Académie Royale des Sciences d'Outre-Mer
Classe des Sciences morales et politiques - N.S. - XL - 1 - Bruxelles 1970

Afrikaans gewoonterecht en cassatie

STUDIE VAN DE KONGOLESE KOLONIALE RECHTSPRAAK
EN PROEVE DE LEGE FERENDA
IN TOEPASSING VAN ARTIKEL 60 VAN DE GRONDWET VAN 1967

DOOR

J. H. HERBOTS

Docent aan de faculteit der rechtsgeleerdheid
van de Lovanium Universiteit te Kinsjasa
Dr. Jur., Lic. econ., Phil. Thom. Bacc.,
Dipl. Johns Hopkins University B.C.

F

Koninklijke Academie voor Overzeese Wetenschappen
Klasse voor Morele en Politieke Wetenschappen - N.R. - XL - 1 - Brussel 1970

J. HERBOTS. — Afrikaans gewoonterecht en cassatie. Studie van de kongolese koloniale rechtspraak en proeve de lege ferenda in toepassing van artikel 60 van de grondwet van 1967. — Bxl, ARSOM, 1970, 2 vol. 583 et 264 p., br. (Mém. 1ère Cl., coll. in 8°, n. série, t. 40.1).

2931
2931-
arsom

Afrique

Zaïre, Droit

Prix neuf 3710,-
Prix de vente
3710,-

ABS 2 volumes
3710.—

AFRIKAANS GEWOONTERECHT EN CASSATIE

Dit proefschrift werd ingediend tot het bekomen van de graad van geaggregeerde voor het hoger onderwijs.

Promotor : Prof. R. Derine.

Aan mijn dierbare ouders, mijn zusters en broers en aan Rita-Marie, mijn vrouw.

Académie Royale des Sciences d'Outre-Mer
Classe des Sciences morales et politiques - N.S. - XL - 1 - Bruxelles 1970

Afrikaans gewoonterecht en cassatie

STUDIE VAN DE KONGOLESE KOLONIALE RECHTSPRAAK
EN PROEVE DE LEGE FERENDA
IN TOEPASSING VAN ARTIKEL 60 VAN DE GRONDWET VAN 1967

DOOR

J. H. HERBOTS

Docent aan de faculteit der rechtsgeleerdheid
van de Lovanium Universiteit te Kinsjasa
Dr. Jur., Lic. econ., Phil. Thom. Bacc.,
Dipl. Johns Hopkins University B.C.

Koninklijke Academie voor Overzeese Wetenschappen
Klasse voor Morele en Politieke Wetenschappen - N.R. - XL - 1 - Brussel 1970

Verhandeling voorgelegd op de zitting van 16 maart 1970

Verslaggevers : de HH. G. MALENGREAU, A. RUBBENS en J. SOHIER

D/1970/0149/4

INHOUD

Dankwoord 11
Inhoud 5
Lijst van de tabellen 9
Lijst van afkortingen 13
Verkort aangehaalde werken 15

INLEIDING 19

TITEL I CASSATIE EN VERNIETIGING 35

Hoofdstuk I HET KONGOLESE HOOGSTE GERECHTSHOF 37

Afdeling I De prerepublikeinse rechtsgeschiedenis 37
Afdeling II De Grondwet en de opdracht van het Hof 42

Hoofdstuk II DE VERNIETIGING 63

Afdeling I De vernietigingsrechtbank 63
Afdeling II Het verbod te treden in de beoordeling van de zaken zelf .. 83
§ 1 De parketrechtbank en het verbod „ne pas connaître du fait" . 87
§ 2 Het waarom van een nietszeggend gebod 113
§ 3 Het corrolarium : een dubbelzinnig verbod 129
§ 4 Slotbeschouwingen 144

TITEL II GRONDEN VAN VERNIETIGING EN VAN CASSATIE 147

Hoofdstuk I DE ERROR IN PROCEDENDO 153

Afdeling I De onbevoegdheid en de overschrijding van de rechtsmacht . 153
§ 1 De onbevoegdheid 153
A. De onbevoegdheid ratione materiae van de gewoonterechtbanken 154
B. De onbevoegdheid ratione personae et loci van de gewoonterechtbanken 164
§ 2 De overschrijding van rechtsmacht 169

Afdeling II De Substantiële Vormgebreken 181
§ 1 Het begrip substantiële vorm 181
A. De verbreking wegens vormgebreken 181
B. De bepaling van het begrip substantiële vorm 189
C. De gewoonterechtelijke substantiële vormen 199
§ 2 Het vormverzuim in de rechtspraak van de parketrechtbanken . 205
A. De motiveringsgebreken 205
a) Het motiveringsgebrek als zuiver vormverzuim' 206
1. Afwezigheid van motivering 208

2. Tegenstrijdigheid tussen een reden en het beschikkend gedeelte 217
3. Het onbeantwoord laten van redenen van eis of verweer 219
b) Verdere ontwikkeling op materieelrechtelijk gebied .. 223
c) Uitbreiding van de motiveringsvereiste tot een waarborg van een verstaanbare rechtspraak 228
B. Schending van de substantiële vormen 231
1. De rechten van de verdediging 231
2. De onregelmatige samenstelling van de rechtbanken .. 234
3. Andere substantiële vormen 236
C. De procesgelding van de uitspraken van de gewoonterechtbanken 247

Hoofdstuk II DE ERROR IN JUDICANDO 261

Afdeling I De parketrechtbank en de error in judicando 261
§ 1 De verkeerde toepassing van een gewoonterechtsnorm 261
A. De vernietiging wegens gebrekkige motivering in rechte ... 262
B. De vernietiging zonder aanduiding van een wettelijke vernietigingsgrond 270
C. De beweerde schending van het gewoonterecht 273
§ 2 De verkeerde toepassing van geschreven recht 298

Afdeling II Cassatie en rechtsgewoonte in de geschrevenrechtelijke stelsels 305
§ 1 Cassatie en schending van een vreemde rechtsregel 306
§ 2 Cassatie en schending van een gewoonterechtsregel 317

Afdeling III Cassatie en rechtsgewoonte in de gewoonterechtsstelsels .. 326
§ 1 Frans Afrika 326
§ 2 Engels Afrika 340
§ 3 Indonesië 357

Afdeling IV Processuele beschouwingen 361

TITEL III DE VERNIETIGINGSGROND: STRIJDIGHEID VAN DE RECHTSGEWOONTE MET DE OPENBARE ORDE 375

Hoofdstuk I HET TRADITIONELE BEGRIP OPENBARE ORDE 377

Afdeling I Rechtshandeling en openbare orde 381
§ 1 De functie van de openbare orde en de taak van de rechter 382
§ 2 De gevolgen van het inroepen van de openbare orde 393
§ 3 De gewoonterechtelijke openbare orde 400

Afdeling II Rechtspleging en openbare orde 419
§ 1 De openbare orde en het recht dat in het geding betrokken is . 419
§ 2 De openbare orde en de uitoefening van het vorderingsrecht .. 421

Afdeling III Vreemd recht en openbare orde 423
§ 1 Het ontstaan van de exceptie van internationale openbare orde 424
§ 2 De functie van de internationale openbare orde en de taak van de rechter 425
§ 3 De gevolgen van het inroepen van de openbare orde 434
§ 4 Een vergelijking tussen de interne en de internationale openbare orde 436
§ 5 De intercoutumiere openbare orde 438
Afdeling IV Overgangsrecht en openbare orde 446
Afdeling V Bestuursrecht en openbare orde 450
Afdeling VI Slotbeschouwingen 455

Hoofdstuk II DE ALGEMENE ORDE 459
Afdeling I De malus usus 462
Afdeling II Het ontstaan van de exceptie op grond van de koloniale openbare orde 470
§ 1 In Kongo 470
§ 2 In de vroegere Franse en Engelse gebieden 479
Afdeling III De koloniale openbare orde in de Kongolese rechtspraak . 495
§ 1 De gepubliceerde rechtspraak 495
§ 2 De technisch onjuiste aanwendingen 509
§ 3 De onderzochte rechtspraak 513
Afdeling IV De functie van de algemene orde. De rol van de rechter ... 526
§ 1 Een omstreden begrip 526
§ 2 Een nieuwe functie van de openbare orde 528
Afdeling V De gevolgen van het inroepen van de algemene orde 539
§ 1 Geschreven recht of billijkheid 539
§ 2 De billijkheid 544
§ 3 De grenzen voor de vervanging van de gewoonterechtelijke norm 547
Afdeling VI Het Hoogste Gerechtshof en de algemene orde 551

ALGEMEEN BESLUIT 559

LIJST VAN DE TABELLEN

1. De vonnissen van de parketrechtbanken in de zaken die slechts de laagste trap van rechtspleging ten gronde kenden 66
2. De vonnissen van de parketrechtbanken in de zaken die alleen voor de gewestrechtbank kwamen 67
3. De vonnissen van de parketrechtbanken in de zaken die slechts één trap van rechtspleging kenden 68
4. De productiviteit van de Kongolese parketrechtbanken 71
5. De ambtshalve aanhangig gemaakte voorzieningen in vernietiging 73
6. De onontvankelijk verklaarde voorzieningen in vernietiging 77
7. Het voorwerp van de gedingen die tot voor de vernietigingsrechtbank geraakten 84
8. De op grond van hun feitelijke aard verworpen voorzieningen in vernietiging 94
9. De vernietigingen op grond van de onbevoegdheid 153
10. De vernietigingen op grond van art. 35, 4° D.I.R. 180
11. De vernietigingen op grond van vormgebreken, en in het bijzonder van motiveringsgebreken 205
12. De functies van het begrip Kongolese openbare orde 456
13. De vernietigingen op grond van de schending van de koloniale openbare orde 514
14. Proportionele verdeling van de vernietigingsgronden 563

DANKWOORD

Professor R. Derine, die erin toestemde mijn opzoekingen als promotor te leiden, ben ik diepe erkentelijkheid verschuldigd om de eer die hij mij hierdoor gunde en om zijn steeds bereidwillige steun.

Tegenover de leden van de aggregaatsjury, – de heer decaan Professor Z. van Hee, de heer decaan Professor G. van Hecke, Professor R. Derine, Professor A. Rubbens, Professor L. Goffin, – is het me een aangename plicht mijn dankbaarheid te betuigen voor de welwillende aandacht waarmede zij voorliggend proefschrift gelezen hebben en voor hun opmerkingen die mij kostbaar zijn geweest.

Heel speciaal wil ik hen nog danken die, tijdens de voorbije maanden, nuttige suggesties hebben gedaan tot aanvulling en uitdieping van mijn thesis. Ik denk hier vooral aan Mr. D.J. Veegens, advocaat bij de Hoge Raad, aan Raadsheer A. de Vreese van het Hof van cassatie, aan Rector R. Dekkers van de Universiteit van Lubumbashi, aan Professor Fr. Rigaux en aan Mr. Magda Claesen, die mijn handschrift zo welwillend hebben doorgelezen.

Tevens heb ik hier de gelegenheid een diepgevoeld woord van dank uit te spreken aan al de heren Professoren uit de Faculteit der Rechtsgeleerdheid die hebben bijgedragen tot mijn juridische vorming. Zeer in het bijzonder gaat mijn dank naar Professor Z. van Hee die mij, zoals vele anderen, door zijn levend onderricht voor het recht wist te begeesteren, en naar mijn oud-patroon Prof. Mr. G. van Hecke die mijn eerste stappen aan de balie van het Hof van beroep te Brussel leidde, na in het studiecentrum voor buitenlands recht en rechtsvergelijking, samen met Prof. Mr. J. Ronse, mijn belangstelling voor de comparatieve studie van het recht gewekt te hebben.

Evenmin mag ik nalaten aan Professor A. Rubbens, decaan van de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Lovanium Universiteit te Kinsjasa, een zeer oprecht en hartelijk dankwoord te richten. Door zijn daadwerkelijke bijstand en zijn aanmoedigingen en door mij materieel de tijd te gunnen voor mijn opzoekingen stelde hij mij in de mogelijkheid dit proefschrift te voltooien.

Met bijzonder genoegen denk ik terug aan de boeiende dagen toen collega J. Pauwels, thans hoogleraar te Leuven, me in de jeep naar het Kongolese binnenland vergezelde en me zijn enthousiasme voor het Afrikaans gewoonterecht trachtte mee te delen.

Tenslotte wens ik mijn erkentelijkheid te betuigen aan mijn vrouw en aan mijn schoonbroer Jacques voor het typen van het manuscript, en aan de heer C. Desmet van de Standaard Uitgeverij voor zijn taalkundige wenken.

In dit dankwoord mag ik de Commissie voor Publicaties van Leuven-Nederlands niet vergeten voor de edelmoedig toegekende toelage.

Lijst van afkortingen

A.I.M.O.	Affaires indigènes et main d'œuvre ouvrière
A.R.S.O.M.	Academie Royale des Sciences d'Outre-Mer
B.A.	Bulletin Administratif
Ber.	Hof van Beroep te
B.G.B.	Burgerliches Gesetz Buch
B.J.I.	Bulletin des juridictions Indigènes et du droit coutumier
B.O.	Bulletin Officiel
B.R.U.	Bulletin du Ruanda-Urundi
B.T.C.	Bulletin des Tribunaux Coutumiers
B.W.	Burgerlijk wetboek
Cass.	Frans Hof van Verbreking
Codes	*Codes et Lois du Congo Belge,* Piron, P., en Devos, J., Larcier, Brussel, 1960
C.P.C.	Codice di Procedura civile
C.R.A.	Comptes rendus analytiques, Verslagen van de Koloniale Raad
D.I.R.	Decreet op de inlandse rechtbanken
Elisabethstad	Rechtbank van eerste aanleg te
F.S.C.	Selected judgments of the Federal Supreme Court of Nigeria (1956-1961)
Gewestrb.	Gewestrechtbank te
H.G.H.	Hooggerechtshof
I.R.C.B.	Institut Royal du Congo Belge
J.A.A.	Journal of African Administration
J.A.L.	Journal of African Law
J.C.P.	Jurisclasseur Périodique
J.O.	Journal officiel
J.T.	Journal des Tribunaux
J.T.O.	Journal des Tribunaux d'Outre-Mer
Jur. Col.	Revue de doctrine et de jurisprudence coloniales
Jur. Congo	Jurisprudence et droit du Congo
Jur. Etat	Jurisprudence de l'Etat Indépendant du Congo
Leopoldstad	Parketrechtbank van Leopoldstad, jaartal, nummer van het vonnis in de bijlage
Lrd.	Landraad
N.A.C.	Hof van Beroep van Natal
N.J.	Nederlands Juristenblad
N.L.R.	Nigeria Law Reports 1881-1956
Parketrb.	Parketrechtbank te
Pas.	Pasicrisie Belge
R.C.J.B.	Revue critique de jurisprudence belge
Rec. Ac.	Recueil des Cours de l'Academie de droit international
Rev. jud. c.	Revue judiciaire du Congo
Rev. jur. et pol. de l'Union fr.	
Revue	Revue critique de droit international privé

