbele onafhankelijkheid van de rechter" in A. HOL en J. TEN BERGE, *De onafhankelijke rechter*, Den Haag, Boom juridische uitgever, 2007, (125) 125.

Deze opinie wordt soms ook gedeeld door moderne auteurs. Zo beschrijft IAIN STEWARD de redenering van Montesquieu achter de scheiding der machten als volgt: "*one finds that Montesquieu's preferred scheme of checks and balances is not the three famous powers but the established English scheme of king, lord and commons. He transition from his initial statement has two stages. He first cuts out the judicial power. He conceives it not as a professional or even permanent body but as a sort of occasional assembly, which he appears to model upon a romanticised image of the witanagemot as the true manifestation of the English judicial 'spirit'. Not being permanent, it cannot check or balance the legislative power or the executive power. In any case, it has no creative rôle: Montesquieu swallows whole the declaratory theory of adjudication – that judges are merely, he says, 'the mouthpieces of the law'. The judicial power so conceived is 'invisible' and 'in a way, a nullity'. Next, Montesquieu distributes both the legislative power and the executive power among all of the three organ of English government: the King, the House of Lords and the House of Commons. He adopts the traditional English notion of the 'mixed and balanced constitution'(...) Montesquieu's concern is not that the three powers must each be in separate pairs of hands but that no two of them should be placed in a single pair of hands. He achieves this, and he thinks England achieves this, by placing both of two powers in three pairs of hands. It is a solution to the problem of the tendency of power to corrupt.*" STEWARD, Iain, "Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on 'Separation of Powers' and 'The Rule of Law'", in: *Macquarie Law Journal*, Vol.4, 2004, 198.

³⁰³ Deze interpretatie van Montesquieu werd vooral in de 19^e eeuw uitgedragen. RENÉ FOQUÉ wijst in deze context op de geschriften van Génys en Wiarda. Niettegenstaande de meer genuanceerde opinie van Portalis in de discussies met betrekking tot het ontwerp voor de *Code civil* haalde de legalistisch-positivistische visie van Mailla-Garot de overhand. R. FOQUE, "De rechter is het sprekende recht" in F. EVERS en P. LEFRANC (eds.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, 2009, (79) 84-85.

spreken en uitvoeren van recht? Deze interpretatie duidt op de beperkingen van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. PASQUALE wijst erop dat deze beperkte opvatting van de rol van de rechter deze laatste zijn verantwoordelijkheid ontnemt. Immers, een rechter die ontnomen is van enige eigen inbreng en die op een mechanische wijze recht spreekt, kan niet verantwoordelijk geacht worden.³⁰⁴ Dit reikt redenen aan om de rechterlijke macht ondergeschikt te maken aan de uitvoerende en de wetgevende macht.

Deze interpretatie kan historisch en theoretisch verklaard worden. Historisch gaat ze uit van het wantrouwen dat ten tijde van de Franse revolutie bestond ten aanzien van de rechterlijke macht. Theoretisch valt ze dan weer samen met het democratiebeginsel en het wetpositivisme. In de visie van ROUSSEAU kan immers gesteld worden dat de burger eigenlijk enkel zijn eigen bevel opvolgt indien hij een rechterlijke beslissing opvolgt. Dit komt omdat de rechter niets doet dan het toepassen van de wet en de wet de uiting is van de *volonté general*.³⁰⁵ Deze opvattingen dienen echter onderscheiden te worden van de opvattingen van MONTESQUIEU die zich niet zozeer bekommerde om de democratie.³⁰⁶

De klassieke ‘positivistische’ interpretatie van MONTESQUIEU dient dus plaats te ruimen voor een genuanceerdere benadering. NICOLA MATTEUCCI stelde reeds in 1962: “*Montesquieu is closer to Coke, Bolingbroke, Burke, and the authentic representatives of the English political tradition, than to the “founding fathers of legal positivism”*”³⁰⁷. Een gelijkaardige visie werd in het Nederlandse taalgebied voor het eerst duidelijk uiteengezet in de jaren zeventig door SCHÖNFELD.³⁰⁸ Ook OREST RANUM merkte in 1969 al op dat de benadering van het recht van MONTESQUIEU

³⁰⁴ “*To cumarine that point, the doctrine of the independent, subordinatie judiciary asserts that where there is no will, there is no exercise of decision, volition or discretion that by this ideology are denied to judges and judicia function. So if it is accepted that the judge does not do anything else other than applying/enforcing the law, then there will be no specific probleem of legitimacy for the judicia authority!*” P. PASQUINO, “Prolegomena to a theorie of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 18.

³⁰⁵ P. PASQUINO, “Prolegomena to a theorie of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 19.

³⁰⁶ STEWARD, Iain, “Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on ‘Separation of Powers’ and ‘The Rule of Law’”, in: *Macquarie Law Journal*, Vol.4, 2004, 204.

³⁰⁷ Citaat overgenomen uit FARNETI, Roberto, “Nicola Matteucci 1926-2006: in Memoriam”, in: *History of political thought*, Vol. 28 n°2, 2007, 363.

³⁰⁸ SCHÖNFELD, K., *Montesquieu en “La Bouche De la Loi”*, Leiden, New Rhine Publishers, 1979, 98.

sterke gelijkenissen kent met die van COKE.³⁰⁹ Zo bemerkt hij dat MONTESQUIEU zich in zijn *‘Lettres Persanes’* – net als COKE – richt op precedentes uit het verleden om zich te weren tegen de groeiende macht van de koning.³¹⁰

Het valt dan ook niet te verwonderen dat RENÉ FOQUE – in de lijn van voornoemde auteurs – een genuanceerdere interpretatie van de metafoor van de rechter als spreekbuis van het recht voorstaat. Hierin verwijst hij naar COKE die, zoals eerder werd vermeld³¹¹, dezelfde metafoor gebruikte. Wanneer deze lijn doorgetrokken wordt – aldus FOQUÉ – getuigt de gehele *trias politica*-leer niet van een scheiding der machten maar veeleer van evenwicht der machten. Het recht dient, in de lijn van COKE’s opvattingen, los gezien te worden van de politiek. De taak van de rechter ligt er dan in om de *esprit général* aan het woord te laten. Deze *esprit général* vertoont volgens FOQUÉ grote gelijkenissen met de *artificial reasoning* van COKE: *“Het gaat in beide gevallen om een geheel van inzichten en ervaringen die steeds weer in de loop van de geschiedenis van een gemeenschap in confrontatie met nieuwe of onverwachte feitelijkheden worden aangevuld en verfijnd.”*³¹² Het concept van de rechterlijke macht als *‘Pouvoir nul’* wijst in de opinie van FOQUÉ net op het uiten van de *esprit général*, los van enige politieke inmenging. Dit komt enigszins overeen met de opvattingen van PASQUALE PASQUINO die van mening is dat MONTESQUIEU hiermee naar het systeem van juryrechtspraak, zoals dat toentertijd in Engeland bestond, verwees.³¹³

FOQUÉ fundeert zijn interpretatie tevens op de kritieken van MONTESQUIEU op het Romeinse rechtssysteem. Een gebrek van dit systeem lag net in het ontbreken van een onafhankelijke rechterlijke macht die – aldus MONTESQUIEU – de vrijheid van burgers ten aanzien van de politiek diende te garanderen.³¹⁴ FOQUÉ is terecht van mening dat

³⁰⁹ O. RANUM, “Personality and Politics in the Persian Letters”, *Political Science Quarterly*, 1969, 606-627.

³¹⁰ O. RANUM, “Personality and Politics in the Persian Letters”, *Political Science Quarterly*, 1969, (606) 610-611.

³¹¹ Zie boven.

³¹² R. FOQUE, “De rechter is het sprekende recht” in F. EVERS en P. LEFRANC (eds.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, 2009, (79) 82.

³¹³ P. PASQUINO, “Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, (11) 17.

³¹⁴ R. FOQUE, “De rechter is het sprekende recht” in F. EVERS en P. LEFRANC (eds.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, 2009, (79) 82-83.