R.J.C.B.	Revue juridique du Congo Belge
R.J.D.A.	Receuil de jurisprudence du droit administratif et du conseil d'Etat, Brussel, Larcier
R.P.	Répertoire pratique de droit belge
R.T.T.	Rolregister gewestrechtbanken
R.W.	Rechtskundig Weekblad
T.P.R.	Tijdschrift voor Privaatrecht
Verbr.	Belgisch Hof van Verbreking
W.	Weekblad van het recht
W.A.C.A.	Selected judgments of the West African Court of Appeal (1930-1961)
W.L.R.	Weekly law Reports (1953-)
W.P.N.R.	Weekblad voor privaatrecht, notarisambt en Registratie
Z.P.O.	Zivil Prozessordnung

Verkort aangehaalde werken

ALLEN, Sir C.K., *Law in the Making*, Oxford, 1946[4], 1958[6]

ALLOTT, A., *Essays in African law*, Londen, Butterworths, 1960

ASSER-SCHOLTEN, Algemeen deel[2]

BERNARD, P., *La notion d'ordre public en droit administratif*, Parijs, 1962

BESSON, A., Vo *Cassation, Répertoire de procédure civile et commerciale Dalloz*, I, 1955

Centrum voor logica, U.L.B., *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, Brussel, 1961. Aangehaald als : *Le fait et le droit*

DANIELS, W.C.E., *The law in West Africa*, Londen, Butterworths, 1964

DRION, J., *Stare decisis, het gezag van precedenten*, M. Nijhoff, 1950

FAYE, E., *La Cour de Cassation, traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, Parijs, 1903

GENY, F., *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parijs, 1899[1], 1919[2], 1954[2]

GLUCKMAN, M., *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, 1955

JEOL, M., *La réforme de la justice en Afrique noire*, Parijs, ed. A. Pedone, 1963

LAGARDE, P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Parijs, 1959

LEWALD, H., Le contrôle des Cours Suprêmes sur l'application des lois étrangères, *Rec. Ac.* 1936, III

MALAURIE, Ph., *L'ordre public et le contrat, Etude de droit comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, Reims, 1953

MARTY, G., *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de Cassation sur les juges du fait*, Parijs, Sirey, 1929

Vo *Cassation, Répertoire de droit civil Dalloz*, 1, 1951

PARK, A.E.W., *The Sources of Nigerian Law*, Londen, Maxwell, 1963

PAUWELS, J.M., *Rechtskeuze en wording van een eenvormige standregel inzake de inlandse rechtbanken te Leopoldstad (Kinshasa), 1925-1960*, Tervuren, Museum voor Midden Afrika, 1967

RABEL, *The Conflict of laws*, IV, 1958

RHEINSTEIN, M., Problems of law in the nations of Africa, *Old Societies and new states, The quest for modernity in Asia and Africa*, uitgegeven door C. GEERTZ, Collier-Macmillan ltd, Londen, 1963

RIGAUX, Fr., *La nature du contrôle de la Cour de Cassation*, Brussel, 1966

RUBBENS, A., *Le droit judiciaire Congolais*, III, Brussel, 1965. (De eerste twee delen zijn in voorbereiding)

RUBBIN en MURRAY, *The constitution and government of Ghana*, Londen, 1961

SCHEYVEN, C., *Traité pratique des pourvois en cassation*, Brussel, Bruylant, 1865

SEYMOUR, S.M., *Native law in South Africa*, Johannesburg, 1960

SIMONT, H., *Des pourvois en cassation en matière civile*, Brussel, 1933 ; hernomen in R.P., Vo *Pourvoi*, IX, 1938

SOHIER, A., *Traité élémentaire de droit coutumier,* Brussel, 1954[2]
STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch Privaatrecht,* Gent, 1962
VEEGENS, D.G., *Cassatie in burgerlijke zaken,* Zwolle, 1959
VERDIER, R., Ethnologie et droits Africains, *Journal de la société des Africanistes,* Parijs, 1963, blz. 105-128
ZAYTAY, I., *Contribution à l'étude dela condition de la loi étrangère en droit international privé français,* Parijs, 1958

Inleiding

„Le droit comprend l'ensemble des coutumes et des lois ; comme tel, il constitue l'armature de la société, il est ‚le précipité d'un peuple' ; ce qui définit un groupe d'hommes, ce n'est ni sa religion, ni ses techniques, ni rien d'autre que son droit. (. . .) Le droit est le moyen d'organiser le système des attentes collectives. . . Les phénomènes juridiques sont les phénomènes moraux organisés."

MAUSS, M., *Manuel d'ethnographie,*
blz. 110-111.

„D'une part, la sécurité indispensable aux intérêts privés, et la stabilité nécessaire des droits individuels, non moins que le besoin d'égalité qui fait le fonds de toute justice, exigent qu'une règle, accréditée par un long usage, avec le caractère d'obligation juridique, s'impose, à l'égal d'une loi, de façon à guider, sans hésitation, l'activité de tous. D'autre part, ce résultat fait écho à un sentiment profond de la nature humaine, qui enveloppe, d'un respect mêlé de crainte, la coutume des ancêtres et redoute de la changer. . .

GENY[2], blz. 345.

„(Een rechter) sal houden die goede ghewoente voir goet recht ; want het is te dencken, wair een zake niet goed, zij worden ghekeert van den wijze, dat zij in gheenre woenten en quaem."

Jan MATTHIJSSENS, Rechtsboek van den Briel,
Oude Vaderlandse rechtsbronnen, blz. 5

1. DE CASSATIE WAS ONBEKEND IN HET AFRIKAANS GEWOONTERECHT. Na verduidelijking van de opzet van dit werk moeten in deze inleiding de aangeboorde bronnen opgegeven worden. Eerst zullen nochtans enkele sleutelwoorden toegelicht worden : cassatie, Afrikaans gewoonterecht, vernietiging en gewoonterechtbanken.

Om een bij het lezen van de titel mogelijk misverstand te voorkomen, moet erop gewezen worden dat de cassatie geen Afrikaans gewoonterechtelijk instituut is. Die instelling is totaal vreemd aan het prekoloniale gewoonterecht, zoals trouwens alle rechtsmiddelen die sinds het Kongolese decreet op de inlandse rechtbanken van 15 april 1926 (nadien dikwijls gewijzigd, de laatste maal bij decreet van 16 december 1959) gebruikt konden worden tegen uitspraken van de gewoonterechtbanken ; het zijn technieken van westers recht. Om deze vaststelling te staven, past hier een kort woord over de rechtsmiddelen in de Kongolese rechtsstelsels voor de Europese inmenging.

De rechtsmiddelen waren over het algemeen niet georganiseerd, hetgeen uitgelegd kan worden door het feit dat op de rechters tijdens de eerste aanleg dikwijls toezicht werd uitgeoefend door speciale dignitarissen (bijvoorbeeld bij de Zimba en de Luba van Mulongo) of door raden (bijvoorbeeld bij de herders van Kivu en de Yeke) (1). Er dient ook opgemerkt te worden dat het gezag van gewijsde, door Romeinse juristen uitgedacht, onbekend was in het Afrikaans gewoonterecht. Ter illustratie volgt een passus uit een uitstekende studie van J. MERTENS over één van de talrijke Kongolese rechtsstelsels. (2)

Bij de Oost-Kongo bestonden er geen geïnstitutionaliseerde rechtbanken. De arbiters waren derden die een van de clans in geding aanstelde om toezicht uit te oefenen op de openbare orde en de bestaande rust, en aan wie aldus de macht werd toegekend om alle geschillen tussen de leden van de clans in geding te beoordelen, telkens wanneer zij hiertoe door de ouderen werden gelast. Het was dus geenszins het hoofd dat overal en altijd te waken had over de orde in de clan en de openbare rust.

> „Il existe un moyen légal de récuser une sentence, c'est de se pourvoir en appel contre la décision d'une première cour, *zoonzulula*, traiter à nouveau des affaires déjà traitées une première fois.
>
> Des cas cités plus haut, il appert combien illusoire est l'illusion de ceux, qui veulent à tout prix, retrouver différents degrés de juridiction, chez les Bakongo orientaux. L'arbitre au tribunal d'appel n'y remplit d'autre rôle que celui d'amiable compositeur. De plus, sauf le cas de transaction expresse, rien n'oblige à s'incliner

(1) SOHIER, A., Notes sur l'organisation et la procédure judiciaires coutumières des indigènes du Congo Belge, *Africa*, 1940, blz. 25. Over de traditionele rechtspleging in het algemeen : infra, nr. 127.

(2) MERTENS, J., La juridiction indigène chez les Bakongo orientaux, *Kongo-Overzee*, XVI, blz. 97 v.

devant la conciliation, qu'a tentée un arbitre ou un collège arbitral. On reste libre de se présenter devant d'autres pour faire réarbitrer, jusqu'à ce que l'on trouve une solution de conciliation admise par tous les partis.

Toutes les cours de justice coutumière appartiennent à une même classe, se composent d'un personnel identique, leur ressort, le même pour tous, est déterminé par les usages. S'il fallait trouver un équivalent dans les juridictions européennes, on pourrait citer dans l'organisation judiciaire civile les diverses chambres d'un même tribunal ; parmi les tribunaux ecclésiastiques, les diverses *turmae* du tribunal de la Rote dans la cité vaticane. Mais il est des points, où cette correspondance ne se retrouve plus. Ces diverses chambres, ou ces diverses *turmae*, reconnaissent un président commun, chose inconnue aux collèges d'arbitres coutumiers. De plus, ces divers groupements de juges ne constituent nullement sur le continent européen une cour de justice temporaire, ce qui est la règle en droit kongo.

Surtout ces groupes de juges européens n'ont aucun droit de contrôler les décisions prononcées par un groupe de collègues, chose qui est bien le cas ici. En un mot, on ne trouve pas de hiérarchie entre les magistrats judiciaires.

La voie de recours à un autre groupe de conciliateurs, ou à une autre cour arbitraire, en vue de faire réformer par une juridiction, dite d'appel, une décision rendue en premier ressort, est de droit commun à tout condamné en ces parages.

L'interjection d'appel sera recevable de la part du suzerain de la lignée mise en tort, du moment où la sentence première a été prononcée. Il incombe à la partie mise en tort, de notifier cette déclaration d'appel à la cour de justice, à la partie gagnante. La chose a lieu immédiatement après la promulgation de la sentence, par une décision du père juridique, après consultation cependant du conseil des pères puînés, dépositaires eux aussi du droit de la lignée.

La jurisprudence kongo voit dans ce recours, rare sans doute, mais possible, le triple avantage que voici : l'appel prête une arme contre la négligence de la cour de justice, contre la partialité des arbitres, contre la malice enfin de certains conciliateurs. Le mis en tort escompte que tel supplément d'instruction, ordonné par le nouveau collège, l'informera mieux, et dès lors, le voici à même par son arrêt, de mettre à néant (*tolula nnkanu*) cette première décision.

Tant que ce collège d'appel n'a pas rendu son arrêt, les effets de cette première décision restent suspendus, ainsi que le droit d'exercer une violence légale sur la personne mise en tort en première instance. (. . .)

Supposons, comme dans le cas cité, que le défendeur, mis en tort par la juridiction de première instance, vienne à obtenir gain de cause devant la juridiction d'appel, ce fait n'infirme pas le droit, que possède la partie opposée, d'interjecter appel contre ce jugement de la cour d'appel. Une suite de procès sans fin n'est guère à redouter. Les frais fort élevés, nous en dirons un mot ci-dessous, s'opposent à un enchaînement pareil. (. . .)

Aucune cause n'exige qu'appel soit interjeté d'office contre des décisions rendues par une cour arbitrale. La cour d'appel se compose d'un nombre indéterminé d'arbitres au gré des partis en litige. Les membres des cours d'appel ne se distinguent en rien des membres des autres collèges de conciliateurs, collèges dont ils feront partie en une autre occasion. On en appelle d'un groupe choisi d'arbitres, à un autre groupe d'arbitres, et non, d'une juridiction inférieure à une juridiction

supérieure. De là résulte l'impossibilité pour le justiciable Kongo, de faire décider d'emblée par une cour d'appel, une contestation qui n'a pas subi l'épreuve d'une juridiction de première instance.

La manière de procéder de la cour d'appel ne se distingue en rien de la façon de procéder des cours de justice, décrite dans les pages qui précèdent."

Hierbij laten we het wat de rechtspleging in beroep in het oude procesrecht van de Oost-Kongo betreft. Ze werd samen met alle andere traditionele procesrechtsstelsels diep gewijzigd door het vermelde decreet van 1926 op de inlandse rechtbanken, dat een aantal eenvormige procesregels oplegde, waaronder die omtrent de rechtsmiddelen.

2. GEWOONTERECHT IN HET ALGEMEEN. Wat moet er in afwezigheid van een wettelijke bepaling onder Afrikaans gewoonterecht verstaan worden (3) ?

Onder gewoonte wordt verstaan het feit, dat een persoon of de leden van een gemeenschap in bepaalde omstandigheden doorgaans op gelijke wijze handelen. Zo beschouwd geeft de gewoonte niets anders aan dan een toestand, zonder enige normatieve bijsmaak ; in die zin wordt het woord gebruikt wanneer geconstateerd wordt dat een man de gewoonte heeft iedere dag een wandeling te maken of dat het Kongolese volk gewoon is als hoofdbestanddeel van een maaltijd maniok te gebruiken. Er zijn echter in iedere gemeenschap gewoonten aan te wijzen, die naast feitelijke ook normatieve kracht hebben, die regels zijn, waarnaar de leden der gemeenschap zich te gedragen hebben. Hierbij hebben we op het oog niet regels van moraal, die wel vaak in de vorm van gewoonte zullen voorkomen maar die hun dwingende kracht toch van elders hebben, maar regels *van fatsoen.* Zo is bij de meeste stammen de man verplicht de ogen af te wenden indien hij bij toeval zijn schoonmoeder ontmoet, een verplichting waarop wel degelijk een sanctie staat, in zoverre dat hij bij opzettelijke overtreding als een onfatsoenlijk mens zal worden gemeden. Tenslotte zijn er gewoonten waarvan de naleving door een rechtsnorm wordt verzekerd. Een rechtsnorm is een norm waarbij bepaalde handelingen worden voorgeschreven die meer bepaald en in zekere mate uitsluitend met een bepaalde persoon of een bepaalde gemeenschap in verband gebracht wordt. Er zijn normen die niet alleen voorschrijven bepaalde gewoonten als gedragsregels te aanvaarden maar die tevens aan bepaalde natuurlijke of rechtspersonen het recht verlenen overeenkomstig

(3) De Ghanese *House of Chiefs act* bevat volgende bepaling van het gewoonterecht : „any uncodified rule or rules having the force of law and not repugnant to the laws of Ghana, where by rights and correlative duties fortified by established usage have been acquired or imposed, and include any declaration of customary law published from time to time in the Gazette."

die gewoonten te handelen, resp. van anderen dergelijke handelingen te eisen. Die normen vormen tezamen het gewoonterecht.

Sinds Henry MAINE zijn boek uitgaf over *ancient law* en sinds men over *primitief recht* ging schrijven, zit de term gewoonterecht de antropologen dwars (4). DE JOSSELIN de JONG stelde dan ook in 1948 eenvoudigweg voor de term overboord te werpen, en slechts van *recht* te spreken (5). Vanuit antropologisch standpunt snijdt dit voorstel hout. De rechtsgewoonte is inderdaad een autonome rechtsbron. Theoretisch heeft ze volkomen dezelfde kracht als de wet, al plaatst tegenwoordig haar technische onvolmaaktheid ze soms practisch in een ongunstiger positie (6). In tegenstelling tot de antropoloog, kan de moderne jurist de term echter niet missen omdat hij tussen de twee gelijkwaardige rechtsbronnen het formele onderscheid moet maken tussen overheidsrecht en rechtsgewoonten.