Dit sluit ook aan bij de visie van OREST RANUM die van mening is dat Montesquieu tot een groep behoorde die vreesden voor een inperking van hun vrijheid door het toenemende optreden van de vorst.

deze interpretatie van MONTESQUIEU geen té grote macht aan de rechter toekent. De rechter dient volgens MONTESQUIEU te oordelen naar billijkheid en redelijkheid. Dit verwijst volgens FOQUÉ niet naar “*een specifieke macht die rechters plots in de hand zouden gespeeld krijgen, maar naar een dienstbaarheid aan wijsheid en traditie, aan de esprit général van de gemeenschap waarin zij recht hebben te spreken.*”³¹⁵

5. Hedendaagse interpretatie van COKE’s ideeëngoed

RENÉ FOQUÉ betreurt het in zijn bespreking over de rol van de rechter dat “*Montesquieu’s erfgoed in de negentiende eeuw van zijn kritische impact is beroofd, doordat zijn typering van de rechter als bouche de la loi vakkundig is ingehuurd door de positivisten die er het sluitstuk van hun rechtsopvatting van hebben gemaakt.*” Het probleem reikt volgens FOQUÉ evenwel verder: “*Even tragisch is de ontwikkeling van de rechtswetenschap zelf die sinds de dominantie van het positivisme in de heilloze dichotomie van positivisme versus natuurrecht is terechtgekomen.*”³¹⁶ De vraag die ons verder zal bezighouden is wat er van de opvattingen van COKE geleerd kan worden voor de hedendaagse tijd en of diens opvattingen over recht en de rol van de rechter een nieuw licht kunnen werpen op deze dichotomie tussen natuurrecht en positivisme. In deze optiek wordt een benadering ontwikkeld die sterk lijkt op die van BARENDRACHT die overigens van mening is dat de oplossing inzake het debat tussen natuurrecht en positivisme eerder gezocht moet worden bij de rechtsvindingtheorieën dan bij de rechtsfilosofie.³¹⁷ Gezien COKE’s benadering van het recht voornamelijk steunt op rechtsvinding, lijkt dit alvast een vruchtbaar aanknopingspunt.

5.1. Een model van rechtvaardigheid

In zijn boek “*The idea of Justice*” deelt AMARTYA SEN rechtvaardigheidstheorieën op in twee categorieën. Theorieën, die wij dadelijk herkennen als theorieën van

O. RANUM, “Personality and Politics in the Persian Letters”, *Political Science Quarterly*, 1969, 606-627.

Deze interpretatie gaat duidelijk in tegen deze van IAIN STEWARD zoals omschreven in voetnoot 302.

³¹⁵ R. FOQUE, “De rechter is het sprekende recht” in F. EVERS en P. LEFRANC (eds.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, 2009, (79) 86.

³¹⁶ R. FOQUE, “De rechter is het sprekende recht” in F. EVERS en P. LEFRANC (eds.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, 2009, (79) 86.

³¹⁷ R. BOST, “Rechts als model van rechtvaardigheid”, *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie* 1994, 40-47.

rechtvaardigheid (zoals bijvoorbeeld die van RAWLS), brengt hij onder in de eerste categorie: ‘*transcendental institutionalism*’. De samenstelling van de andere categorie, ‘*realization-focused comparison*’, ligt minder voor de hand. In deze categorie brengt SEN denkers onder als ADAM SMITH, JOHN STUART MILL en KARL MARX.³¹⁸ De theorieën van deze laatste denkers zijn in de ogen van SEN wel degelijk rechtvaardigheidstheorieën. Wat hen onderscheid van de *transcendental institutionalists* is dat ze niet zozeer gericht zijn op een transcendente ordening van een rechtvaardige samenleving maar wel op het bereiken van een meer rechtvaardige samenleving vertrekkende vanuit de realiteit. M.i. gaan laatste uit van een inductieve methode daar waar de eersten een deductieve werkwijze hanteren.

De vraag rijst wat COKE hiermee te maken heeft. Er kan opgeworpen worden dat COKE geen theoreticus was en zich bovendien helemaal niet bezighield met theorieën van rechtvaardigheid. M.i. gaat een dergelijke redenering niet op. COKE was een jurist die zich in sterke mate boog over de grondslagen van zijn métier. Hoewel hij geen eenduidige consistente theorie heeft uitgewerkt ging hij in zijn opvattingen op zoek naar een vorm van rechtvaardigheid. Dit blijkt ten eerste duidelijk wanneer hij de suprematie van de *Common Law* verantwoordt door te verwijzen naar het idee dat de inductieve³¹⁹/casuïstische benadering van de *Common Law* in overeenstemming is met het natuurrecht. In de tweede plaats leidde COKE zijn concept van *artificial reason* af van de – in zijn tijd gangbare – scholastische filosofie. In de scholastiek verwees de *artificial reason* nl. naar de bekwaamheid om het *rechtvaardige* van het onrechtvaardige te scheiden.

COKE’S rechtsbenadering behandelde dus duidelijk morele (en zelfs universele) kwesties³²⁰, waarin m.i. impliciet een theorie van rechtvaardiging besloten ligt. Het is echter geen eenduidige theorie van rechtvaardigheid. De opvattingen van COKE gaan eerder uit van een aanpak, een methode. Vandaar dat de visie van COKE over het recht en de rol van de rechter hierin eerder opgevat dient te worden als een *model* van rechtvaardigheid eerder dan een *theorie* van rechtvaardigheid.

³¹⁸ A. SEN, *The idea of justice*, Londen, Penguin Publishers, 2009, 7.

³¹⁹ Ondanks de verwijzing van Coke naar goddelijk recht is het duidelijk dat COKE geen gebruik maakte van een deductieve methode.

³²⁰ H. BERMAN, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 1994, (1651) 1691

Als we de aanpak van COKE in de categorieën van SEN moeten onderbrengen, hoort hij in de tweede categorie thuis. In dergelijke benadering van rechtvaardigheid – aldus SEN – wordt niet uitgegaan van één ultiem rechtvaardigingscriterium maar wordt aanvaard dat er verschillende bestaan. Dit creëert enerzijds de onmogelijkheid om één transcendentale visie van rechtvaardigheid te ontwikkelen. Dit heeft anderzijds het voordeel dat men in de realiteit stappen voorwaarts kan maken naar een meer rechtvaardige samenleving indien we verschillende vormen van rechtvaardigheid in acht nemen. COKE'S benadering van het recht valt in deze tweede categorie. COKE gaat niet uit van ruime rechtvaardigheidgronden maar van verscheidene specifieke regels in de *Common Law*. Deze specifieke regels hebben doorheen de jaren een cumulatie van wijsheid en verfijning achter de rug. Zo worden ze dan ook gelegitimeerd omdat ze geacht worden te leiden tot meer rechtvaardigheid.

De voorgaande benadering van COKE vormt wel een model/benadering (in plaats van een theorie) van *rechtsbepaling*. Het gaat uitdrukkelijk om *rechtsbepaling* en niet om *wetsbepaling*. Er wordt immers vanuit gegaan dat het 'recht' en de 'rechtvaardigingsprincipes' al bestaan en dat deze '*immemorial*' dan wel universeel zijn. Concreet moeten volgens COKE de juiste contouren van dit recht telkens opnieuw *bepaald* worden. Dit is m.i. de essentie van de opvattingen van COKE over de taak van de rechter en – gezien COKE geen duidelijk onderscheid maakt tussen beide – van de wetgever.³²¹ Deze benadering van *rechtsbepaling* staat ver van het positivisme van HOBBS en LOCKE, die veeleer uitgaan van *wetsbepaling* als een bevel van de soeverein of het eerbiedigen van het sociaal contract.

Ter conclusie kunnen we stellen dat COKE met dit model van *rechtsbepaling* het midden houdt tussen rechtscreatie en de strikte toepassing van de wet. Of nog: tussen een actieve rechter en een mechanische rechter zoals opgevat in de traditionele, wetpositivistische interpretatie van MONTESQUIEU'S *Trias politica*.

³²¹ BAKER zegt bijvoorbeeld in deze context dat “*Even the distinction between judicial and legislative change has not always been as fundamentele as modern theory supposes. It is one of degree. The courts do make new law; but they do so within the framework of Common Law reasoning, herlas a sovereign legislature may legislate irrationally or unreasonable. Yet parliament has not usually in a despotic manner. Few legislative acts before the last century could be regarded as radical features from the Common Law tradition, and some lawyers even regarded the acts of the high court of parliament as the decisions of the supreme court of law, a court untrammelled by forms and precedent but operating within the same legal system.*” J. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Bath, Bath Press, 2002, 196.

Als ervan uitgaan wordt dat COKE'S rechtsbenadering een model van *rechtsbepaling* is, dan blijft de vraag hoe dit model getypeerd kan worden.

5.2. Een complex adaptief model

De vraag die zich stelt is hoe het bepalen van recht(vaardigheid) in het model van *rechtsbepaling* in zijn werk gaat. M.i. kan hier de vergelijking gemaakt worden met een '*complex adaptief systeem*'. Deze term – die afkomstig is uit de exacte wetenschappen – is mijns inziens toepasbaar op deze rechtsbenadering. Het concept wordt reeds in de sociale wetenschappen gebruikt om bepaalde complexe fenomenen te bestuderen.³²² Het volstaat om de bestanddelen van het concept uit te leggen om een duidelijk beeld te krijgen wat hiermee bedoeld wordt.

In de eerste plaats moet gesteld worden dat het gaat om iets *complex*. Het gaat om een proces dat bestaat uit een geheel van activiteiten die niet eenduidig zijn. Dit impliceert dat in het proces verschillende actoren betrokken zijn die handelen vanuit verschillende motiveringen.

Ten tweede moet geconstateerd worden dat hoewel het geheel complex is, er toch een *systeem* in zit. Een illustratie hiervan is de visie van ADAM SMITH over de markt. In essentie gaat SMITH ervan uit dat ieder individu handelt vanuit een eigen logica, een eigen belang. Daarenboven zijn er nog geheel andere actoren actief op de markt zoals staten en bedrijven. De markt is in essentie dus een complex gegeven. Niettegenstaande is de markt ook een systeem. Achter de complexe realiteit schuilt een mechanisme – hetgeen ADAM SMITH de *onzichtbare hand* noemt – dat maakt dat de verschillende gedragingen van de actoren accorderen.

Dit voorbeeld is tevens illustratief voor het derde en laatste element. De markt is maar een systeem in zijn complexiteit omdat het *adaptief* is. Het systeem als geheel blijft overeind omdat het zich telkens weet aan te passen aan de omstandigheden.

³²² Het concept van complexe adaptieve systemen gaat in tegen de vaak vereenvoudigde modellen die in verschillende wetenschappelijke domeinen gebruikt worden. Het basisidee is dat het noodzakelijk is om verschillende systemen, die in de klassieke theorieën en modellen uit de realiteit gedestilleerd worden, samen te bestuderen. Een basiswerk voor de toepassing van complexe adaptieve systemen in de sociale wetenschappen is J. MILLER en S.PAGE, *Complex Adaptive Systems; An Introduction to Computational Models of Social Life*, New Jersey, Princeton University Press, 2007, 263.

Hierbij is het belangrijk in te zien dat de *verschillende elementen* niet gescheiden kunnen worden. Het *systeem* is maar een systeem omdat het *adaptief* is en het is slechts adaptief omdat het *complex* is, omdat het een grote interne diversiteit kent.

M.i. stemt het ‘model van *rechtsbepaling*’ van COKE met dit ‘*complex adaptief systeem*’ overeen. Zeker wanneer we HALE’S historische benadering eraan toevoegen.³²³ In de eerste plaats gaat het duidelijk om een *complex* model. Er zijn verschillende actoren bij het proces betrokken. In eerste instantie is er sprake van de verschillende juristen die ieder vanuit hun eigen invalshoek het recht benaderen. Dit gaat samen met de verscheidene rechtbanken die precedents stellen. Daarenboven hebben ook de koning en het parlement een eigen invloed op het recht.

De verschillende actoren staan in een horizontale verhouding tegenover elkaar (zgn. ‘*nevenschikking*’). Het parlement en de koning krijgen weliswaar een belangrijkere rol toegewezen maar staan niet hiërarchisch boven de rechterlijke macht. Belangrijk in dit alles is dat COKE niet expliciet spreekt over ‘*machten*’. Hij spreekt niet over drie gescheiden machten met elk een eigen functie. De wetgevende functie beschouwd hij niet als een volwaardige functie en de rechtsprekende en uitvoerende macht worden gespreid over de verschillende instellingen. Als we COKE gebruiken als leidraad voor de interpretatie van de *trias politica*, zoals RENÉ FOQUÉ doet, is het duidelijk dat er geen sprake kan zijn van een strikte scheiding der machten op positivistische leest geschoeid. Veeleer dient de *trias politica* geïnterpreteerd te worden als een evenwichtsoefening tussen de verscheidene machten.

M.i. gaat de opvatting van COKE verder. In de eerste plaats moet benadrukt worden dat COKE niet spreekt over verschillende machten. De verschillende staatsmachten zijn met elkaar verweven. In de context van COKE dient eerder gesproken te worden van een omvangrijk netwerk van actoren met enkele zwaartepunten die elkaar in evenwicht houden en die allen volgens hun eigen logica het recht trachten te bepalen. Uit dit complex netwerk rijst een *systeem* dat, net doordat het een doorgedreven

³²³ HALE bezag COKE’S theorieën meer in een veranderlijk historisch perspectief, dan dat de rechtsnormen letterlijk ‘*Immemorial*’ opgevat diende te worden. In het denken van COKE zelf moet er tevens aan herinnert worden dat de paradox die in zijn denken opduikt bij het onderscheid tussen het ‘*Immemorial*’ karakter van het recht enerzijds en het gewoonterechtelijk karakter anderzijds in grote mate verklaard kan worden doordat het bestempelen als ‘*Immemorial*’ veeleer uitging van een transcendentale/morele overtuiging daar waar het gewoonterechtelijk karakter uitging van een observatie van de realiteit.

decentralisatie kent van macht, zichzelf via een proces van *'trial and error'* steeds opnieuw aanpast aan de veranderende context en dus *adaptief* is. Omdat het een proces van *'trial and error'* is, beroept het zich op zijn historiciteit. Een rechtvaardige oplossing op een gegeven situatie kan – gezien de veelheid van rechtvaardigheidsgronden – enkel bekomen worden door te bestuderen wat in het verleden beschouwd werd als een goede afweging van rechtvaardigheidsgronden. Wanneer alle betrokken actoren op deze manier handelen ontstaat een systeem dat zichzelf door de tijd telkens opnieuw uitvindt: een *'complex adaptief model'* van *rechtsbepaling*.

COKE voelde intuïtief aan dat het recht via een *'complex adaptief model'* van *rechtsbepaling* bepaald werd. Dit is m.i. logisch daar de creatie van gewoonterecht een dergelijk patroon volgt.³²⁴ Om die reden bleef hij in de dichotomie tussen natuurrecht en wetpositivisme ergens in het midden. Er is geen sprake van een universeel natuurrecht dat door middel van deductie op alle situaties toegepast kon worden. Niettegenstaande zag COKE in dat bepaalde rechtsprincipes van hogere orde waren. Bovendien zag hij in dat een strikt wetpositivisme een bedreiging zou vormen voor rechtvaardigheid. Hij ent rechtvaardigheid echter niet op universele principes maar op de historisch toegenomen accumulatie van wijsheid. COKE zegt dit heel uitdrukkelijk als hij schrijft: *“For any fundamental point of te ancient Common Lawes and customes of the realme, it is a Maxime in policie, and a triall by experience, that the alteration of any of them is most dangerous; for that which hath beene refined and perfected by all the wisest men in former succesvol of ages and proved and approved by continuall experience to be good & profitable for the common wealth, cannot without great hazard and danger be altered or chaunged.”*³²⁵ Om die reden dient het optreden van het parlement ook opgevat te worden als een vorm van rechtsbepaling, die het midden houdt tussen rechtsinterpretatie en rechtscreatie. Of om het met de woorden van CORWIN te zeggen: *“Being a Court,*

³²⁴ De *Common Law* zoals *Coke* die kende was in essentie een vorm van gewoonterecht en ontleende aan het gewoonterecht dan ook het complex en adaptief karakter. Zo wijst Baker er bijvoorbeeld op dat in het kader van de maatschappelijke veranderingen ten tijde van de renaissance *“The Common Law systeem was sufficiently adaptable to accomodate them without importing foreign ideas.”* J. BAKER, *An introduction to English Legal History*, Bath, Bath Press, 2002, 28.

³²⁵ COKE, inleiding bij het 4^e deel van de *Reports*, S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, 94-96.