Sommigen breiden het begrip gewoonterecht in enge zin (namelijk : rechtsnormen, ontstaan door het regelmatig en langdurig op een bepaalde wijze handelen door de betrokken personen ; *„standardized patterns of behaviour of a certain group"*, zeggen de antropologen) (7) ten onrechte uit tot alle recht dat niet rechtstreeks afkomstig is van de wetgevende organen, en rekenen er dus ook bijvoorbeeld het jurisprudentierecht (8) en de wetenschap onder.

Gewoonterecht in enge zin blijft zijn karakter behouden wanneer het wordt opgetekend, mits optekening niet in de vorm van een wet geschiedt. Erkenning van een gewoonterechtelijke norm door de jurisprudentie doet het gewoonterechtelijk karakter evenmin verloren gaan. Een van de essentialia van het gewoonterecht is immers, dat het een materieel element bevat, bestaande uit een reeks handelingen ; welnu, als de gewoonte wordt opgetekend, gaat de verbindende kracht niet berusten op die – op zichzelf juridisch irrelevante – optekening, maar blijft ze berusten op het geregeld-zo-

(4) HARTLAND, E.S., *Primitive law*, Londen, 1924 ;
VAN VOLLENHOVEN, C., *Het adatrecht van Nederlandsch-Indië*, 1918 en 1931[2] ;
MALINOWSKI, B., *Crime and custom in savage society*, Londen, 1926 ;
HOGBIN, H.J., *Law and order in Polynesia. A study of primitive legal institutions* Londen, 1934 ;
DIAMOND, A.S., *Primitive law*, 1935 ;
THURNWALD, R., *Werden, Wandel und Gestaltung des Rechtes im Lichte der Völkerforschung*, 1934 ;
MAUSS, M., *Manuel d'ethnographie*, Parijs, 1947 ;
RADCLIFFE BROWN, A.R., Primitive law, *Encyclopaedia of the Social Sciences* IX (1933) ;
SEAGLE, W., Primitive law and professor Malinowski, *American Antropologist*, 1937, blz. 280.

(5) DE JOSSELIN DE JONG, J.P.B., *Customary law (a confusing fiction)*, Amsterdam, Uitgave van het Indisch instituut, 1948, blz. 8.

(6) KAMPHUISEN, P.W., *Gewoonterecht*, Den Haag, 1935, blz. 92.

(7) GLUCKMAN, blz. 236. Hij spreekt over het Lozi-gewoonterecht van *„usual practice (. . .) though it has too an ethical value that it ought the followed"*.
HOEBEL, E.A., *Man in the primitive world*, New York, 1958[2], blz. 67. Hij schrijft : *„Customs are social norms statistically identified."*

(8) REGLADE noemt de rechtspraak *„Le droit coutumier contemporain"*, in : *La coutume en droit public interne*, blz. 133.

handelen ; heeft echter een wet de norm geformuleerd, dan is het-zo-handelen zonder betekenis geworden en heeft het gewoonterechtelijk karakter dus afgedaan. De jurisprudentie eindelijk schept in beginsel niet het gewoonterecht, maar constateert het slechts (9).

Maar, hoe het ook zij (10), *als bruikbare werkhypothese* kan voor een jurist gelden dat het recht in een bepaalde maatschappij het aspect van de sociale controle is dat uit de gerechtelijke activiteit bestaat, uit de werking van de rechtbanken dus. Het woord *werkhypothese* weze nochtans onderstreept, om elk protest uit de rechtstheoretische hoek te vermijden.

Klassiek is de formulering van CARDOZO geworden, volgens dewelke recht is *„a principle or rule of conduct so established as to justify a prediction with reasonable certainty that it will be enforced by the courts if its authority is challenged"* (11). SALMOND schreef dat alle rechtsregels, welke ook hun oorsprong weze, erkend en toegepast worden door de rechtbanken en dat geen normen erkend worden door de rechtbanken indien het geen rechtsnormen zijn, en dat men daarom naar de rechtbanken moet gaan om te weten wat het recht is (12).

Bij hun werking kunnen de rechtbanken een beroep doen op de bevelen van de gezagdragers, van de wetgever (het overheidsrecht, de wetten) van de maatschappij waarin ze hun werkzaamheid uitoefenen ; *rechtsstelsel van geschreven recht* noemt men die stelsels waarin de wetten het voornaamste werktuig van de rechtbanken vormen. In een *gewoonterechtelijk* stelsel inspireren de rechtbanken zich vooral op de gedragingen van de rechtsonderhorigen ; het gewoonterecht kunnen we het geheel van de gedragingen noemen die door de rechtbanken in beschouwing worden genomen.
Ook in een stelsel van geschreven recht trouwens kunnen de rechtbanken rekening houden met de gebruiken en gedragingen van de rechtsonderhorigen, zoals ze zich ook inspireren op vroeger gewezen gerechtelijke uitspraken, adviezen van rechtsgeleerden, enz.

3. AFRIKAANS GEWOONTERECHT IN EEN EERSTE BETEKENIS VAN HET WOORD. In de Afrikaanse context is de oorspronkelijke betekenis van het woord gewoonterecht *het geheel van de gewoonterechtsstelsels* van de Afrikaanse gemeenschappen die van kracht waren voor de Europese inmenging. Voor de komst van de Europeanen was een bepaald aantal – familiale,

(9) KAMPHUISEN, P.W.,*Gewoonterecht*, Den Haag, 1935, blz. 107 en 124. Contra : PLANIOL, *Traité Elémentaire*, nr. 14.
(10) *„Those of us who have learned humility have given over the attempt to define law"*, schreef M. RADIN (A restatement of Hohfeld, *Harvard law Review*, vol. 51, 1938, blz. 1141),
(11) CARDOZO, B.N., *The growth of the law*, blz. 52.
(12) SALMOND, J.W., *Jurisprudence*, blz. 49.
(13) Voor een beknopt overzicht zie : VANSINA, Jan, *Introduction à l'ethnographie du Congo*, Edition Universitaire du Congo, 1966.

lokale, politieke – gemeenschappen gevestigd op het grondgebied van de huidige Democratische Republiek Kongo (13). Elk van die gemeenschappen had zijn eigen recht, hoewel er gemeenschappelijke trekken waren met de andere rechtsstelsels van zwart Afrika (14).

De meeste antropologen zijn het er thans over eens dat de rechtsvordering zelfs in de schriftloze gemeenschappen verschilt van de godsdienstige en economische sancties, verschilt ook van de moraal, van de druk die ontstaat door andermans lof of blaam (15). Haar bijzondere kracht komt voort uit het gezag van hen die handelen en, in elk specifiek geval, van de algemene instemming met hun handelwijze.

Het recht onderscheidt zich van het gebruik in die zin dat het rechtstreeks of onrechtstreeks opgelegd wordt door de gemeenschap en dat dit onderscheid door de bevolking erkend wordt (16). Aangenomen wordt dat een gedragsregel een rechtsregel is indien hij door een rechtstreekse en georganiseerde sociale sanctie opgelegd wordt (17), of eenvoudiger : er is recht, wanneer een erkende gezagdrager beslissingen neemt krachtens constante, door de gemeenschap aangenomen regels. Men moet zelfs niet op het verschijnen van „rechtbanken" wachten opdat de toepassing van erkende regels voor rechtsherstel en bestraffing van misdrijven uit een rechtsvordering zouden voortvloeien. Het „arbitraal college" uit Neder-Kongo bijvoorbeeld was gevormd uit specialisten op wie de partijen een beroep deden wegens hun intellectuele hoedanigheden, hun kennis van de regels en hun invloed, en wier beslissing een recht toekende aan de winner van het proces. De antropologische studies tonen aan dat ook oeroude volkeren al oog hadden voor het gevaar dat schuilt in de ongebreidelde private wraakneming, die in vete en private strijd ontaardt en dat dit besef ervoor zorgde dat voor de oplossing van dit probleem niet gewacht werd tot er een politieke structuur voorhanden zou zijn, met bijvoorbeeld een centraal gezag.

(14) ALLOTT, in het bijzonder het derde hoofdstuk : „The unity of African law". Over de oorspronkelijke kenmerken van het Afrikaans recht : VERDIER, blz. 106-111, en passim.

(15) In de geest van de Afrikaanse mens bestaat er nochtans geen onderscheid, VERDIER, blz. 111 doet opmerken :
„Pour l'Africain, il n'y a pas une pluralité de coutumes, la coutume religieuse, morale, juridique . . . il y a la coutume, au sens plein du mot, de règle de vie – ou pratique – obligatoire, qui, selon l'ordre naturel ou surnaturel, est sanctionnée, dans un cas par le Droit et la Morale, dans l'autre par la Religion, ou par les deux à la fois, quand les deux ordres concourent. Distinguer l'une et l'autre coutume dans leur principe, c'est introduire une division qui n'existe pas dans la mentalité traditionelle".

(16) GREEN, M.M., *Ibo village affairs*, London, 1958, blz. 78 ;
HOEBEL, E.A., Law and Anthropology, *Virginia Law Review*, vol. 32 (1946), blz. 836-854.

(17) MALINOWSKI, B., *Family life of the Australian Aborigenes*, London, 1918, blz. 11 : „elke gedragsregel die door een rechtbank opgelegd zou worden".
HOEBEL, E.A., *Man in the primitive world*, New York, 1958 , blz. 471 : „A law is a social norm the infraction of which is sanctioned in threat or in fact by the application of physical force by a party possessing the socially recognized privilege of so acting".

4. KONGOLEES GESCHREVEN RECHT EN VOORTLEVEND AFRIKAANS GEWOONTERECHT.

TWEEDE BETEKENIS. De in 1885 opgerichte onafhankelijke Kongostaat en later ook de kolonie Belgisch Kongo (1908-1960) – twee maatschappijen van staatkundige aard – bezaten een in beginsel volledig juridisch systeem van Frans-Belgisch type (18). Vermeld moeten worden het Burgerlijk wetboek (drie verschillende boekdelen, afgekondigd tussen 1895 en 1920), het strafwetboek van 1888-1889 (aangepast in 1940), het wetboek van gerechtelijke inrichting en bevoegdheid en dat van burgerlijke en strafrechtspleging (1958, in vervanging van de teksten van 1886 en 1923).

Het dualisme dat een kenmerk is van het koloniale en van het huidige Kongolese recht, is te wijten aan het feit dat de inlandse gewoonterechtsstelsels verder toegepast werden en dat de koloniale wetgever de rechtsgewoonten gedeeltelijk in stand hield (19). ALLOTT laat opmerken : „*the Belgians cautiously imitated the British in the Congo.*" (20) In de Britse gebieden waren inderdaad van meet af de inlandse rechtsgewoonten (*native law and custom*) een belangrijke rechtsbron geweest. In de zaak *In re Southern Rhodesia* (1919) A.C. 211 drukte de *Privy Council* het als volgt uit :

> „(. . .) there are indigenous peoples whose legal conceptions, though differently developed, are hardly less precise than our own. When once they have been studied and understood they are no less enforceable than rights arising under English law." (21)

In de Portugese gebieden daarentegen leidde een sterke wil tot assimilatie tot het opleggen van het geheel van de moederlandse wetgeving. Pas sinds 1907 mocht het coutumiere familie- en grondenrecht toegepast worden. Het decreet van 1894 op de gerechtelijke inrichting had echter geen inlandse rechtbanken ingesteld, en pas in 1926 werd een bijzondere gerechtelijke organisatie voor de inlanders opgericht, het „*foro privato*", dat echter alleen lagere rechtbanken telde. In 1954 kwam men terug tot de oorspronkelijke toestand van één enkele gerechtelijke organisatie, zonder inlandse deelneming ; de lagere rechters (in feite de gewestbeheerders, of aangestelde ambtenaren) konden door twee inlandse bijzitters ingelicht worden over de rechtsgewoonten (22).

(18) Er waren nochtans enkele belangrijke leemten : de nalatenschappen, testamenten en schenkingen en de huwelijksgoederenstelsels werden nooit behandeld.

(19) PAUWELS, J.M., La constitution du Congo et le droit coutumier, *Etudes Congolaises*, VII/9, 1964, blz. 9.

(20) in : *Africa, a handbook to the continent*, uitgegeven door COLIN LEGUM, London, Anthony Blond Ltd., 1961, blz. 440. Zie verder nr. 315.

(21) Aangehaald door ALLOTT, blz. 13.

(22) VANDERLINDEN, J., *Essai sur les juridictions de droit coutumier dans les territoires d'Afrique Centrale*, Koninklijke Academie voor koloniale wetenschappen, verhandelingen in 8° nieuwe reeks, Boek XX, 2 afl., blz. 15 v.

De Fransen huldigden eveneens een assimilatiepolitiek, maar verleenden toch een beperkte erkennig aan de inlandse rechtbanken. SOLUS schreef over „*le salutaire principe du maintien des institutions privées traditionnelles en Afrique*" (23). In artikel 82 van de Franse grondwet van 27 oktober 1946 klonk het : „*Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.*" In artikel 75 van de grondwet van 4 oktober 1958 : „*Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.*" (24)

Schematiserend mag gezegd worden dat in Kongo de Afrikaanse privaatrechtelijke rechtsgewoonten voor het merendeel erkend werden, terwijl de publiekrechtelijke grotendeels afgeschaft werden. Zo werd het gewoonterechtelijk strafrecht afgeschaft, met uitzondering nochtans voor de in Europese ogen kleine misdrijven (art. 13 en 19 tot en met 24, D.I.R.) (25). Het gewoonterechtelijk publiekrecht werd slechts op het niveau van het lokaal bestuur behouden (Decreet van 10 mei 1957). Het geheel van die „gewoonten" (*les coutumes*), of beter dus van die gewoonterechtsstelsels is het, dat met wijzigingen en aanpassingen het ontstaan heeft gegeven aan het huidige gewoonterecht. In de Afrikaanse context is de huidige betekenis van het woord gewoonterecht : *de traditionele Afrikaanse bijdrage tot het rechtsstelsel van een Afrikaanse staat.* Zoals de meeste Afrikaanse staten wordt Kongo immers beheerst door een ingewikkeld rechtsstelsel. Een geschreven recht van westerse oorsprong is er van kracht, benevens vele gewoonterechtsstelsels die hun wortels hebben in het prekoloniale recht, maar die diep gewijzigd werden door de economische omstandigheden en die overhoop werden gehaald door de koloniale druk.

5. HET KONGOLESE GEWOONTERECHTSSTELSEL.

DERDE BETEKENIS. Het hedendaags Kongolese rechtsstelsel kan als volgt geschematiseerd worden (26) :

A. *Een algemeen (geschreven) recht* is toepasselijk op alle rechtsonderhorigen van de Republiek ; bijvoorbeeld : het grondwettelijk recht, het geschreven strafrecht, de arbeidswetgeving.

(23) SOLUS, H., *Traité de la condition des indigènes en droit privé,* Sirey, 1927, nr. 186 v.

(24) Over de dualiteit van de statuten zie : LUCHAIRE, Fr., *Droit d'Outre-mer et de la coopération,* Parijs, P.U.F., 1966, blz. 388. Over de toepassing van het persoonlijk statuut van plaatselijk recht : *ibid.*, blz. 289-294.