Parliament was necessarily bound by the law, even as it declared and elaborated it; but being the highest court, its interpretations of the law necessarily bound all other courts.”³²⁶

De rol van de rechter is dan in essentie dezelfde als die van het parlement. Van een functionele afbakening der machten is geen sprake, eerder kan er gesproken worden van een ‘*mixed and balanced constitution*’, zoals de constitutie van *Stuart England* vaak genoemd wordt. M.i. geeft IAIN STEWARD een duidelijke weergave in zijn interpretatie van MONTESQUIEU: “*He adopts the traditional English notion of the ‘mixed and balanced constitution’(...) Montesquieu’s concern is not that the three powers must each be in separate pairs of hands but that no two of them should be placed in a single pair of hands. He achieves this, and he thinks England achieves this, by placing both of two powers in three pairs of hands. It is a solution to the problem of the tendency of power to corrupt.*”³²⁷ Het gaat dan niet zozeer om de scheiding der machten dan wel om een ‘*gouvernement modéré*’.

M.i. hangt hier nog een tweede dimensie aan vast. Deze tweede dimensie komt duidelijk tot uiting wanneer men het absolutistisch model vergelijkt met de ‘*mixed and balanced constitution*’. Deze vergelijking toont ons drie voordelen van het laatstgenoemde systeem. Een eerste voordeel van een ‘*mixed and balanced constitution*’ ten aanzien van een absolutistisch model is – zoals aangegeven – dé oplossing tegen de corrumperende werking van macht. Het is dus een balans tegen arbitrair optreden van zowel de koning als het parlement. In de tweede plaats moet m.i. gekeken worden naar de grotere flexibiliteit en efficiëntie van een dergelijk systeem. Zoals reeds eerder vermeld³²⁸ waren absolute koninkrijken allerm minst totalitair. De impact van de overheid was in dergelijke systemen eerder beperkt.

³²⁶ S. CORWIN, *The Doctrine of Judicial Review; its Legal and Historical Basis and other Essays*, New Jersey, The Lawbook Exchange, LTD. Union, 1999, 29

³²⁷ I. STEWARD, “Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on ‘Separation of Powers’ and ‘The Rule of Law’”, *Macquarie Law Journal* 2004, (187) 198.

Ook MAURICE ADAMS gaat ervan uit dat Montesquieu niet zozeer bezorgd was om een strikte scheiding der machten dan wel om een waarborg voor de burger te voorzien tegen machtsmisbruik. M. ADAMS, “Lettres Persanes 3. Grondwettigheidstoetsing door de rechter: Aristoteles of Montequieu?”, *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie* 2004, (315) 317.

Deze interpretatie sluit m.i. sterk aan bij het geloof in de 17^e eeuw dat de koninklijke macht gelimiteerd kon worden door middel van zelflimitatie en het gebruik van adviesorganen.

³²⁸ Zie: 3.3.1.1. Eeuw van het absolutisme?

Volgens TIM BLANNING was het net in Engeland – met zijn ‘*mixed and balanced constitution*’ – dat de overheid zich in de maatschappij kon laten gelden.³²⁹ Een derde voordeel kan uit het voorgaande worden afgeleid: een groter deel van de maatschappij was zo namelijk betrokken bij de overheid.

Een gevolg van deze *flexibiliteit* is dat in plaats van een hiërarchie, er sprake is van een netwerk. Binnen dit netwerk werd de macht verdeeld, niet zozeer op functionele basis, maar via een institutioneel kluwen.³³⁰

We kunnen besluiten dat het model van *rechtsbepaling* veeleer ging om een *complex* model dan om een hiërarchie, eerder om een evenwicht binnen een *systeem* dan om een functionele scheiding der machten. Dit systeem vindt zichzelf doorheen de tijd telkens opnieuw uit en past zich aan de noden van de samenleving aan (*adaptief*). We kunnen dan ook met recht en rede spreken over een ‘*complex adaptief model*’ van *rechtsbepaling*. COKE voelde dit ook intuïtief aan. Een belangrijk gevolg hiervan is dat de rol van de rechter in essentie dezelfde is als die van het parlement. Rechter en parlement moeten beide doorheen de tijd de contouren van het recht *bepalen*, met inachtnaam van de precedenten. We kunnen dan ook stellen dat er van een functionele scheiding der machten geen sprake is. Wel is er sprake van een evenwicht der machten zoals geïllustreerd in het model van een ‘*mixed and balanced constitution*’. Dit model van evenwicht der machten heeft als voordeel corrumperende werking tegen te gaan, een grotere flexibiliteit aan de dag te leggen en de betrokkenheid van de samenleving bij het overheidsoptreden te vergroten.

5.3. Was COKE een gematigd persoon of een conservatief jurist? Het complex adaptief model van rechtsbepaling en de hedendaagse democratie

Het is uiterst relevant de vraag te stellen of COKE’S benadering van het recht als een ‘*complex adaptief model van rechtsbepaling*’ geen conservatisme in de hand werkt. Het conservatisme is m.i. een tegenpool van het hedendaags democratisch denken.

³²⁹ T. BLANNING, “*The Pursuit of Glory; Europe 1648-1815*”, Londen, Penguin books, 2008, 148-151.

³³⁰ Zo waren de *Justices of the peace* vaak lid van het *House of Commons* en hielden ze er tevens administratieve taken op na.

Daarbij kan eerst naar COKE zelf gekeken worden. Zoals eerder gesteld was het schrijven (of spreken) over het recht in het Engeland van COKE een manier om macht te bedrijven. Door over recht te schrijven, wordt invloed uitgeoefend op de rechtsbepaling. Daarenboven zette m.i. COKE's theorie van de *artificial reason* aan tot historisch elitair denken. ALLEN BOYER merkt dan ook op dat “*He was less interested in what the Law might be than in what the lawyers and judges do. His theorie that the law is artificial reason focuses on the work of the judge. The common law may be reason, but it is the reason of the judges; it may reflect custom, but it is custom as settled by the judges...it reflects a judge's faith in the communal, professional wisdom of the bar-intelligence refined by training, by artifice.*”³³¹ Uit het voorgaande kan men een zeker ‘conservatisme’ ontwaren. De *artificial reason* en de nadruk op de juridische klasse laten nog maar weinig ruimte voor andere meningen bij het *bepalen* van het recht.

Anderzijds kan men niet loochenen dat enkele elementen uit het leven van COKE dit tegenspreken. COKE was oorspronkelijk niet van adel en heeft gedurende zijn leven de maatschappelijke ladder beklommen. Hij was bovendien sterk begaan met het promoten van onderwijs. Hij had ook sterke banden met puriteinen dewelke er een sterk egalitair wereldbeeld op nahielden.³³²

We kunnen op dit punt concluderen dat hij – als persoon – misschien geen revolutionair was, maar wel een pragmaticus die geloofde in een incrementele evolutie.

Vervolgens onderzoeken we COKE's gedachtegoed in het licht van de hedendaagse democratische context vs. het conservatisme. M.i. kan voorop gesteld worden dat de ideeën van COKE nog niet zo vreemd zijn aan de hedendaagse democratische context. Hierbij moet gekeken worden naar de essentie van een ‘*complex adaptief systeem van rechtsbepaling*’. Dit systeem doet namelijk bij de *rechtsbepaling* beroep op bredere

³³¹(onderlijning zelf toegevoegd): A. BOYER, “*Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*”, Stanford, Stanford University Press, 2003, 88.

Ook BAKER beziet de *Common Law* in grote mate als een vorm van ‘*professional consensus*’. J. BAKER, *The Law's two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 4-9.

³³² Zie boven.

segmenten van de samenleving. In zijn tijd verruimde COKE de participatie aan *rechtsbepaling* van de ‘koning en de adel’ naar een bredere intellectuele klasse. In een moderne samenleving is het duidelijk dat de participatie nog meer alomvattend moet zijn. Dit kan gaan van het participeren in actiegroepen bij parlementen tot de publicatie van rechtsleer en andere wetenschappelijke artikelen die op hun beurt het proces van rechtsbepaling kunnen bevorderen, zowel via het parlement als via rechtspraak.³³³

Rechtsbepaling in een moderne maatschappij vereist dat de instellingen van de staat *an sich* een verscheidenheid kennen. Deze verscheidenheid dient permanent gekoppeld te worden aan de ruimere samenleving. Het gaat in wezen dus om een *praktijk*. De ‘*rule of law*’/*rechtsstaat* kan enkel gegarandeerd worden als een veelheid van actoren zich – vanuit een netwerk – buigt over de *rechtsbepaling* met aandacht voor de fundamenteën uit het verleden. Een netwerk van actoren en een zekere historische legitimiteit zijn dus noodzakelijk om tot de *rule of law* en bijgevolg de democratie te komen.

In een hedendaagse democratische context wordt de rechtsstaat als een essentiële voorwaarde voor de democratie opgevat. Het omgekeerde is echter ook waar. In de lijn van WESTERMAN moet men aannemen: “*democratie en rechtsstaat zijn geen lagen van een gebouw, maar elkaar wederzijds constituerende en versterkende elementen*”³³⁴ FOQUÉ spreekt dan weer over de noodzaak van een spanning tussen de overheidsmacht (rechtsstaat) en de burgerlijke samenleving (democratiedachte). Het is die spanning die in FOQUÉ’S opinie garant staat voor een gematigde

³³³ Het recht dient nu bepaald te worden door een groter deel van de maatschappij dan enkel de regering, de rechtbanken, parlementsleden en juristen (welke ten tijde van COKE voornamelijk tot de adel behoorden). Ook belangenverenigingen, procespartijen, drukkinggroepen, media, wetenschappers uit allerhande disciplines e.a. moeten in acht genomen worden. Deze actoren werken niet alleen mee aan het bepalen van het recht door deel te nemen aan het wetgevingsproces an sich maar ook door bvb. Het opstellen van interne reglementen, door sociale codes aan te nemen, door milieucertificaten te creëren, door hun optreden in rechtbanken etc. Het belang van hun participatie is tweemaal: in de eerste plaats dient erop gewezen te worden dat hun participatie aan de rechtsbepaling deze legitiem en uitvoerbaar maakt, in de tweede plaats creëert dit de nodige ruimte voor ‘*trial en error*’. In een sterk hiërarchisch, gecentraliseerd systeem is, vooral dit laatste, niet mogelijk. Het verschil tussen de vereiste reikwijdte van een dergelijk netwerk nu ten opzichte van COKE’S Engeland dient m.i. gezocht te worden in het gegeven dat de maatschappij toen minder stuurbaar was. Niet alleen door het beperktere overheidsoptreden maar ook door de geringere interactie (handel en communicatie).

³³⁴ WESTERMAN, P, “Democratie als voorwaarde voor de rechtsstaat”, in: *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 2004, Vol.2, 133.

samenleving, een ‘*gouvernement modéré*’.³³⁵ Beide opvatting stellen echter dat er een verband is tussen de rechtsstaat en de democratie. M.i. zal de democratische participatie een noodzakelijk onderdeel en constitutief bestanddeel zijn van de rechtsstaat. Om dit nu te verbinden met het gedachtegoed van COKE, kunnen we stellen dat in het ‘*complex adaptief model van rechtsbepaling*’ de participatie/democratie vervat zit in het rechtsstaats-denken.

Ter illustratie kunnen we stellen dat het ‘*complex adaptief model van rechtsbepaling*’ van COKE een sterke gelijkenis met de rol van constitutionalisme in een moderne democratie vertoont.³³⁶ FOQUÉ omschrijft het moderne constitutionalisme als de motor “*voor het politieke project van een democratisch regime. Een democratie is nooit voltrokken, maar steeds in the making. Zij is een regime dat wordt gekenmerkt niet door de ambitie om interne spanningen en verdeeldheid eens en voor altijd uit de wereld te bannen, maar juist integendeel om die spanningen en verdeeldheid blijvend te erkennen en hun samenleven in verscheidenheid te faciliteren en te pacificeren.*”³³⁷

Om een ander concreet voorbeeld te geven kan naar MAURICE ADAMS verwezen worden. Zijn moderne visie over grondwettigheidstoetsing kan dan ook perfect gekaderd worden in het zgn. ‘participatief’ ‘*complex adaptief model van rechtsbepaling*’ van COKE. Hij schrijft: “*het idee is dat door de verscheidenheid aan perspectieven die velen (in casu de leden van het parlement) aanbrengen, er een soort van cumulatieve wijsheid ontstaat (...) Het punt nu is dat grondwettigheidstoetsing niet bedoeld is om de cumulatieve wijsheid van het parlement van nul en generlei waarde te doen zijn. Het parlement wordt immers niet op voorhand uitgeschakeld (...) Het*

³³⁵ Op die manier, aldus FOQUÉ, kunnen burgers hun vrijheid “*verwerklijken als een positieve vrijheid die aan eenieder een gelijke toegang garandeert tot de gemeenschappelijke behartiging van de publieke zaak*”: zie R. FOQUE, *De onzichtbare grondwet*, Den Haag, Ministerie van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties, 2008, 42.

³³⁶ Het is dit erkennen van de noodzaak van constitutionalisme dat ook het verweer inhoudt tegen een te stringente positivistische benadering. Zo is bijvoorbeeld INGEBORG MAUS ervan overtuigd dat democratieën niet door constitutioneel recht (en dus de toetsing door de rechter) versterkt kan worden maar enkel door een vergroting van de politieke participatie. Wanneer uitgegaan wordt van een complex adaptief model van rechtsbepaling verandert de situatie. De democratie wordt dan immers versterkt door een constitutionalisme hetwelk een bredere betrokkenheid bij rechtsbepaling vereist en dus participatie. De garantie van de democratie ligt immers niet in de puur op schrift gestelde regels maar in een democratisch constitutionalisme gestuwd door een complex adaptief model van rechtsbepaling: zie voor de mening van INGEBORG MAUS in E. VAN DOMMELEN, “Het tekortschieten van de wetgever als rechtsbeschermer; Een kritische bespreking van de rechtstheorie van Ingeborg Maus”, *Recht en kritiek* 1997, (237) 238.

³³⁷ R. FOQUE, *De onzichtbare grondwet*, Den Haag, Ministerie van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties, 2008, 42.

gaat er slechts om dat er door middel van grondwettigheidstoetsing een extra toets op die *cumulatieve wijsheid* kan plaatsvinden”³³⁸ De vraag stelt zich waarop een ‘extra toevoeging van wijsheid’ door de rechter gebaseerd moet worden. Vooreerst is het evident dat de rechter zijn inspiratie haalt uit de rechtsleer, de opvattingen van de partijen en bovenal de grondwet: een cumulatie van wijsheid over de generaties heen. M.i. moet de rechter echter verder gaan dan de tekst van de constitutie en moet hij ook het constitutionalisme in acht te nemen. Het constitutionalisme kan immers als essentiële richtsnoer in het politiek bestel dienen. De rechter moet dus in zekere mate aanvoelen hoe de maatschappij zich politiek wenst te ordenen. Om die reden dient gewezen te worden op FOQUÉ die zegt: “*het sprekende recht is altijd een recht in context*”.³³⁹ Het is een pleidooi voor een grotere inbreng van de sociale wetenschappen in de rechtspraak.

Als besluit op dit deel kunnen we stellen dat COKE – als persoon – misschien geen revolutionair was, maar wel een pragmaticus die geloofde in een incrementele evolutie. In de lijn hiervan hebben we COKE’s gedachtegoed in het licht van de hedendaagse democratische context vs. het conservatisme onderzocht. Hieruit bleek dat de ideeën van COKE nog niet zo vreemd zijn aan de hedendaagse democratische context. Het ‘*complex adaptief model van rechtsbepaling*’ vereist immers een hoge mate van participatie van de samenleving.

5.4. Tussenbesluit: Het ‘complex adaptief model van rechtsbepaling’ en de Trias Politica van MONTESQUIEU

De aanleiding van dit werkstuk was de vraag naar de houdbaarheidsdatum van de *Trias Politica*. Er werd immers vastgesteld dat de klassieke (positivistische) visie op de *Trias Politica* – als drie van elkaar functioneel onderscheiden machten – en de daarbij aansluitende mechanische visie op de rol van de rechter onder druk staan. De vraag die nu gesteld moet worden is of het ‘*complex adaptief model van rechtsbepaling*’ van COKE hier een nieuw licht op werpt.