(25) Naar inlandse ethiek zware misdrijven, zoals overspel van de vrouw, bloedschande en heiligschennis, bleven strafbaar door de gewoonterechtbanken ; kunstmatig werden echter door een bevoegdheidsregel de straffen te licht gehouden. Cfr. infra, nr. 98.

(26) Het onderscheid komt voor bij PAUWELS, blz. 516.

B. *Bijzondere rechtsstelsels* : een geschreven recht van Europese oorsprong, bijvoorbeeld het burgerlijk wetboek, staat op voet van gelijkheid (27) met de rechtsstelsels van Afrikaanse oorsprong, bijvoorbeeld de Mongo-rechtsgewoonte, de Lunda-rechtsgewoonte, de stedelijke gewoonte van Kinsjasa. De gewoonterechtsstelsels worden overspannen door *het gewoontenoverkoepelend recht,* dat de op alle rechtsgewoonten toepasselijke wetgeving bevat en de jurisprudentiële beginselen van algemene orde (28).

De keuze tussen die bijzondere rechtsstelsels wordt in iedere aparte rechtsverhouding gedaan door een wilsdaad, of aan de hand van *wettelijke* verwijzingsregels (bijvoorbeeld : de grondenregistratie leidt tot toepassing van het burgerlijk wetboek), of van *jurisprudentiële* verwijzingsregels (hypothetisch voorbeeld : het bijzondere gewoonterechtsstelsel dat een huwelijk beheerst, is dat van de vrouw) (29).

Wanneer nu gezegd wordt dat in beginsel noch het bijzondere recht van westerse oorsprong noch het algemene recht als zodanig toegepast mogen worden door de gewoonterechtbanken, en ook dat de zogeheten rechtbanken van geschreven recht in de praktijk de zaken waarin een bijzonder recht van Afrikaanse oorsprong hoort toegepast te worden, verkozen te verzenden naar de bevoegde gewoonterechtbanken, wordt een tweede karakteristiek van het Kongolese recht aangeraakt.

6. DE GEWOONTERECHTBANKEN. Een tweede kenmerk van het Kongolese recht is immers de dualiteit van de rechterlijke orde (30). Eensdeels heeft men de zogeheten rechtbanken van geschreven recht (politierechtbanken, districtsrechtbanken, rechtbanken van eerste aanleg, Hoven van beroep en weldra een Hoogste Gerechtshof), en anderdeels sinds 1926 de gewoonterechtbanken (die nu hoofdij-, sector- en gemeentelijke rechtbanken, gewest- en stadsrechtbanken heten). Deze laatsten vertonen met hun circa 300.000 tot 400.000 vonnissen per jaar een aanzienlijk belang voor de juridische aspecten van het leven van de burgers van de Kongolese republiek, waarvan de grote meerderheid niet onderworpen zijn aan het burgerlijk wetboek (31). Voor Nigeria werd een zelfde vaststelling gedaan.

(27) Cfr. FORSTER, I., La place de la coutume indigène dans le droit moderne de la République du Sénégal, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft,* januari 1964, blz. 18 : „(. . .) *nous gardons notre foi intacte en la coutume que nous plaçons sur un pied d'égalité avec les lois de notre Droit moderne*".

(28) Over de keuze van wetgeving (*l'opinion de législation*) zie : LUCHAIRE, Fr., *op. cit.*, blz. 293.

(29) Een voorbeeld uit de rechtspraak : de plaatselijke gewoonte regelt de rechten van derden op de oogst van een veld (Centumrb. Jadotstad, 11 september 1950, *J.T.O.* 1952, 25.

(30) Cfr. ALLOTT, blz. 260.

(31) Typerend hiervoor is ook wel de levendige belangstelling in de kranten voor de gedingen die zich voor de gewoonterechtbanken afspelen. Geregeld verschijnen gerechtelijke kronieken over de behandelde zaken, maar niet over de gedingen voor de zogeheten rechtbanken van geschreven recht.

„These courts, as we shall see, are of immense importance throughout Nigeria except for the Federal Capital, if only because they handle about 90 per cent of all the work reaching the courts of the country and almost all the litigation arising from marriage and inheritance matters." (32)

Zoals we al zegden mogen de gewoonterechtbanken het bijzondere recht van westerse oorsprong niet toepassen. Ze beoordelen de geschillen tussen autochtonen uit Kongo en naburige streken *„à condition que les contestations ne doivent pas être tranchées par l'application des règles du droit écrit"* (artikel 11, D.I.R.). Ze zijn dus te rangschikken in de categorie gespecialiseerde rechtbanken met beperkte bevoegdheid. De zogeheten rechtbanken van geschreven recht zijn daarentegen steeds bevoegd geweest om de bijzondere rechtsstelsels van Afrikaanse oorsprong toe te passen (33), alhoewel ze dat zelden gedaan hebben ; ze verkozen, zoals gezegd die zaken over te laten aan de inlandse rechtbanken, die veel beter van dit recht op de hoogte waren (34).

Soms deden ze het nochtans. Bijvoorbeeld : Rb. Leopoldstad 3 oktober 1958, *J.T.O.* 1959, 130, die in zake contracten de stadsgewoonte toepaste. Soms ook waren ze verplicht een bijzonder recht van Afrikaanse oorsprong toe te passen. Indien een geïmmatriculeerde bijvoorbeeld een gewoonterechtelijk erfrecht vorderde en een geding aanhangig maakte voor een rechtbank van geschreven recht, kon die de zaak niet aan een gewoonterechtbank overlaten, omdat op grond van artikel 10 bis D.I.R. geen enkele bevoegd zou geweest zijn. Opgemerkt moet nog worden dat sinds 1960 in elk geval verwijzing is uitgesloten, indien de verweerder zich hiertegen verzet (artikel 137, wetboek van gerechtelijke inrichting).

In eerste aanleg mocht in Nigeria een rechtbank van geschreven recht daarentegen niet kennis nemen van een gewoonterechtelijke zaak, indien er een bevoegde inlandse rechtbank bestond.

„The original jurisdiction of the High Courts in the Region is limited in two important particulars. The Northern High Court may not try a case at first instance where the issue is concerned with title to land or any interest in land if there is a native court with jurisdiction. Additionally, nowhere in Nigeria may a High Court dispose at first instance of a case involving marriage, family status, guardianship of

(32) BLITZ, L.F., *The politics and administration of Nigerian government*, London, 1965, blz. 176.
(33) Het eerste lid van artikel 57 van de grondwet van 1967 bevestigt dat nu impliciet.
(34) Cfr. SOHIER, J., Sur la compétence „ratione personae" en matière de droit civil coutumier, *B.J.I.*, 1959, blz. 1 ; Les juridictions européennes au Congo et le droit coutumier, *J.T.O.*, 1953, blz. 65.
Districtsrb. Tanganyika, 31 juli 1941, *R.J.C.B.* 1942, blz. 35, met noot ; Ber. Elisabethstad, 9 februari 1943, *R.J.C.B.* 1943, blz. 50 ; Leopoldstad, 1 september 1951, *J.T.O.*, 1952, blz. 97 met noot ; Stanleystad, 13 maart 1951, *J.T.O.* 1952, blz. 109 ; Leopoldstad, 11 april 1951, *R.J.C.B.* 1952, blz. 173 ; *J.T.O.* 1952, blz. 49, met noot ; Stanleystad, 5 februari 1954, *J.T.O.* 1955, blz. 23 met noot ; Leopoldstad, 10 juni 1955, *R.J.C.B.* 1956, ; Stanleystad, 18 juni 1958, *J.T.O.* 1959, blz. 14.

children, inheritance or succession if there is a customary court with jurisdiction. The effect of these provisions is to ensure that wherever possible, Nigerians will be able to settle matters of personal law in the customary courts and that the administration and content of customary law will not be adversely affected or modified by exposure in the High Court to the pleading of professional lawyers whose training and legal education may not have equipped them to interpret custom effectively. The High Courts, of course, all exercise jurisdiction over this type of case on appeal from the customary courts, but at this stage in the proceedings the issue at customary law has usually been defined and the danger that some other law extraneous of the custom might be introduced is correspondingly reduced." (35)

De gewoonterechtbanken maken een rechterlijke orde uit, gescheiden van de rechterlijke orde van geschreven recht. Wat die scheiding betreft zijn er twee uitzonderingen, waarover in een volgend hoofdstuk zal gesproken worden : a) in bepaalde gevallen neemt de districtsrechtbank – een rechtbank van geschreven recht – *in beroep* kennis van de in eerste aanleg gewezen vonnisen van de gewest- of stadsrechtbank ; b) in alle gevallen kan zij *als vernietigingsrechtbank* kennis nemen van de vonnissen van de gewoonterechtbanken.

7. HET TOEZICHT OP DE GEWOONTERECHTBANKEN EN DE RECHTSMIDDELEN TEGEN HUN VONNISSEN. DE VERNIETIGING. Daar de rechters van die rechterlijke orde geen in speciale instituten gevormde juristen zijn, werd een algemeen toezicht over de gewoonterechtbanken toevertrouwd aan het openbaar ministerie. Alzo heeft het parket in theorie de mogelijkheid invloed uit te oefenen op het leven van het gewoonterecht. Niet alleen heeft het toezicht op hun werking, maar ook geeft het de rechtbanken alle richtlijnen die noodzakelijk zijn voor een goede rechtsbedeling, – dit langs de gewestbeheerder of de eerste burgemeester om. Het bezit het recht op de rechtbank inzage te verkrijgen van de registers en alle andere stukken, en eensluidende kopij te vragen van elk vonnis. Die opdracht hebben ook de voorzitter en de ondervoorzitters van de gewest- of stadsrechtbanken ; in Leopoldstad werd op dit niveau een controlebureau opgericht waar de vonnissen van alle gemeentelijke rechtbanken gelezen worden, en dat bij delegatie het voormelde toezicht uitoefent.

Om meer rechtstreeks de werking van de gewoonterechtbanken te beïnvloeden, bestaan er anderzijds vier middelen : de evocatie, de herziening, het beroep en de vernietiging ; zij werden aan bepaalde rechtbanken toevertrouwd. Het recht van evocatie en van herziening behoren aan de voor-

(35) BLITZ, *op. cit.*, blz. 180. Over een geval waarin de zaak aanhangig werd gemaakt voor een rechtbank van gerecipieerd recht, maar verwezen werd naar de inheemse rechtbanken : ALLOTT, blz. 248.

naamste hoofdij- en sectorrechtbanken, aan de gewest- en stadsrechtbanken, volgens artikel 14 en 15 D.I.R. (36). De evocatie van een zaak is mogelijk vanaf het ogenblik dat ze voor de bevoegde lagere rechtbank aanhangig werd gemaakt ; het begrip is hier ruimer dan in het wetboek van rechtspleging (37). De herziening (art. 14, 15, 32 tot 34 D.I.R.) is de rechtspleging krachtens welke de vermelde rechtbanken de uitspraak van een gewoonterechtbank uit hun ambtsgebied mogen wijzigen ; ze gebeurt op stukken. De procedure wordt op vordering of ambtshalve (38) aanhangig gemaakt, binnen een termijn van drie maanden. Er werd gevonnist dat slechts éénmaal herziening mogelijk is (39). De hogere rechter moet het hele geding beoordelen, is noch aan de perken van de saisine van de eerste rechter, noch aan de termen van het beroep gebonden, en moet de zaak ten gronde afdoen. Sinds het decreet van 16 september 1959 neemt de districtsrechtbank in beroep kennis van de gedingen die in eerste aanleg door een gewest- of stadsrechtbank beoordeeld werden.

De vernietiging tenslotte kan eveneens door de districtsrechtbank uitgesproken worden. Hoger reeds werd de bevoegdheid van de districtsrechtbank in beroep en in vernietiging vermeld. Laatstgenoemde rechtbank werd pas door het decreet van 16 september 1959 in de plaats van de parketrechtbank gesteld ; in 1926 werd door het decreet op de inlandse rechtbanken de vernietigingsbevoegdheid aan de parketrechtbanken toevertrouwd. De inrichting en rechtspleging van die vernietigingsrechtbanken worden verder uitvoerig behandeld.

8. VOORWERP. Dit werk is in hoofdzaak een rechtshistorische studie van de houding die de parketrechters aannamen ten opzichte van de uitspraken van de inlandse rechtbanken. A priori kan men zich afvragen of het zin heeft dat een westers gevormd jurist een rechtsprekende functie uitoefent in de Afrikaans gewoonterechtelijke sfeer. Om dit na te gaan zal bestudeerd

(36) Het recht van evocatie behoorde eveneens aan elke bevoegde rechtbank van geschreven recht. In feite werd dit recht slechts door de politierechtbank in strafzaken uitgeoefend.

(37) Cfr. RUBBENS, n° 267.

(38) Ook wanneer er ambtshalve een herziening plaats grijpt, kan daarna een voorziening in vernietiging ingesteld worden. In de onderzochte rechtspraak vonden we de volgende gevallen :

Ambtshalve herziening door de gewestrechtbank, waarna vernietiging :

Kikwit	1957, 11 :
	1958, 28 :
	1959, 40 en 41 ;
Boma	1958, 118 ;
	1959, 4 ;
Inongo	1958, 14 ; 29.

Ambtshalve herziening door de gewestrechtbank, waarna rekwest en verwerping : Leopoldstad 1958, 46.

(39) Parketrb. Kivu, 15 januari 1951, *J.T.O.* 1951, blz. 189 met noot ; *B.J.I.* 1951, blz. 189, met noot contra.

worden hoe de parketrechters reageerden t.o.v. vonnissen die eensdeels door gewoonterechtbanken gewezen werden, en waarin anderdeels op de feiten in beginsel gewoonterechtelijke normen werden toegepast.

De vernietiging was vóór en tijdens de onderzochte periode – en is in 1967 – geen cassatie, alhoewel men in dit werk zal trachten aan te tonen dat ze ermee vergeleken kan worden. Het woord cassatie in de titel werd gekozen om uitdrukking te geven aan de vraagstelling of de bevoegdheid tot vernietiging van de gewoonterechtelijke vonnissen *de lege ferenda* zou kunnen toevertrouwd worden aan de cassatieafdeling van het Kongolese Hoogste Gerechtshof dat door de grondwet van 1967 in het vooruitzicht gesteld wordt (40). Is het wenselijk dat, bij het opstellen van de organieke wet op het Hoogste Gerechtshof, de vernietiging volledig cassatie zou worden, in die zin dat het Hoogste Gerechtshof de vonnissen van de gewoonterechtbanken zou kunnen verbreken ? Voorafgaandelijk rijst trouwens de vraag of het in de bevoegdheid van een Hof van cassatie ligt toezicht uit te oefenen op gewoonterechtstoepassing.

9. BRONNEN. Voor het opstellen van deze studie werden een vijftienhonderdtal vonnissen gelezen van parketrechtbanken – in hun hoedanigheid van vernietigingsrechtbanken gewezen – samen met de opmerkingen van de procureur des konings en van de procureur-generaal bij het Hof van beroep waartoe zij aanleiding gaven.