³³⁸ (Onderlijning zelf toegevoegd): in M. ADAMS, “Lettres Persanes 3. Grondwettigheidstoetsing door de rechter: Aristoteles of Montequieu?”, *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie* 2004, (315) 320.

³³⁹ R. FOQUE, “De rechter is het sprekende recht” in F. EVERS en P. LEFRANC (eds.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, 2009, 79-91.

Vooreerst werd vastgesteld dat in een ‘*complex adaptief model van rechtsbepaling*’ er geen scheiding tussen de staatsmachten kan zijn. In een ‘*complex adaptief model*’ wordt er immers geen strikt onderscheid gemaakt tussen de wetgevende, de rechtsprekende en de uitvoerende macht. In essentie gaat het om een evenwicht tussen verschillende actoren die allen de juiste contouren van het recht binnen een gegeven context *bepalen*. De verschillende machten zijn dan niet zozeer *functionele* machten dan wel *institutionele* machten. Het zijn verschillende instellingen met een welks een eigen inherente logica. De *Trias Politica* gaat dan niet zozeer om het strikt scheiden van machten maar wel om het bepalen van de zwaartepunten van de *rechtsbepaling* binnen deze institutionele machten. Binnen een ‘*complex adaptief model*’ zal dus telkens een evenwichtsoefening gemaakt moeten worden om dit zwaartepunt te *bepalen*. De basis van het ‘*complex adaptief model*’ is immers deze eeuwigdurende evenwichtsoefening die maakt dat elke bestuur in essentie een ‘*gouvernement modéré*’ is.

De belangrijkste plekken voor de rechtsbepaling zijn m.i. de institutionele rechterlijke (de rechters) en de institutionele wetgevende (het parlement) macht. In wat volgt zal de rol van de uitvoerende macht dan ook grotendeels terzijde gelaten worden.³⁴⁰

De essentie is evenwel dat het parlement uitgaat van een *politieke logica* en de rechterlijke macht van de *artificial reason*. Het bepalen van het zwaartepunt tussen de wetgevende of de rechterlijke macht uit zich in COKE’S *rechtsbepaling* die het midden houdt tussen rechtsinterpretatie (de rechterlijke macht) en rechtscreatie (de wetgevende macht).

Gezien de rechtsbepaling plaatsvindt in een ‘*complex adaptief model*’ spreekt het voor zich dat de weegschaal niet te sterk naar één kant mag overhellen en dat er steeds een evenwicht behouden blijft. Wanneer het model zijn evenwicht verliest dreigt het

³⁴⁰ In de moderne West-Europese context zal men eerder geneigd zijn op de uitvoerende macht te wijzen dan op de wetgevende. Dit is logisch maar mijns inziens niet helemaal correct. Het is inderdaad zo dat in onze parlementaire democratieën de parlementen volledig overvleugeld worden door de regeringen. De regeringen doen dit evenwel in eerste instantie door de invloed van de partijen op de parlementsleden uit te spelen. Het is dan niet zo dat de uitvoerende macht meer invloed heeft dan de wetgevende maar wel dat de regeringen via een omweg de wetgevende macht gaan gebruiken. Niettegenstaande zou ook geopperd kunnen worden dat de uitvoerende en de wetgevende macht hier één geheel vormen.

terecht te komen in ofwel een *'gouvernement des juges'* dan wel in een *'tirannie van de meerderheid'*.

Bovendien stelt de benadering van een *'complex adaptief model van rechtsbepaling'* voorop dat er niet alleen gekeken moet worden naar het evenwicht tussen de verschillende institutionele machten, maar dat er veeleer gekeken moet worden naar het bestaan van een complex model. Dit vereist de participatie van een veelheid aan actoren die doorheen de tijd hun bijdrage leveren aan de cumulatie van wijsheid.

Concreet houdt dit in dat elk constitutionalisme als *'complex adaptief model van rechtsbepaling'*³⁴¹ zal moeten uitmaken in welke institutionele macht het haar zwaartepunt legt. Om een evenwichtige *rechtsbepaling* te behouden zal het vaststellen van dit zwaartepunt gepaard moeten gaan met het onderbrengen van de complexiteit binnen die institutionele macht.

Deze keuze zal m.i. altijd gepaard gaan met de procedurele legitimiteit van het recht. Traditioneel wordt aangenomen dat hier twee belangrijke stromingen bestaan: het positivisme en het natuurrecht.³⁴² We hebben echter al gezien dat COKE hier een andere benadering had. Zijn opvattingen waren gebaseerd op een historische legitimiteit. Hij was immers van mening dat de cumulatie van wijsheid – die via de *'artificial reason'* geschiedde – het best in overeenstemming was met het natuurrecht. Zo bezien, kunnen we ons de vraag stellen of het recht het resultaat van een maatschappelijke consensus is of dat het recht eerder het resultaat van een historisch proces van *'trial and error'* is. Indien het eerste wordt aangenomen ligt het zwaartepunt van het complex adaptief systeem in het parlement dat uitgaat van een

³⁴¹ Het is belangrijk te onderkennen dat een complex adaptief systeem op een complex adaptieve manier vastgesteld dient te worden. Dit komt overeen met het concept van de *'deliberatieve democratie'* van JURGEN HABERMAS. Deze stelt immers dat de essentie van een democratie niet ligt in het aanhoudende debat dat bestaat over wat de democratie juist is. Zie: J. HABERMAS, "Three normative models of democracy", in HABERMAS, J., *The inclusion of the other. Studies in political theory*, Cambridge/Oxford, Polity Press, 1999, 239-253.

³⁴² Indien immers de eerste opvatting aangenomen wordt dient het recht volledig door democratisch gelegitimeerde instellingen telkens weer gelegitimeerd te worden. De rol van de rechter dient dan noodzakelijkerwijze beperkt te worden tot een louter mechanische. Wanneer evenwel van het andere uitgangspunt wordt uitgegaan wordt de rechter, zoals in COKE'S opvattingen, mede spilfiguur bij het bepalen van recht. In dat geval is het de rechter die het recht moet bepalen met oog voor de historische dimensie.

politieke logica en in het tweede geval in de institutionele rechterlijke macht die uitgaat van de *artificial reason*.³⁴³

Bovendien kunnen we opmerken dat daar waar er geen sprake kan zijn tussen een strikte scheiding van de verschillende machten, er ook geen strikte scheiding bestaat tussen de legitimiteitsgronden. Het positivisme en de historische benadering van het recht staan immers in een permanente interactie. Daar waar een positivistische benadering niet los kan staan van historische motieven, dient een historische benadering steeds uit te gaan van een oudere consensus. *Rechtsbepaling* is dan een evenwicht tussen het positivisme en een historische/natuurrechtelijke rechtsbenadering. Het recht is dus geschraagd op een dubbele legitimiteit die in een gegeven context zijn evenwicht dient te zoeken.

Aan de klassieke, positivistische interpretatie van de *Trias politica* kan dus niet meer vastgehouden worden. Vanuit het '*complex adaptief model van rechtsbepaling*' van COKE kunnen enkele vaststellingen gemaakt worden. Ten eerste kan er geen sprake zijn van strikt functioneel gescheiden machten. Elke macht heeft de functie het recht te *bepalen* door het telkens weer uittekenen van de contouren van het recht naar de gegeven situatie. De verschillende machten zijn dus louter institutioneel maar hebben wel een eigen inherente logica. Zo gaat het parlement (en de regering) uit van een politieke logica en de rechterlijke macht van de *artificial reason*.³⁴⁴ Vervolgens hebben we opgemerkt dat het evenwicht dat binnen het '*complex adaptief systeem van rechtsbepaling*' tussen deze twee machten tot stand komt, zich dan ook uit in een evenwicht van de dubbele legitimiteit van het recht: nl. een evenwicht tussen de positivistische en de historisch/natuurrechtelijke rechtsbenadering.

³⁴³ Vanuit de angst die COKE had voor de rechtsscheppende rol van het parlement kan dit uitgedrukt worden als een keuze tussen een parlement (of meerdere) dat het ankerpunt vormt van een ruimer beslissingsveld (politieke partijen, vakbonden, mutualiteiten, civil society) en dat inherente mechanismen heeft (zoals in de meeste consensusdemocratieën) gecombineerd met een beperkte rechterlijke macht of een parlement dat krachtadig kan optreden (zoals in de meeste meerderheidsstelsels) en dus ingeperkt dient te worden door een sterke rechterlijke macht.

³⁴⁴ De inherente logica van de uitvoerende macht is dan wellicht een combinatie van een politieke en een administratieve logica.

6. Conclusie

Aan de basis van dit werkstuk lag de vraag of de klassieke positivistische interpretatie van de *Trias Politica* – en de mechanische rol van de rechter daarin – haar houdbaarheidsdatum verstreken was. Om de relevantie van de *Trias Politica* te onderzoeken werd ingegaan op de opvattingen die aan de oorsprong van de *Trias Politica* lagen. Daarbij werden de ideeën van MONTESQUIEU niet besproken, maar werd in de eerste plaats gekeken naar het Engeland waarop MONTESQUIEU zich zelf baseerde. Het is in deze context dat SCHÖNFELD reeds in 1979 argumenteerde dat MONTESQUIEU’S ideeën van de rechter als ‘*bouche de la loi*’ afstamden van de opvattingen van de Engelse rechtsgeleerde EDWARD COKE.³⁴⁵ Het zijn dan ook COKE’S rechtsopvattingen die het onderwerp van dit werkstuk vormden en die het ons nu mogelijk maken om de rol van de rechter binnen de *Trias Politica* in een ander daglicht te stellen.

COKE gaf de rechter een eigen legitimiteit – los van de koning en het parlement. Deze eigen legitimiteit van de rechter was echter nauw verweven met de opvattingen die COKE aan het recht gaf. Er werden dan ook enkele elementen uit de rechtsbenadering van COKE uitgelicht, die uitermate relevant zijn voor de interpretatie van de *Trias Politica* en de rol van de rechter.

Ten eerste maakte COKE geen onderscheid tussen de functie van de rechter en van het parlement. Beiden hielden zich bezig met wat m.i. het best omschreven kan worden als *rechtsbepaling*. Daarbij was COKE van mening dat het recht in essentie niet veranderde maar dat de juiste contouren steeds weer *bepaald* dienden te worden naar de omstandigheden van de tijd. *Rechtsbepaling* houdt dan ook het midden tussen rechtscreatie en rechtsinterpretatie. Daar waar het eerste afbreuk dreigt te doen aan de historisch gegroeide principes, kan aan de andere kant niet ontkend worden dat de rechter verder gaat dan het louter interpreteren van het recht.

In de tweede plaats putte het recht haar legitimiteit – volgens COKE – uit haar *gewoonterechtelijk karakter*. Het was de cumulatie van wijsheid en ervaring doorheen de eeuwen die maakt dat het recht een hoge mate van verfijning en rechtvaardigheid

³⁴⁵ K. SCHÖNFELD, *Montesquieu en “La Bouche De la Loi”*, Leiden, New Rhine Publishers, 1979, 98.

kon bereiken. Niettegenstaande vereist een dergelijke legitimiteit ook een zekere consensus. M.i. moet vanuit de visie van COKE dan ook uitgegaan worden van een dubbele legitimiteit van het recht: nl. een consensus over het recht en het gewoonterechtelijk karakter.

Ten slotte had het gewoonterechtelijk karakter van het recht invloed op de wijze waarop het recht totstand kwam. Dit diende immers inductief – vanuit concrete casussen – te gebeuren. Deze methode vereist dan ook dat er verscheidene actoren bij het bepalen van recht betrokken worden.

Hoewel deze opvattingen uitgaan van een historische legitimiteit van het recht en veel nadruk leggen op de rol van de rechter, kunnen ze niet opgevat worden als een pleidooi voor een conservatief rechtsbestel. De historische benadering van *rechtsbepaling* is in essentie immers een (progressief) *model van rechtvaardigheid*: gezien het ontbreken van een overkoepelend rechtvaardigheidsconcept dient de verhouding tussen concrete rechtvaardigheidsconcepten in de praktijk gezocht te worden. Daarenboven is het een model dat uitgaat van een ruime participatie aan de rechtsbepaling en dat zichzelf doorheen de tijd telkens opnieuw uitvindt en aanpast aan de noden van de samenleving. We kunnen dan ook met recht en rede spreken over een ‘*complex adaptief model van rechtsbepaling*’.

In een dergelijk model kan echter geen sprake zijn van een functionele scheiding van machten zoals in de klassieke interpretatie van de *Trias Politica* van MONTESQUIEU het geval is. *Rechtsbepaling* is immers de functie die aan alle machten eigen is. Er kan echter niet ontkend worden dat rechter, parlement en regering in een moderne samenleving elk hun eigenheid hebben.

Het verschil ligt m.i. niet in hun respectievelijke functie – gezien die voor alle drie de machten dezelfde is – maar in hun inherente logica. Het zijn namelijk institutionele machten met een eigen inherente logica. Daar waar het parlement en de regering voornamelijk handelen vanuit een ‘*politieke logica*’ gaat de rechterlijke macht veeleer uit van de ‘*artificial reason*’. Parlement en regering bepalen het recht dus voornamelijk vanuit een conuslogica terwijl de rechterlijke macht eerder uitgaat van een historische benadering. Door de inbedding van deze institutionele machten in een veel ruimer netwerk, ontstaat een ‘*complex adaptief model van rechtsbepaling*’. Dit model staat creëert als product een recht dat gedragen wordt door de samenleving en

dat binnen de dubbele legitimiteit van het recht een evenwicht vindt en zo het midden houdt tussen revolutionaire veranderingen en conservatisme.

De essentie van de *Trias Politica* bestaat er niet in het strik scheiden van de machten maar wel in het inbedden van de machten in een breder netwerk zodat gestalte gegeven kan worden aan een '*complex adaptief model van rechtsbepaling*'. In deze context is het dan ook belangrijk te benadrukken dat geen enkele macht uit het model weggelaten kan worden. Geen enkele actor kan op zichzelf staan. Dit heeft tot gevolg dat we vragen kunnen stellen bij de verschillende instellingen. Zo kunnen vragen gesteld worden bij het oprichten van gespecialiseerde rechtbanken of bij het afnemen in belang van de eerstelijnsrechtspraak. Dezelfde bedenkingen kunnen gesteld worden bij het oprichten van zelfstandige overheidsorganen. Vanuit een '*complex adaptief model van rechtsbepaling*' kunnen dergelijke ontwikkelingen niet enkel vanuit democratisch/consensuele hoek in vraag gesteld worden, maar ook vanuit de historische benadering. Immers: uitgaande van een evenwicht binnen een dubbele legitimiteit van het recht – historisch en consensueel – dient elke vorm van rechtsbepaling steeds weer vanuit deze dubbele legitimiteit in vraag gesteld te worden om in een veranderende wereld telkens opnieuw tot een rechtvaardig resultaat te komen.

7. Bibliografie

Bronnen:

- De geschriften van EDWARD COKE zijn geraadpleegd in het boek van SHEPPARD, de delen die niet zijn opgenomen in dit werk zijn geraadpleegd via 'google books'. De vertalingen van Latijnse citaten zijn gebaseerd op de Engelse vertalingen in het werk van Sheppard.
 - SHEPPARD, Steve, *'The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke'*, Indianapolis, 2003, 1468.

Literatuur:

ADAMS, Maurice, "Lettres Persanes 3. Grondwettigheidtoetsing door de rechter: Aristoteles of Montequieu?", *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie* 2004, 315-320.

BAKER, J., *An introduction to English Legal History*, Bath, Bath Press, 2002, 600p.

BAKER, J., *The Law's two Bodies. Some Evidential Problems in English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 197p.

BEAUTE, J., *Un grand juriste Anglais: Sir Edward Coke 1552-1634, Ses Idées Politiques et Constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1975, 231p.

BERMAN, H., "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 1994, 1651-1738.

BLANNING, T., *The Pursuit of Glory; Europe 1648-1815*", Londen, Penguin books, 2008, 708p.

BOSSUYT, M. en J. WOUTERS, *Grondlijnen van het internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 1086p.

BOST, R, “Rechts als model van rechtvaardigheid”, *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie* 1994, 40-47.

BOYER, A., *Sir Edward Coke and the Elizabethan Age*, Stanford, Stanford University Press, 2003, 325p.

BOYER, A., “Sir Edward Coke, Ciceronianus: Classical Rhetoric and the Common Law Tradition”, *International journal for the semiotics of Law* 1997, 4-36.