De nasporingen gebeurden in de griffies van de parketrechtbanken uit het ambtsgebied van de rechtbank van eerste aanleg van Leopoldstad met zetel in Leopoldstad zelf, in Inongo, Kikwit, Thysstad, Boma en Matadi, en Kenge, waar in 1957 een vernietigingsrechtbank begon te werken. Dat gebied heeft dezelfde grenzen als één van de zes provincies uit het koloniale publiekrecht, de provincie Leopoldstad namelijk (41). Het onderzochte tijdvak liep van 1957 tot en met 1959 (42) ; het geeft een beeld van de optimale werking van de parketrechtbanken in het meest progressieve en levendige rechtsgebied, zodat het een goede basis kan worden voor een prognose in het perspectief van het Hoogste Gerechtshof. De opzet van deze studie is een nauwkeurige en afdoende ontleding van die rechtspraak te geven. In bijlage kan men de

(40) De Kongolese grondwet van 24 juni 1967 (*Moniteur Congolais*, 15 juli 1967, nr. 14). Vervangt de grondwet van 1 augustus 1964, die zelf in de plaats kwam van de fundamentele wetten van 19 mei en 17 juni 1960.

(41) Het koninklijk besluit van 5 februari 1935 schreef voor dat er zes provincies waren en bepaalde de grenzen ervan. Ze werden later gewijzigd door de verordening van 27 augustus 1940 (*B.A.*, blz. 1253) en door het koninklijk besluit van 14 april 1951 (*B.O.*, blz. 538). Cfr. *Codes*, II, blz. 177, De provincies waren verdeeld in districten, de districten in gewesten.

(42) Voor Thysstad werd de rechtspraak van het jaar 1959 niet weergevonden. Voor Kenge bezit men enkel de laatste vijf maanden van 1957 en de laatste maand van 1958. Voor het jaar 1960 bezit men voor Matadi de eerste vier maanden. Slechts sinds 1959 zijn de vonnissen van Matadi afzonderlijk – en niet meer samen met die van Boma – gerangschikt.

tabellen vinden met de uitleg over de wijze van aanhaling van die vonnissen in de tekst.

Ook de in vakbladen uitgegeven vernietigingsrechtspraak buiten het onderzochte rechtsgebied en buiten de beschouwde tijdsspanne werd onderzocht ; de rechtsleer omtrent de Kongolese gewoonterechtbanken en rechtsgewoonten werd nagelezen. Waar het mogelijk was zonder de omvang van dit werk overmatig te doen toenemen, werden vergelijkingspunten met andere Afrikaanse staten gezocht – vooral met de Engelssprekende landen, omdat er tussen Engels- en Franssprekend Afrika tot nog toe zelden aan rechtsvergelijking gedaan werd. De rechtsgeleerde studies over de ontwikkeling en de natuur van de Hoogste Gerechtshoven, vooral op het Europese continent, werden in dit werk betrokken, om er de mogelijke technieken te vinden voor een aanpassing van het in het vooruitzicht gesteld Hoogste Gerechtshof aan de behoeften van het Kongolese rechtsstelsel.

10. PLAN. In titel I wordt vooraf de vernietigingsrechtbank zelf voorgesteld – haar inrichting, haar rechtspleging en haar bevoegdheid – en wordt ook een profiel geschetst van haar toekomstige tegenhanger uit de geschrevenrechtelijke orde, de gerechtelijke afdeling van het Hoogste Gerechtshof, zoals dat profiel naar voren komt uit de Kongolese grondwet van 1967 en zoals het herinnert aan het historisch model, namelijk de Hogere Raad en het Belgische Hof van verbreking. Er wordt bijzonder ingegaan op de fundamentele problematiek van het zogenaamde onderscheid feit-recht.

In titel II worden de vernietigingsgronden belicht, zoals ze uit de onderzochte rechtspraak te voorschijn komen ; steeds worden ze met de cassatiegronden in het voormalige moederland en in andere moderne staten vergeleken. De verdere indeling van de titel *in error in procedendo* en *in judicando* wordt aan het begin ervan uitgelegd.
In het hoofdstuk over de *error in judicando* bij gewoonterechtstoepassing blijkt de behandeling van het probleem van de bevoegdheid van een cassatiehof bij schending of verkeerde toepassing van rechtsgewoonten op zijn plaats.

In titel III wordt een zeer voorname vernietigingsgrond afzonderlijk voor het voetlicht gebracht : schending van de openbare orde. Bedoeld wordt het begrip openbare orde dat voorkomt in artikel 57 van de Kongolese grondwet en in de artikelen 18, 25 en 35 D.I.R. Om de oorspronkelijkheid van dit omstreden begrip te onderzoeken wordt een theoretische studie eraan gewijd, en wordt het namelijk geplaatst in het geheel van de leer van de openbare orde. Welk gebruik de parketrechtbanken ervan hebben gemaakt zal op zijn beurt nagegaan worden. De vraag moet gesteld worden of het verkeerd hanteren ervan een mogelijke cassatiegrond uitmaakt.

Titel I

CASSATIE EN VERNIETIGING

HOOFDSTUK I

HET KONGOLESE HOOGSTE GERECHTSHOF

„La cassation, pièce essentielle de notre système juridique, est l'une de celles, dont la réussite a été la plus complète, et qui a suscité, à l'étranger, la plus grande admiration, couronnée du plus large rayonnement."

Hébraud, P., La loi du 23 juillet 1947 sur la cour de cassation, *Recueil Dalloz 1947,* chronique 32, blz. 1.

Afdeling I DE PREREPUBLIKEINSE RECHTSGESCHIEDENIS

11. DE HOGERE RAAD.

Misschien zal het een geschrevenrechtelijk-gevormd jurist verbazen dat deze studie die gewijd is aan rechtbanken die hoofdzakelijk Afrikaans gewoonterecht toepassen, aangevat wordt met beschouwingen over een instituut dat op het eerste gezicht niets te maken heeft met gewoonterecht. Er weze nochtans aan herinnerd dat een voorganger (1) van het cassatieïnstituut, nl. het *Conseil des parties,* de private raad van de Franse koningen, ontstond in een tijdvak waarin het gewoonterecht op het oude Continent nog overheersend was.

Op 7 januari 1886 werd in de Onafhankelijke Kongostaat een decreet op de gerechtelijke organisatie uitgevaardigd ; het werd aangevuld door een verordening van 14 mei 1886 en door verscheidene latere bepalingen. Afgezien van de inlandse rechtbanken, die op enkele wijzigingen na gehandhaafd bleven (2), kende de gerechtelijke organisatie van de Kongolese staat : een rechtbank van eerste aanleg en territoriale rechtbanken, een rechtbank

(1) VEEGENS, nr. 1. : „Rechtsinstellingen hebben diepe wortels. Op deze regel maakt de cassatie geen uitzondering."
(2) Verordening van 14 mei 1886 ; decreet van 27 april 1889, art. 85.

van beroep, krijgsraden, en tenslotte de Hogere Raad, wiens geschiedenis in de plechtige openingszitting van het Belgische Hof van Verbreking op 1 september 1960 geschetst werd door procureur-generaal HAYOIT de TERMICOURT, die het qua samenstelling en bevoegdheden oorspronkelijk karakter ervan aantoonde (3). Opgericht door het decreet van 16 april 1889 en ingericht bij decreet van 27 april 1889 (4), was de Hogere Raad hoofdzakelijk een Hooggerechtshof, dat wil zeggen : tegelijkertijd een Hof van Verbreking, een Hof van tweede Beroep, een Hof van Beroep en een Hof zetelend in eerste en laatste aanleg. Totdat in 1908 de Koloniale Raad werd opgericht, had hij bovendien als wetgevingsraad adviezen te geven „*sur les questions dont le Roi-Souverain estimait devoir le saisir*". In burgerlijke en handelszaken nam de Hogere Raad als Hof van tweede Beroep kennis van de vonnissen van de Rechtbank van beroep (5) ; dit tweede beroep was slechts ontvankelijk indien de waarde van het geding de som van 25.000 fr. overtrof of indien het geding niet voor schatting vatbaar was. In strafzaken nam hij als Hof van Beroep kennis van de beroepen tegen de vonnissen van de Rechtbank van beroep bij de berechting van rechters of officieren van het openbaar ministerie van eerste aanleg ; hij besliste in eerste en laatste aanleg bij de berechting van rechters of officieren van het openbaar ministerie van de Rechtbank van beroep. Tenslotte nam de Hogere Raad kennis „*comme Cour de cassation, des pourvois dirigés contre tous jugements rendus en dernier ressort, en matière civile ou commerciale, et des prises à parties*" (6). Een arrest diende door vijf raadsheren na verslag en besluiten van een auditeur geveld te worden (7). De voorziening moest gegrond worden op een schending hetzij van de wet, hetzij van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, hetzij op „*la violation du droit des gens*" (8), – dit laatste wegens de onvermijdelijk embryonaire staat van de wetgeving in de eerste jaren van de onafhankelijke Kongostaat. Artikel 83 van het decreet van 4 mei 1891 gaf een praktische oplossing voor het delicate en steeds actuele probleem van de substantiële vormen : „*le conseil supérieur apprécie s'il s'agit d'une formalité substantielle dont l'inobservation doit faire annuler la procédure, même au cas où la partie adverse l'a couverte*". Wanneer de Hogere Raad een vonnis verbrak, deed hij de zaak ten gronde af.

(3) *J.T.*, 1960, blz. 501.
(4) Deze decreten werden aangevuld door de decreten van 8 oktober 1890, 4 mei 1891, 21 maart 1893, 14 juli 1896, 2 juli 1898 en 28 februari 1903.
(5) Het eerste arrest van de Hogere Raad gewezen als Hof van tweede beroep was : *Mahy t. Société des Magasins généraux du Congo*, van 7 maart 1894, *Jur. Etat.* I., blz. II.
(6) Decreet van 16 april 1889, art. 2 ; decreet van 8 oktober 1890, art. 1.
(7) Het eerste arrest als Hof van verbreking gewezen was dat van 16 december 1904, in zake : *Société des produits du Mayumbe t. Soc. agricole du Mayumbe*, Jur. Etat. I, blz. 40.
(8) Decreet van 16 april 1889, art. 2 ; decreet van 4 mei 1891, art. 64.

12. HET BELGISCHE HOF VAN CASSATIE.

In een arrest van 10 februari 1921 verklaarde de Hogere Raad zich bevoegd om kennis te nemen van een voorziening in een strafzaak (9). Dit arrest verwekte enige deining (10) en had tot gevolg de herziening te bespoedigen van de teksten op de Hogere Raad, waardoor zijn bevoegdheden één na één aan andere jurisdicties werden toevertrouwd (11), – hetgeen reeds sedert geruime tijd zowel in het parlement als in juridische kringen en tijdschriften werd gevraagd (12). Wat betreft de voorzieningen in verbreking in burgerlijke en handelszaken, stelde de wet van 15 april 1924 (13) de bevoegdheid van het Brusselse Hof van Verbreking in de plaats van die van de Hogere Raad, onder voorbehoud van de voorzieningen die vóór het van kracht worden van de wet ingesteld werden (14). De aldus aan het Hof toevertrouwde jurisdictie „*s'exerce conformément aux règles en vigueur dans la métropole*" (15). Vandaar enkele gevolgtrekkingen : in overeenstemming met de Belgische wetgeving werd de verbreking slechts uitgesproken wegens schending van de wet of van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen (16), dit wil zeggen dat de schending van het ius gentium, onafhankelijk van de door een wet of door de Kamers goedgekeurde verdragen, op zichzelf geen verbrekingsmiddel uitmaakte (17). Wanneer het Hof een uitspraak verbrak, mocht het de zaak zelf niet ten gronde afdoen (18). Tenslotte werden de voorzieningen in het belang van de wet ontvankelijk (19). De vermelde wet van 15 april 1924 wijzigde de Kongolese wetgeving niet alleen wat betrof de jurisdicties waarvan de uitspraken onderworpen waren aan het toezicht van het Hof van verbreking, maar eveneens wat betrof de natuur van

(9) *Jur. Congo*, 1921, blz. 70.

(10) Op 1 juli 1921 werd een interpretatief decreet genomen volgens welk voorzieningen in cassatie tegen strafrechtelijke vonnissen niet ontvankelijk waren.

(11) De decreten van 2 maart 1922 en 9 juli 1923 ontnamen aan de Hogere Raad de bevoegdheden van Hof van tweede beroep in burgerlijke en handelszaken, en van Hof van beroep en Hof zetelend in eerste en laatste aanleg in strafzaken.

(12) Parlem. doc., senaat, 1912-1913, nr. 60 ; Parlem. ann., senaat, 1912-1913, blz. 313 ; Groep der koloniale studies van het Solvay-instituut, „*La réorganisation de la justice répressive au Congo*", 1911 ; *J.T.*, 1913, col. 473 tot 476.

(13) *B.O.*, blz. 448. Gewijzigd door de wet van 25 februari 1925 (*B.O.*, blz. 165) en de wet van 15 juni 1959 (*B.O.*, blz. 1841). Voor de voorbereidende werkzaamheden en de bibliografie : cfr. *Codes*, II, blz. 90.

(14) In feite werd aan het bestaan van de Hogere Raad slechts bij decreet van 24 december 1930 een einde gemaakt. De laatste zitting van de Hogere Raad, waarop tevens het laatste cassatiearrest geveld werd, had plaats op 7 februari 1925. (*Jur. Col.* 1925, blz. 110).

(15) Art. 2 van de wet. Over de betekenis van deze termen, zie Verbr. 31 mei 1928 (*Bull.*, blz. 168). Voor enkele uitzonderingen op deze regel, zie art. 27 en 28 van de wet van 25 februari 1925 en art. 1, § 3 van de wet van 20 juni 1953 en voetnoot 18 hieronder.

(16) Wet van 4 augustus 1832, art. 17 ; wet van 25 maart 1876, art. 20.

(17) Verbr., 27 november 1950 (*Bull.*, 1951, I, 180) ; zie nochtans GOHR, *Revue de doctrine et de jurisprudence coloniales*, 1924, blz. 203 en 204.

(18) De verwijzing werd bevolen hetzij naar een Hof of een rechtbank in België, hetzij naar een Hof of een rechtbank in Kongo (art. 2, laatste lid).

(19) *Pasinomie*, 1924, blz. 212 en 214, col. 1).

de voorzieningen waarvan de rechters in cassatie kennis mochten nemen. Terwijl eensdeels voor de Hogere Raad een voorziening in burgerlijke en handelszaken ontvankelijk was *tegen alle in laatste aanleg gewezen vonnissen,* kon het Hof krachtens artikel 1 van de wet slechts kennis nemen van de voorzieningen tegen de in laatste aanleg gewezen vonnissen van de rechtbanken van eerste aanleg en van de Hoven van Beroep ; de vonnissen van de Parketrechtbanken werden uitgesloten (20). Anderdeels kon het Hof, binnen de grenzen van zijn bevoegdheid in België, bij decreet de opdracht krijgen (21) over andere vorderingen te beslissen, zoals de voorzieningen in fiscale en strafrechtelijke zaken, of de vorderingen in herziening van strafrechtelijke uitspraken (art. 1, tweede lid, en art. 2, derde lid). Nooit is het Hof echter bevoegd geworden in strafzaken en ten opzichte van vonnissen van rechtbanken van de gewoonterechtelijke orde.

13. DE EERSTE JAREN VAN DE REPUBLIEK.

De fundamentele wet van 19 mei 1960, die samen met de wet op de publieke vrijheden van 17 juni de voorlopige grondwet van Kongo vormde, gaf het Brusselse Hof van cassatie verschillende bevoegdheden. Eensdeels bleef het Hof volgens het laatste lid van artikel 189 bevoegd als Belgisch Hof van verbreking, dit wil zeggen als orgaan van de Belgische natie, om kennis te nemen van de voorzieningen die voor 30 juni 1960 ingesteld werden tegen uitspraken van Kongolese hoven en rechtbanken – (er waren nog 11 zaken aanhangig). De vijf laatste leden van artikel 189 schreven anderdeels voor dat *„jusqu'à ce qu'une Cour de Cassation soit légalement instituée au Congo, la Cour de cassation de Belgique fait fonction de Cour de cassation du Congo"*, dit wil zeggen dat het Hof tijdelijk als orgaan van de Kongolese natie zou moeten fungeren, en als dusdanig zou kennis nemen van de voorzieningen die na 29 juni zouden ingesteld worden tegen de in laatste aanleg gewezen uitspraken van de Kongolese Hoven van beroep en rechtbanken van eerste

(20) GOHR, *loc. cit.*, blz. 198. Een wet van 15 juni 1959 stelde in de plaats van de woorden „rechtbanken van eerste aanleg en Hoven van beroep" de woorden *„juridictions autres que les tribunaux indigènes"*, precies om de controlebevoegdheid van het Hof uit te breiden tot de beslissingen in laatste aanleg, hetzij van de parketrechtbanken, hetzij van de nieuwe jurisdicties die volgens een decreet dat in voorbereiding was zouden worden geroepen in laatste aanleg te vonnissen in burgerlijke en handelszaken. (parlem. doc., kamers, buitengew. zitting, 1958, nr. 8-2 ; Parlem. doc., senaat, 1957-58, nr. 38, blz. I). Die wijziging bleef nochtans zonder praktische betekenis. Eensdeels werd de wet van 15 juni 1959 inderdaad slechts van kracht op 1 november 1959 (K.B., 3 november 1959) ; anderdeels schafte het decreet van 8 maart 1958, dat van kracht werd op 15 april 1960 (K.B. van 15 maart 1960), de parketrechtbanken af en werd hun bevoegdheid toevertrouwd aan de districtsrechtbanken, waarvan de privaatrechtelijke vonnissen slechts in eerste aanleg worden uitgesproken.

(21) In feite werden geen decreten, maar wetten uitgevaardigd : in zake persoonlijke en inkomstenbelastingen de wet van 10 april 1936 ; in disciplinaire zaken artikel 5 van de wet van 15 juni 1959 (bij gebrek aan uitvoeringsdecreet bleef deze bevoegdheid theoretisch).

aanleg, in burgerlijke en handelszaken alsmede in zake persoonlijke en inkomstenbelastingen (22). De gelijkenis tussen het Hof, dienst doende als Hof van cassatie van Kongo, en de vroegere Hogere Raad van de onafhankelijke Kongostaat was wel treffend ; zoals ook die Raad zou het Hof, dienstdoende als Kongolees Verbrekingshof, te Brussel zetelen en er in naam van een vreemde Staat arresten vellen, die in die Staat van rechtswege uitvoerbaar zouden zijn, maar niet in België ; het zou de juiste toepassing, niet van Belgische wetgeving, maar van een vreemde wetgeving nagaan, en die wetgeving zelf toepassen, behalve voor wat betrof de cassatieprocedure.

Talrijke Staten die deel hadden uitgemaakt van de institutionele gemeenschap, sloten met Frankrijk, bij wijze van technische bijstand, tijdelijke verdragen om tot aan de oprichting van hun Hooggerechtshof de bevoegdheden te verlengen die traditioneel door het Parijse Hof van Cassatie werden uitgeoefend.
Aldus namelijk : Mali, volgens een overeenkomst van 4 april 1960 (*J.O.*, 1 oogst 1960) ; Kongo : overeenkomst van 12 juli 1960 (*J.O. communauté* van 15 oogst 1960, blz. 113) ; Gabon, overeenkomst van 15 juli 1960 (*J.O. communauté*, 15 oogst 1960, blz. 114) ; de Centraalafrikaanse Republiek, overeenkomst van 12 juli 1960 (*J.O. communauté*, 15 oogst 1960, blz. 111) ; Tsjaad overeenkomst van 12 juli 1960 (*J.O. communauté*, 15 oogst 1960, blz. 109). Zie hierover, JEOL, nr. 41 v. In Engelssprekend Afrika zou, voor Nigeria na de onafhankelijkheid de Londense *Privy-Council* als opperste rechtscollege blijven functioneren.

Door de politieke gebeurtenissen zijn die bepalingen echter louter theorie gebleven (23). De Kongolese wet van 18 juli 1963 onttrok aan het Brusselse Verbrekingshof zijn rechtsmacht als Hof van Cassatie van de Democratische Republiek. De grondwet van de Democratische Republiek Kongo heeft nochtans de historische draad weder opgenomen, en heeft als een afdeling van haar Hoogste Gerechtshof in feite opnieuw een Verbrekingshof in het vooruitzicht gesteld.

(22) Volgens artikel 190 van dezelfde wet konden aan het Hof, dienstdoende als Kongolees Verbrekingshof, door een Kongolese wet nieuwe bevoegdheden opgedragen worden. Zie ook artikel 40 over het vonnissen van ministers ; aan het Hof als dusdanig gaf dit artikel echter geen enkele macht ; het voorzag slechts dat het Gerechtshof, in Kongo zetelend, uit drie raadsheren van het Belgische hof van verbreking zou samengesteld zijn.

(23) Prof. RHEINSTEIN (blz. 222) betreurt die ontwikkeling : „Is each of the new countries to have its own court of ultimate resort ? Such a decision would be unfortunate. Apart from the scarcity of personnel of supreme court caliber, does national sovereignty require the destruction of that large measure of legal uniformity that has so far existed within each, the French and Britisch group ? "

Afdeling II DE GRONDWET EN DE OPDRACHT VAN HET HOF

14. DE GRONDWETTELIJKE TEKSTEN.

De grondwet van de Democratische Republiek Kongo van 1967 (24) stelt, zoals de constitutie van 1964 het deed, samen met een Rekenhof en een Grondwettelijk Hof (25) een Hoogste Gerechtshof in het verschiet. Dit Hoogste Gerechtshof zal uit twee afdelingen bestaan, waarvan er één de gerechtelijke taak van een Raad van State toegewezen krijgt (26), terwijl de andere als Verbrekingshof fungeren zal (27). In deze studie wordt slechts deze laatstgenoemde afdeling beschouwd, en uitsluitend in het perspectief van een toezicht op het door de inlandse rechtbanken toegepaste recht. Er wordt dus uitsluitend gehandeld over één aspect – al is het ook veruit het belangrijkste – van de zending van de Cassatieafdeling, dat in de traditioneel gebruikte naam besloten ligt : de opdracht om in bepaalde gevallen de in laatste aanleg gedane uitspraken van de andere rechtsprekende organen te verbreken.

De grondwettelijke teksten zijn de volgende :

„§ 2 : DES COURS ET DES TRIBUNAUX

Article 59.

L'ensemble des cours et des tribunaux comprend une Cour suprême de justice, des cours d'appel, des cours militaires et des tribunaux.

L'organisation, la compétence des cours et des tribunaux ainsi que la procédure à suivre sont réglées par la loi.

Article 60.

La Cour suprême de justice comporte deux sections :

- la section judiciaire ;
- la section administrative.

La section judiciaire est compétente notamment :

1° pour connaître des pourvois en cassation, formés pour violation de la loi et de la coutume, contre les décisions rendues en dernier ressort par la section judiciaire des cours d'appel et par les tribunaux. Elle ne connaît pas du fond des affaires ;

2° pour juger les membres du Gouvernement, dans les cas visés par l'article 35 de la présente Constitution ;

(24) Moniteur Congolais, nr. 14, 15 juli 1967. De teksten over het Hoogste Gerechtshof van de andere Franstalige Afrikaanse republieken zijn de volgende :
KAMEROEN : Grondwet van 1 september 1961 ; verordening (over de gerechtelijke organisatie) nr. 59-86 van 17 december 1959, *J.O.*, blz. 1807 ; verordening nr. 61-OF-6 van 4 octobre 1961 (over de „cour fédérale de justice").

CENTRAALAFRIKAANSE REPUBLIEK : Wet nr. 61-249 van 15 november 1961, *J.O.* 1 december 1961.

KONGO (BRAZZAVILLE) : artikel 58 van de grondwet : Wet nr. 4. 62 van 20 januari 1962, *J.O.* van 15 februari 1962, 149.

IVOORKUST : art. 57 grondwet van 3 november 1960, *J.O.*, 4 november 1960 ; wet nr. 61-201 van 2 juni 1961, *J.O.* 13 juni 1961 ; Wet nr. 61-155 van 18 mei 1961, *J.O.*, 1 juni 1961, blz. 780 ; decreet nr. 63-270 van 12 juni 1963, *J.O.*, 27 juni 1963, blz. 749.

DAHOMEY : art. 57 van de grondwet ; Wet nr. 61-42 van 18 oktober 1961, *J.O.* 1 november 1961, blz. 830.

OPPER-VOLTA : art. 57 van de grondwet van 9 november 1960, *J.O.* 12 november 1960 ; Wet nr. 10.63 AN van 10 mei 1963, J.O. 25 mei 1963, blz. 333. Chambre d'annulation : Decreet van 3 december 1931, gewijzigd bij wet 42-60 AN van 12 juli 1960 *J.O.* 9 juli 1960, blz. 600.

GABON : art. 59 van de grondwet.

GUINEA : geen vermelding in de grondwet ; Verordening nr. 18 P. van 21 februari 1959, *J.O.* 1 maart 1959, blz. 125 (over de oprichting van een „Tribunal de cassation") ; en verordening nr. 38 van 9 juli 1959, *J.O.* 1 oogst 1959, blz. 125 en 473 ; is in werkelijkheid slechts een bijzondere formatie van het Hof van Beroep van Conakry, waarvan de samenstelling analoog is aan die van de annulatiekamer van het koloniale tijdvak.

NIGER : art. 57 grondwet van 8 november 1960, gewijzigd bij wet van 12 juli 1961 ; Wet 61.28 van 15 juli 1961, *J.O.* 31-8-1961, blz. 71.

MADAGASCAR : Geen vermelding in de grondwet ; wet nr. 61.013 van 19 juli 1961, *J.O.* van 19 juli 1961, blz. 1266.

MALI : Geen vermelding in de grondwet ; wet nr. 61-55 van 15 mei 1961, *J.O.* 24 juni 1961, blz. 11.

MAURITANIË : Geen vermelding in de grondwet ; wet nr. 61-123, (over de gerechtelijke organisatie), *J.O.* van 4 juli 1961, blz. 267.

SENEGAL : art. 5 Grondwet nr. 63-22 van 7 maart 1963, *J.O.* 11 maart 1963, blz. 363 ; verordening nr. 60.17 van 3 september 1960 (portant loi organique de la Cour Suprême), *J.O.* van 12 september 1960, blz. 926, gewijzigd door verordening nr. 63-07 van 25 juni 1963, *J.O.* 13 juli 1963, blz. 915 ; opgericht door het decreet nr. 60-302 van 11 november 1960, *J.O.* 19 november 1960, blz. 1271.

TOGO : Art. 24 grondwet van 9 april 1961 ; art. 70 grondwet van 5 mei 1963 ; Wet 61-26 van 16 oogst 1961, *J.O.* 1 september 1961, blz. 536 ; wet nr. 62.9 van 14 maart 1962, *J.O.* 1 april 1962, blz. 280.

TSJAAD : Decreet nr. 170 van 25 oogst 1962, *J.O.* 15 september 1962, blz. 691.

Voor een vluchtige schets van de bevoegdheden van deze Hoogste Gerechtshoven, zie : MANGIN G., L'organisation judiciaire des Etats d'Afrique et de Madagascar, *Revue juridique et politique d'Outre-mer*, nr. 5, 1962, blz. 7*, in het bijzonder blz. 125-134. Zie ook : GUILLABERT, S., La cour suprême du Sénégal, *Penant*, 1961, blz. 496 ; BOZA, E., La cour Suprême de la République de la Côte-d'Ivoire, *Penant*, 1961, blz. 631.

(25) In andere Franssprekende republieken van Afrika maken het Rekenhof en het grondwettelijk Hof slechts kamers uit van het Hoogste Gerechtshof : *„La Cour Suprême comprend quatre chambres, la chambre administrative, la chambre constitutionnelle, la chambre judiciaire et la chambre des comptes"*. Aldus art. 57, eerste lid, van de grondwet van de Ivoorkust, Dahomey, Opper Volta en Niger ; art. 58, eerste lid van de grondwet van Kongo (Brazzaville) ; art. 59, eerste lid van de grondwet van Gabon. De uitoefening van deze vier functies wordt in de andere republieken door een organieke wet aan het Hoogste Gerechtshof opgedragen. Aldus in Senegal en in Mauritanië.

Over de bevoegdheden van deze Hoogste Gerechtshoven (behalve die van de Centraalafrikaanse Republiek en van Madagaskar) op het gebied van handhaving van de grondwettelijkheid : zie de rechtsvergelijkende studie van LAMPUE, P., Les constitutions des Etats africains d'expression française, *Revue juridique et politique d'Outre-mer*, nr. 4, okt.-nov. 1961, blz. 513. Over de grondwettelijkheidscontrole in de Engelssprekende landen, zie : LAVROFF D.-G., en PEISER G., *Les Constitutions Africaines*, 2 boekdelen, Parijs, 1961.

(26) Het derde lid van artikel 60 van de grondwet, omschrijft deze opdracht in termen die aan de artikelen 7 en 9 van de Belgische wet van 23 december 1946 herinneren. Voor de andere Franssprekende gebieden, zie MANGIN G., *art. cit.*, blz. 125. In Guinea en Tunesië bezit het Hoogste Gerechtshof geen bevoegdheid in administratieve zaken.

(27) In MALI bestond het Hoogste Gerechtshof zoals in KONGO slechts uit een administratieve en gerechtelijke afdeling (wet nº 61-55 van 15 mei 1961, *J.O.* van 24 juni 1961, blz. 11).

La section administrative est compétente notamment :

1° Pour connaître en premier et en dernier ressort des recours en annulation pour violation de la loi, formé contre les actes, règlements et décisions des autorités centrales ;

2° Pour connaître de l'appel des décisions rendues par les sections administratives des cours d'appel sur les recours en annulation pour violation de la loi, formés contre les actes, règlements et décisions des autorités administratives provinciales et locales ;

3° Pour connaître, dans les cas où il n'existe pas d'autres juridictions compétentes, de demandes d'indemnités relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel matériel ou moral résultant d'une mesure prise ou ordonnée par les autorités de la République. Elle se prononce en équité en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public ou privé.

Article 61.

La Cour suprême de justice siège toutes sections réunies dans les cas prévus par la loi.

La compétence de la Cour s'exerce sur toute l'étendue du territoire de la République.

Les cours et tribunaux inférieurs sont tenus à se conformer aux arrêts de la Cour suprême de Justice."