BRAND, James, “Montesquieu and the separation of powers”, *Oregon Law Review* 1933, 175-200.

BROUWER, P, “Rechtsvormende rechter of ‘bouche du droit’”, *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie* 1998, 3-9.

BURGESS, G., *Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1996, 229p.

CAIRNS, J. en G. MCLEOD, “Thomas Craig, Sir Martin Wright, and Sir William Blackstone: The English Discovery of Feudalism”, *The Journal of Legal History* 2000, 54-66.

COOK, H., “Against Common Right and Reason: The College of Physicians versus Dr. Thomas Bonham”, *The American Journal of Legal History* 1985, 301-322.

CORWIN, E., “The ‘Higher Law’ Background of American Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 1929, 365-409.

CORWIN, E., *The Doctrine of Judicial Review; its Legal and Historical Basis and other Essays*, New Jersey The Lawbook Exchange, LTD. Union, 1999, 177p.

CRYE, J., “Ancient Constitutionalism: Sir Edward Coke’s Contribution to the Anglo-American Legal Tradition”, *The Journal Jurisprudence* 2009, 235-264.

DOLORES, F., “‘Law Reporting’ in Europe in the Early-Modern Period: Two Experiences in Comparison”, *The Journal of Legal History* 2009, 263-278.

FARNETI, R., “Nicola Matteucci 1926-2006: in Memoriam”, *History of political thought* 2007, 362-365.

FOQUE R., “De rechter is het sprekende recht”, in EVERS, F. en P. LEFRANC (eds.), *Kiezen tussen recht en rechtvaardigheid*, Brugge, Die Keure, 2009, 79-91.

FOQUE, R., “*De onzichtbare grondwet*”, Ministerie van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties, Den Haag, 2008, 37-60.

GRAY, C., “Bonham’s Case reviewed”, *Proceedings of the American Philosophical Society* 1972, 35-58.

GUY, J., “The development of Equitable jurisdiction” in IVES, E. en A. MANCHESTER (eds.), *Law, Litigants and the legal profession, History series n°36*, Londen, 1983, 80-86.

GUY, J., “The origins of the Petition of Right Reconsidered”, *historical Journal*, 1982, 289-312.

GUY, J., “The rhetoric of Council in Early Modern England”, in HOAK, D. (ed.), *Tudor Political Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 292-310.

GUY, J., “Wolsey’s Star Chamber: a study in Archival Reconstruction”, *Journal of the Society of Archivists* 1976, 169-180.

HABERMAS, J. “Three normatieve models of democracy”, in HABERMAS, J., *The inclusion of the other. Studies in political theorie*, Cambridge/Oxford, Polity Press, 1999, 239-253.

HASTINGS, L. en H. BLOCK, *Edward Coke, Oracle of the Law*, Boston, Houghton Mifflin co., 1929, 368p.

HITCHENS, C., *De rechten van de mens van Thomas paine*, Roeselare Roularta books, 2008, 140p.

HULSEBOSCH, D., “The Ancient Constitution and the Expanding Empire: Sir Edward Coke’s British Jurisprudence”, *Law and History Review*, 2003, 439-482.

JOHNSON, C., “*The life of Sir Edward Coke, Lord chief justice of Englands in the reign of James I*”, Londen Henry Colburn Publishers, 1875, 368.

JOHNSON, S., “The Emperor’s new clothes: cloakin and disrobing the supreme court in carrese’s ‘The cloaking of power’; Book Review”, *William Mitchell Law review*, 2004, 1137-1148.

KAMEN, Henry, ‘*Spain 1469-1714; a Society of Conflict*’, Londen, Routledge, 2005, 326p.

KEECHANG, K., “Calvin’s Case (1608) and the Law of alien Status”, *The journal of Legal History* 1996, 155-171.

KENYON, John, “*Revisionism and Post-Revisionism in Early Stuart History*”, *The Journal of Modern History* 1992, 686-699.

KINNGING, A., “Tocqueville: een inleiding”, in: DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democratie: wezen en oorsprong. De belangrijkste gedeelten uit: Over de democratie in Amerika en het Anciën Régime en de Revolutie*, Pelckmans, Kapellen, 2005, 9-59.

LESAFFER, R., *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2004, 484.

MALAMENT, B., “The ‘Economic Liberalism’ of sir Edward Coke”, *The Yale Law Journal* 1967, 1321-1358.

MCDOWELL, G., “Coke, Corwin and the constitution: the “Higher Law Background” reconsidered”, *The review of politics* 1993, 393-420.

MILLER, J. en S. PAGE, *Complex Adaptive Systems; An Introduction to Computational Models of Social Life*, New Jersey, Princeton University Press, 2007, 263p.

ORR, A., “A Prospectus for a ‘New’ Constitutional history of Early Modern England, *Albion: A Quarterly Journal concerned with British Studies* 2004, 430-450.

PALMER, B., “Judicial review: usurpation or abdication?”, *American Bar Association Journal* 1960, 881-888.

PASQUINO, P., “Prolegomena to a theorie of judicial power: the concept of judicial independence in theorie and history”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2003, 11-25.

PEACEY, J., “Led by the Hand: Manucaptors and Patronage at Lincoln’s Inn in the Seventeenth Century”, *The Journal of Legal History* 1997, 26-44.

PLUCKNETT, T., *Bonham’s case and judicial review*, *Harvard Law Review*, 1926, 30-70.

POCOCK, J., *The Ancient Constitution and the Feudal Law; a Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, New York, Norton, 1967, 272p.

POWELL, D., “Coke in Context: Early Modern Legal Observation and Sir Edward Coke’s Reports”, *The Journal of Legal History* 2000, 33-53.

RANUM, O., “Personality and Politics in the Persian Letters”, *Political Science Quarterly* 1969, 606-627.

RIJPKEMA, P., “De dubbele onafhankelijkheid van de rechter”, in: HOL, A. en J. TEN BERGE, *De onafhankelijke rechter*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2007, 125-140.

RODGERS, C., “Humanism, History and the Common Law”, *The Journal of Legal History* 1985, 129-156.

SCHÖNFELD, K., *Montesquieu en “La Bouche De la Loi”*, Leiden, New Rhine Publishers, 1979, 98.

SEIPP, D., “The Law’s many Bodies, and the Manuscript Tradition in English Legal History”, *The Journal of Legal history* 2004, 74-83.

SEN, A., *The idea of justice*, Londen, Penguin Publishers, 2009, 468p.

SIMPSON, Brian, *Leading cases in the Common Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 311p.

SMITH, A., *The Emergence of a Nation State; The Commonwealth of England; 1529-1660*, Londen, Longman, 1997, 485.

SMITH, D., “Was there a Rule in Shelley’s Case?”, *The Journal of Legal History* 2009, 53-70.

STEIN, P., “Legal history: the British perspective”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1994, 71-79.

STEWART, I., "Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on 'Separation of Powers' and 'The Rule of Law'", *Macquarie Law Journal* 2004, 187-223.

STONER, J., "*Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes and the Origins of American Constitutionalism*", Kansas, University Press of Kansas, 1992, 276p.

TITE, C., *Impeachment and Parliamentary Judicature in Early Stuart England*, Londen, Athlone Press, 1974, 249p.

USHER, R., "James 1 and Sir Edward Coke", *The English Historical Review*, 1903, 664-675.

VAN DER HORST, D., *Geschiedenis van Engeland*, Amsterdam, Arbeiderspers, 2004, 398p.

VAN DOMMELEN, E., "Het tekortschieten van de wetgever als rechtsbeschermer; Een kritische bespreking van de rechtstheorie van Ingeborg Maus", *Recht en kritiek*, 1997, 237-256.

WESTERMAN, P., "Democratie als voorwaarde voor de rechtsstaat", *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie* 2004, 129-133.

WHITMAN, J., "Why did the Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason?", *The University of Chicago Law Review* 1991, 1321-1368.

WILLIAMS, I., "Dr. Bonham's Case and 'Void' Statutes", *The Journal of Legal History* 2006, 111-128.

WINKLER, J., "The Roman Law in Anglo-Saxon England", *The Journal of Legal History* 1992, 101-127.

WOOD, Andy, "Custom and the Social Organisation of Writing in Early Modern England", *Transactions of the Royal Historical Society*, 1999, 257-269.