Het Hof moet dus zonder kennis te nemen van de feitelijke toedracht van de zaken oordelen over de voorzieningen in verbreking wegens „schending van de wet en van de gewoonte" – de vier laatste woorden zijn een innovatie van de grondwetgever van 1967 – tegen in laatste aanleg gewezen vonnissen en arresten. Dit blijkt in de lijn van de Kongolese rechtsgeschiedenis, die vanaf 1889 de cassatieafdeling van de Hogere Raad kende en vanaf 1924 het Verbrekingshof. Evenals de meeste andere Franssprekende republieken in Afrika (28), blijkt de Kongolese grondwetgever grosso modo trouw te zijn gebleven aan het cassatie-instituut dat tijdens het Frans revolutionair tijdvak ontstond en op het Europees continent werd nagevolgd, waarbij de cassatierechter nooit zelf het geschil tussen partijen ten gronde beslist, en nooit kennis nemen mag van „*le fond de l'affaire*", doch in geval van vormverzuim, wetsschending of machtsoverschrijding zich moet beperken tot vernietiging van de aangevochten uitspraak en tot verwijzing van de zaak naar een lagere rechter die er tevoren geen kennis van heeft gehad, opdat deze haar opnieuw zou afhandelen.

(28) Origineler zijn nochtans de stelsels van Madagascar, van de Centraalafrikaanse Republiek en van Kameroen. Zie het volgende hoofdstuk, nr. 46.

15. DE BINDENDE KRACHT VAN CASSATIEARRESTEN.

Nieuw is hier de bepaling dat het cassatiearrest *voor die lagere rechtbank* bindend is : *„Les cours et tribunaux inférieurs sont tenus à se conformer aux arrêts de la Cour suprême de Justice."*

De rechter naar wie het Hof de zaak verwijst is in Frankrijk daarentegen sedert de wet van 1 april 1837 (29) pas na een tweede cassatie in dezelfde zaak wegens de zelfde rechtsfout door de uitspraak van het Hof van cassatie gebonden. Artikel 2 van de Belgische wet van 7 juli 1865 (art. 1120, Gerechtelijk Wetboek) is de bijna woordelijke weergave van het tweede artikel van die Franse wet (30). De wetgevingen van Kongo-Brazzaville, Dahomey, Mali en Senegal hebben dit systeem behouden (31). Het werd in andere landen en ook door de Kongolese grondwetgever te ingewikkeld bevonden : het rekt de procedure en doet de kosten oplopen.

Het Italiaans wetboek van Burgerlijke rechtsvordering van 1942 spaarde de dubbele verwijzing uit door aan het Cassatiehof voor te schrijven wanneer het een middel aanvaardt gegrond op de schending of de verkeerde toepassing van rechtsregels, het principe waaraan de rechter waarheen verwezen wordt zich moet houden op te geven (art. 384, lid 1). Sinds 1838 al geldt een zelfde oplossing in Nederland (art. 424, wetboek van burgerlijke rechtsvordering). In België heeft artikel 20, § 1, derde lid van de wet van 1946 op de Raad van State dezelfde verplichting opgelegd aan de administratieve afdeling van de Raad van State voor dewelke de zaak verwezen wordt na cassatie. Dit schrijft artikel 4 van de wet van 20 januari 1961 eveneens voor aan de gemengde raden van beroep van de orde van geneesheren, de orden van de apothekers, van de dierenartsen, van de architecten, van de bedrijfsrevisoren, waarnaar een zaak wordt teruggewezen na cassatie.

Die regel vindt men nu eveneens in de Ivoorkust (32) en in Niger (33) : *„lorsque la chambre judiciaire casse la décision à elle déférée et qu'il y a lieu à renvoi, elle renvoie le procès, soit devant une autre juridiction de même ordre, soit devant la juridiction qui a rendu la décision cassée. Cette juridiction doit alors être autrement composée. La juridiction devant laquelle*

(29) Cfr. FAYE, nr. 280 en v. ; BESSON, nr. 20, nr. 2463 en v.

(30) Toelichting op de wet, *Pasinomie*, 1865, blz. 217 ; cfr. HAYOIT de TERMICOURT R., *Propos sur l'article 95 de la Constitution*, *J.T.* 1954, 509 en 510.

(31) Het wetboek van burgerlijke, commerciële en sociale rechtspleging van MALI geeft in art. 171 en 173 de oplossingen weer van art. 58 en 60 van de Franse wet van 23 juli 1947 : *„lorsqu'après la cassation du premier arrêt ou jugement rendu en même qualité est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la chambre compétente saisit les chambres réunies par un arrêt de renvoi"* (art. 171) ; *„Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la juridiction à laquelle l'affaire est renvoyée doit se conformer à la décision de la section judiciaire sur le point de droit jugé par cette cour"* (art. 173). Art. 67 en 68 van de verordening van 3 september 1960 (*portant loi organique de la Cour Suprême*) van SENEGAL ; art. 72 en 73 van de wet van 20 januari 1962 (*portant création de la Cour Suprême*) van KONGO-BRAZZAVILLE, zijn in bijna gelijke bewoordingen opgesteld.

(32) art. 53 van de wet van 2 juni 1961.

(33) art. 74 en 75 van de wet van 15 juli 1961.

l'affaire est renvoyée après cassation doit se conformer à la décision de la chambre judiciaire sur le point de droit tranché par cette chambre". In Kameroen en in de Centraalafrikaanse Republiek wordt zoals verder gezien zal worden een gemengd systeem gevolgd, maar wat betreft de bindende kracht van de cassatiearresten schrijft artikel 45 van de Kameroense verordening van 17 december 1959 eveneens voor : „*(. . .) la juridiction saisie comme Cour de renvoi est tenue de se conformer à la décision de la Cour Suprême sur le point de droit jugé par cette Cour*", terwijl het in artikel 59 van de Centraalafrikaanse wet van 15 november 1961 luidt : „*(. . .) si la Cour Suprême n'évoque pas, elle renverra devant une juridiction du même ordre que celle qui a statué et qui devra, sur le point de droit, se conformer à la jurisprudence de la Cour Suprême*".

Dit voorschrift kan in verschillende geest worden uitgevoerd. Er zijn rechters die zich voegen naar het inzicht van het opperste rechtscollege in de rechtsvraag. Soms komt het zelfs voor dat cassatie een „moreel neveneffect" heeft. De rechter meent, dat de Hoogste Rechter van hem verwacht dat hij geheel overstag gaat. Dit kan het geval zijn, maar noodzakelijk is het niet. Anderzijds zijn er ook rechters, die het er op toeleggen hun vorige beslissing te herhalen met een nieuwe – en thans feitelijk gehouden motivering. „*L'injonction adressée au juge du fond est analogue à celle qu'il reçoit du législateur quand il applique une disposition légale : elle ne porte aucune atteinte au pouvoir, qui lui est propre, d'appliquer à la situation de fait la disposition de la loi souverainement interprétée par la Cour de Cassation. Le jugement du fond reste assujetti au contrôle de légalité sans que, de son côté, la Cour de cassation puisse empiéter sur les prérogatives du juge du fond*" schrijft Prof. RIGAUX (nr. 18).

De ideale middenweg is dat de rechter na verwijzing de zaak in het stadium waarin zij zich dan bevindt – dus op verschillende punten definitief beslist – zo onbevangen mogelijk tracht te benaderen.

16. HET GEZAG VAN GEWIJSDE VAN DE KONGOLESE CASSATIE-ARRESTEN.

Het gezag dat gehecht wordt aan een arrest van het Kongolese Hoogste Gerechtshof met betrekking tot de souverein opgeloste rechtsvraag, is een gevolg van het gezag van gewijsde.

Daar nochtans de toepassing van het gevonden recht op de feiten van het geding toevertrouwd blijft aan de rechter waarnaar verwezen wordt, mag men, met CARNELUTTI, in dit verband spreken van een progressieve vorming van het gewijsde (34), die analoog is met de progressieve vorming van een contract. Deze constructie blijkt realistischer dan de uitleg die

(34) *Istituzioni del processo civile italiano*, 1956^5, II, nr. 584 ; cfr. RIGAUX, nr. 72.

procureur-generaal Paul LECLERCQ aan artikel 2 van de Belgische wet van 7 juli 1865 gaf, volgens dewelke die tekst aan het Hof van Cassatie de macht zou gedelegeerd hebben de rechtsvraag op de lossen door middel van een interpretatieve wet waarvan de geldigheid tot het geding zou beperkt blijven (35). Het lijkt juister aan de arresten van de verenigde kamers van het Belgische Verbrekingshof het gezag van gewijsde te erkennen dat de eminente magistraat hen weigerde (36). Op het Kongolese Hoogste Gerechtshof kan die constructie eveneens toegepast worden.

17. DE DEELNEMING AAN DE RECHTSSCHEPPING.

Dat het Hoogste Gerechtshof hierdoor in zekere mate (37) een voorrecht van de wetgever zal uitoefenen maakt een argument uit dat in Frankrijk reeds in 1837 werd gebruikt. De voormelde Franse wet van 1 april 1837 verplichtte de jurisdictie waarheen voor de tweede keer verwezen werd, het hoofd te buigen voor het arrest van de verenigde kamers. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden kwam hiertegen hevige weerstand tot uiting ; aldus GAILLARD DE KERBERTIN (38) :

> „Prenez-y garde, Messieurs, on ne dissimule pas que le but de la loi est d'amener forcément l'uniformité de jurisprudence,. . . Comment veut-on que l'effet de la loi ne soit pas de communiquer à la Cour de cassation une partie de la puissance législative ? Les controverses entre les Cours et les Tribunaux n'existent ordinairement que lorsqu'il y a quelque obscurité dans la loi. Si la loi est obscure, c'est comme si elle n'existait pas. Eh ! bien, déclarer que, dans un cas, la Cour de cassation suppléera à l'imprévoyance du législateur, à son défaut de clarté, n'est-ce-pas vouloir que ses arrêts fassent l'office de la loi ? "

DABIN onderstreept de duidelijke rechtsscheppende functie van het Hoogste Gerechtshof : „*Or, par cet aspect de sa mission,* (39) *la Cour de cassation est nécessairement amenée – et, dès lors, implicitement habilitée à participer, d'une manière plus éminente encore que les cours et tribunaux, à l'oeuvre législative*" (40).

(35) LECLERCQ P., *La pensée juridique du procureur général Paul Leclercq,* Brussel 1953, I, blz. 73 en 74.

(36) RIGAUX, nr. 72.

(37) Voor de ter tafel liggende zaak namelijk. Maar ook in verband met het gezaghebbend precedent gelden de woorden „in zekere mate". Zoals J. DRION het inderdaad opmerkt heeft zelfs in Engeland de rechter die wetgevende macht niet in de volle zin van het woord. De rechter zal nooit een nieuwe reglementering van de sociale zekerheid scheppen, of een nieuwe belasting invoeren, of het zomeruur wijzigen. „*The courts find the material and shape it. The legislature may manufacture entirely new material*". (ALLEN[4], blz. 264).

(38) Aangehaald door MARTY, blz. 73.

(39) Bedoeld wordt hier de opdracht volgens welke het Hoogste Gerechtshof mag en moet abstraheren van de toevallige omstandigheden van het concrete geval, om dieper te kunnen ingaan op de rechtsvragen.

(40) In het voorwoord tot RIGAUX, blz. X.

18. EEN ORGAAN VAN DE RECHTERLIJKE MACHT.

Artikel 59 van de Kongolese grondwet, gerangschikt onder afdeling III van de derde titel, „*Du pouvoir judiciaire*", paragraaf 2 „*Des cours et des tribunaux*" begint als volgt : „L'ensemble des cours et des tribunaux comprend une Cour Suprême de justice, des cours d'appel, enz. . ." Ongetwijfeld blijkt hieruit dat de cassatieafdeling van het Kongolese Hoogste Gerechtshof een orgaan is van de rechterlijke macht, en meer bepaald het hoogste orgaan ervan. Haar opdracht is die van een rechter : het beslechten in een arrest van een geschil tussen partijen (behalve bij voorziening in het belang van het recht), en meer bepaald van een *nieuw* geschil dat opgeworpen wordt door een partij die een bekomen vonnis bekritiseert, en waarvan de vordering slechts ontvankelijk is indien zij belang heeft in een verbreking. Zoals elk rechter, is ze onderworpen aan het beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen en aan het beginsel van de mogelijke tegenspraak. Het bijzonder voorwerp van het geding is het aangevochten vonnis ; daarin ligt het verschil met de rechter ten gronde die *de zaak* beoordeelt : de cassatieafdeling van het Hoogste Gerechtshof beoordeelt slechts het vonnis, meer bepaald het beslissend gedeelte ervan. Gezag van gewijsde heeft het arrest niet onmiddellijk, vermits de zaak moet verwezen worden, maar men zag hoger dat er van een progressieve vorming van het gewijsde mag gesproken worden.

Het heeft hier dus geen zin de vraag te stellen die in België procureur-generaal P. LECLERCQ nog bekommerde (41), namelijk of het cassatiecollege tot de wetgevende dan wel tot de rechterlijke macht hoort.

19. EEN VERGELIJKING MET DE POLITIEKE OPDRACHT VAN HET „TRIBUNAL DE CASSATION".

De cassatieafdeling van het Kongolese Hoogste Gerechtshof heeft inderdaad een heel andere opdracht dan degene die het *Tribunal de Cassation* had in de opvattingen die bij de oprichting ervan in Frankrijk golden, volgens welke het geen orgaan van de rechterlijke orde was maar een van de wetgevende macht afhangend college, belast met de „*surveillance, stricte et rigide, du mécanisme judiciaire dans l'application des lois*" (42) ; zijn toezicht was beperkt „*à la majeure du syllogisme, la règle de droit, et ceci en tant que le juge s'est trompé sur l'existence même de la disposition législative*" (43). De theorie die de noodzaak van de uitlegging van de geschreven wet uitsloot, kon het bestaan van een eigenlijke rechtspraak niet aanvaarden ;

(41) Voor het Belgische recht trouwens ook schrijft Prof. RIGAUX (blz. 365, noot 21) op puntige wijze : „*A cet égard encore, le procureur général Paul Leclercq a porté la discussion sur un faux problème, évoqué dès les premières lignes de cet ouvrage : il s'est demandé si la Cour de cassation appartenait au pouvoir législatif ou au pouvoir judiciaire.*"

(42) GENY[2], I, blz. 80.

(43) LEWALD, blz. 227.

in het revolutionnaire denken kon het *Tribunal de cassation* de opdracht niet hebben de eenheid van de rechtspraak te handhaven : *„aussi, bien loin de souhaiter l'unité de jurisprudence comme résultat de la collaboration des juridictions de fonds et du tribunal suprême l'assemblée constituante en réprouvait-elle l'idée"* (44).

Het *Tribunal de cassation* had een politieke opdracht. De constituante inspireerde zich aan de theorie van de scheiding van de machten en stond zeer wantrouwig tegenover de rechtbanken aan wie het recht ontzegd werd de wet uit te leggen ; het werd nodig geacht het werk van de wetgever te beschermen tegen elke ondermijning vanwege de rechterlijke macht. Die opdracht werd aan het *Tribunal de cassation* toevertrouwd. Volgens de woorden die ROBESPIERRE op 24 mei 1790 uitsprak : *„Le tribunal de cassation n'est point le juge des citoyens, mais le protecteur des lois, le surveillant et le censeur des juges, en un mot, il est placé en dehors de l'ordre judiciaire et au dessus de lui pour le contenir dans les bornes et dans les règles où la Constitution le renferme"* (45).

20. DE VERBREKING UITSLUITEND WEGENS KLAARBLIJKELIJKE SCHENDING VAN EEN TEKST.

Wat betreft de schending van de rechtsregel, verbonden de revolutionnairen dit begrip aan de klaarblijkelijke overtreding van de geschreven wet (46). Het beginsel was vervat in het decreet van 27 november-1 december 1790 dat sprak van *„contravention expresse au texte de la loi"* (art. 3) en van rechterlijke uitspraak *„directement contraire aux lois"* (art. 25). Het was duidelijk dat slechts bedoeld werden *„les violations de la loi si formelles qu'elles impliquent presque une rébellion du juge contre la règle légale"* (47).

Het *Tribunal de cassation* maakte deze theorie tot de zijne ; het verklaarde dat het nodig was *„que le texte de la loi ait été violé"*, en om die reden dat : *„il ne suffirait pas que la décision attaquée eût méconnu ou mal appliqué les motifs de la loi, car il ne pourrait y avoir alors qu'un mal jugé qui ne fournit pas un moyen de cassation"* (Civ. 1ste floreal jaar V, J.G. Cassation, 1355) ; dat wanneer de beschikkingen van een verordening niet zo

(44) GENY, I, blz. 90.
(45) Aangehaald door MARTY, blz. 62 ; zie ook GENY, I, blz. 80 en LEWALD, blz. 212 ; eveneens BESSON, nr. 10 en v.
(46) Vergelijk met de formule uit de Duitse Zivilprozessordnung, paragraaf 550 : *„Das Gezetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist"*. Volgens de Indonesische wet op de cassatie van 1947 wordt het recht „geacht te zijn geschonden, indien de rechter een rechtsregel niet of niet juist tot gelding heeft gebracht." (VAN EMPEL A.C., Een nieuwe regeling van de cassatie in Indië, *Nederlandsch juristenblad*, 1947, blz. 357).
(47) MARTY, blz. 65.

formeel waren „*qu'elles aient pu obliger les juges*" (. . .) „*les moyens employés contre leur décision ne prouveraient au plus qu'un mal jugé et non une violation formelle d'un texte clair et précis de la loi*" (Req. 6 Vend. jaar XI, S. 1803.19). Men ontmoet in de arresten formules als „gezien artikel zoveel van een bepaalde wet, verbreekt" : het is duidelijk dat een zo summiere redactie slechts kan voldoen indien het criterium dat men op het oog heeft de klaarblijkelijke overtreding van de tekst van de wet is (48).

De rechtsleer van die tijd was door de zelfde geest bezield „. . . *Une des questions les plus importantes que fasse naître notre organisation judiciaire : la Cour de casstion peut-elle, d'après la loi de son institution, casser un jugement rendu en dernier ressort, sur le seul motif qu'il y a eu fausse application, violation plus ou moins médiate d'un texte de loi ? Si l'on répondait affirmativement, nulles bornes ne sauraient êtres assignées à sa compétence, tout jugement, tout arrêt donnerait ouverture à cassation*" (49).

Indien de latere teksten de termen verzacht hebben van het decreet van 27 november-1 december 1790, hebben ze het begrip schending van rechtsregels niet wezenlijk gewijzigd. Artikel 19 van de grondwet van 3-14 september 1791 had het over „*contravention expresse aux lois*" (in plaats van het vroegere „*au texte de la loi*"), en op definitieve wijze werd deze formule gehandhaafd in artikel 7 van de wet van 20 april 1810 ; artikel 88 van titel VI van de wet van 27 ventose jaar VIII sprak van „*jugement contraire aux lois*" (in plaats van het vroegere „*directement contraire aux lois*"). Zo ook verklaarde het *Tribunal de cassation* : „*Attendu . . . qu'aux termes de son institution le tribunal ne peut casser que pour violation expresse de la loi*" (Crim. 19 therm. jaar III, J.G. Cassation, 1353) ; „*Attendu que la Cassation ne peut être prononcée que lorsqu'il y a violation formelle d'une loi et jamais par assimilation d'une espèce à une autre*" (Civ. 7 brum. jaar IV, J.G. Cassation, 1364) ; „*Considérant . . . que le silence de la loi à cet égard présente tout au moins un doute ; que dès lors on ne peut pas dire que le jugement qui résout le doute en faveur du déclarant contient une contravention formelle à la loi*" (Crim. 13 therm. jaar IV, J.G. Cassation, 1365).
De schending van de rechtsregel bleef dus aan de uitdrukkelijke overtreding van de geschreven wet verbonden. Aldus was ze aan twee voorwaarden onderworpen. Er moest ten eerste overtreding zijn van de wet ; de wet moest een van de termen van het gerechtelijk syllogisme uitmaken (50). Daarvan moest dus onderscheiden worden de schending van een „*simple jurisprudence*" (51) ; „*Si le tribunal n'avait fait que se mettre en opposition avec un principe de jurisprudence . . . on ne pourrait pas dire qu'il a contrevenu*

(48) Ibid., blz. 66.
(49) Gepubliceerd in *Recueil Sirey* 1822, 2, 233 ; aangehaald in ZAJTAY, nrs. 65 en 66.
(50) Volgens procureur-generaal DUPIN, aangehaald door TALAMON, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur l'interprétation et l'application des contracts*, Parijs, 1926.
(51) FAVARD de LANGLADE I., blz. 415.

formellement à la loi" (52). Anderdeels moest de overtreding formeel zijn, uitdrukkelijk. Daarvan moest onderscheiden worden „*un mal jugé, une fausse interprétation de clauses écrites, une décision erronée sur des faits litigieux, une inobservation d'usages*" (53) ; „*Cette fausse application ne suffit pas pour annuler un jugement*" (54).

21. DE NEDERLANDSE OPVATTING.

Die opvatting van de Franse revolutie volgens dewelke de wetgever, met uitsluiting van de rechter, de wet mocht interpreteren en volgens dewelke het verbrekingshof, element van de wetgevende macht, slechts vernietigde voor klaarblijkelijke en flagrante schending van de wet werd in Nederland nooit overgenomen (55). Sedert het begin (1804) werd in Nederland aan de Hoge Raad de opdracht gegeven te waken op een juiste interpretatie van de wet door de rechter ten gronde om de eenheid en de zekerheid van het recht te handhaven. Zelfs indien men het een natuurlijk voorrecht van de wetgever vond de wet uit te leggen of haar leemten aan te vullen (opvatting der theoretici van 1789), was het in Nederland, in tegenstelling met de Franse revolutie, aan de rechter dat men sinds altijd deze bijzondere vorm van rechtsschepping heeft toevertrouwd.

22. DE ONTWIKKELING VAN DE FRANSE OPVATTINGEN.

In Frankrijk zelf trouwens deed zich weldra in de gedachten een ontwikkeling voor. Denkbeelden (56) werden geuit die rechtstreeks ingingen tegen de opvatting van de mechanische toepassing van de wet ; men werd ertoe gebracht het bestaan van een rechtspraak te erkennen en het belang van de eenheid ervan. Die ontwikkeling streefde naar de onafhankelijkheid van het Hoogste Gerechtshof van de wetgever, en naar de verdwijning van diens tussenkomst bij de wetsuitlegging (57). Ze mondde uit in de wet van 1 april 1837 die definitief het „*référé législatif*" afschafte en het gezag van de arres-

(52) PONCET, *Traité des jugements*, II, 294, aangehaald door APPERT, *Revue* 1913-340.
(53) Advies van de Raad van state van 18 januari 1806 (S.l.l.l.).
(54) FAVARD de LANGLADE, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823, blz. 415.
(55) „Het was mij alleen te doen om de legende van de zuivere Franse oorsprong onzer cassatieprocedure zo mogelijk te vernietigen, duidelijk te maken dat in ons wetboek een stelsel is aangenomen, van het Franse zeer afwijkende", schreef POLS M.S., Het cassatie-proces in Nederland, *Tijdschrift voor strafrecht*, XI, 1898, blz. 94. Cfr. FISCHER H.F.W.D., Hervorming van onze cassatierechtspraak, *Nederlands juristenblad*, 1951, nr. 19, blz. 373.
(56) Inleidende rede van PORTALIS, cfr. GENY, I, blz. 98.
(57) In de eerste jaren verwezen in twijfelachtige gevallen de rechters herhaaldelijk naar de wetgevende macht. Deze had niet voldoende tijd en nog minder lust zich in particuliere belangenconflicten te mengen. Tachtig référés leidden tot vier wetsvoorstellen, waarvan twee werden aangenomen. Zo begaf zich het Cassatiehof al spoedig op de weg van de wetsuitlegging.

ten van het Hoogste Gerechtshof regelde. Voortaan werd de tweede jurisdictie waarheen verwezen werd, verplicht zich neer te leggen bij het arrest van de verenigde kamers. Het Hof van Cassatie, aldus genoemd sinds 1804, werd bevoegd om aan de lagere rechtbanken zijn mening op te leggen ; zo kon het de rechtseenheid verzekeren, en die functie zou voortaan als zijn reden van bestaan beschouwd worden.

„Après la loi de 1837, personne ne peut plus douter que la Cour de cassation ait pour fonction et pour raison d'être l'unité de jurisprudence, complément de l'unité de législation" (MARTY, blz. 74) ; *„Non seulement la force des choses a amené le tribunal, puis la Cour de cassation, à se constituer créateur et directeur de la jurisprudence, mais encore la nécessité de l'unité de cette jurisprudence est devenue la raison d'être formelle de l'existence de notre juridiction*" (BATIFFOL, *La Cour régulatrice*, Gazette du Palais, 17 dec. 1931).

23. DE VERWERPING VAN DE NOMOFILACHISCHE OPVATTING.

Sommige auteurs vertonen nu de neiging om terug te keren tot de vroegere opvattingen over de opdracht van het Hof ; aldus FAYE : *„Mal juger, disait MERLIN, et juger contre une loi expresse sont deux choses différentes, et, si la Cour peut et doit casser tous les arrêts qui jugent contre la loi, elle ne peut jamais casser un arrêt qui ne juge que contre la raison, qui n'offense que des principes universellement reçus, il est vrai, mais auquel le législateur n'a pas imprimé le sceau de sa puissance*" (58).

Deze nomofilachische (59) opvatting werd door procureur-generaal P. LECLERCQ in een formule gegoten, ontleend aan bepaalde leden van het Nationaal Congrès (60) : *„La Cour de cassation n'est pas instituée dans l'intérêt des particuliers, mais dans l'intérêt seul de la loi.*" (61) Prof. RIGAUX bekritiseert deze formule : *„non seulement, cette formule est, comme la plupart des formules fausses, dangereuse* (62) *„mais elle ne jette aucune lumière sur la nature du contrôle de légalité*" (nr. 246).

De nomofilachische opvatting wordt niet meer gedeeld door het Belgisch Hof van Cassatie, noch zelfs door de auteurs die het Hof beperkt willen zien binnen de grenzen van een striktgehouden toezicht op de wettelijkheid. *„Au contraire, loin de concevoir le contrôle de légalité comme une protection du texte de la loi, les auteurs soucieux de voir la Cour de cassation se consacrer à sa mission essentielle, le maintien de l'unité de juris-*

(58) MERLIN, *Questions de droit*, V° *cassation*, § 37, aangehaald door FAYE, nr. 56.
(59) RIGAUX, nr. 246.
(60) RAIKEM en de GERLACHE, aangehaald door PAUL LECLERCQ, in zijn mercuriale als eerste advocaat-generaal in 1925, blz. 55 en 56.
(61) Verbr., 18 mei 1933, 245, op eensluidende besluiten van Procureur-generaal P. LECLERCQ, *Pas.*, 1933, 235.
(62) CORNIL, L., in zijn mercuriale van 1948, blz. 39 ; cfr. ROLIN H., blz. 274 en 275.

prudence, engagent la juridiction suprême à unifier et, le cas échéant, à redresser les solutions que les cours et les tribunaux élaborent soit pour interpréter la loi, soit pour en combler les lacunes. Consistant à dire le droit et non seulement à appliquer la loi, l'oeuvre juridictionnelle s'accomplit sous la direction et coordination de la Cour de cassation, organe suprême du pouvoir judiciaire." (RIGAUX, nr. 245).

24. RESTVERSCHIJNSELEN.

In rechtspraak en rechtsleer blijven er nochtans sporen over van de vroegere opvattingen. Alhoewel ze niet de algemene lijn volgden van de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie, waren er gevallen waarin het Hof zich afsloot in een exegetische of te dogmatische interpretatie van de teksten, die geen andere mogelijkheid openliet dan het ingrijpen van de wetgever. Een paar voorbeelden hiervan : In geval van echtscheiding van echtgenoten van verschillende nationaliteit oordeelde het Hof dat het derde lid van artikel 3 BW. de oplossing van de zogeheten „beperkende samenvoeging" oplegde, en aan deze onbevredigende uitlegging maakte slechts de wet van 27 juni 1960 een einde. De opvatting van de onderhoudsvergoeding na echtscheiding (art. 301 BW.) zuiver als een vergoeding belette de rechtspraak aan de echtgenoot die echtscheiding bekwam toe te staan indien nodig een verhoging van dat pensioen te bekomen. Een wetsontwerp moest ingediend worden om aan die situatie te verhelpen. Die twee voorbeelden zijn des te treffender daar dezelfde teksten door het Franse verbrekingshof een soepeler uitleg kregen, die toeliet ze aan de huidige noden van de samenleving aan te passen zonder wetgevende tussenkomst (63).

25. HET KONGOLESE HOOGSTE GERECHTSHOF HEEFT GEEN NOMOFILACHISCHE OPDRACHT.

Uit de combinatie van het eerste lid van artikel 57 van de Kongolese grondwet „*Les cours et tribunaux appliquent la loi et la coutume* (. . .)" en het tweede lid, 1° van artikel 60, : „*pour connaître des pourvois en cassation, formés pour violation de la loi et de la coutume*" blijkt dat de cassatieafdeling van het Hoogste Gerechtshof geen zuivere nomofilachische zending kreeg. Het rechtsprekend orgaan dat de cassatie afdeling van het Kongolese Hoogste Gerechtshof is, kreeg tot opdracht de eenheid van het door Hoven en rechtbanken toegepaste recht te handhaven.

Dat ze bij dit rechtstoezicht echter binnen formele grenzen moet blijven, ligt in de definitie van de opdracht van rechtstoezicht zelf besloten.

(63) Cfr. DE VREESE, A., De taak van het hof van cassatie, *T.P.R.*, 1967, nr. 4, blz. 567 v. Een antwoord wordt gegeven op de kritiek van Professor DEKKERS op het Verbrekingshof in „Twee houdingen", *RW.* 1954-55, col. 1497. Zie ook R. RIGAUX, blz. 364, noot 20.

De cassatierechter hoort het enkel toe te zien of de lagere rechter het positieve recht juist tot gelding heeft gebracht ; van het instituut mag geen vermomd hoger beroep worden gemaakt. Om die grenzen echter precies te trekken zal verder gezien worden dat het traditionele onderscheid tussen recht en feit overboord moet worden geworpen en dat de organieke wetgeving op het Kongolese Hoogste Gerechtshof, om klaar en doelmatig te zijn, positief de verbrekingsmiddelen zal moeten aanduiden.

26. DE INRICHTING VAN HET HOF IN FUNCTIE VAN ZIJN VOORNAAMSTE OPDRACHT : DE RECHTSEENHEID.

Deze functie van het Hoogste Gerechtshof brengt met zich concentratie van de jurisdictie in een zo gering mogelijk aantal kamers, opdat onderlinge afwijkingen zouden worden vermeden (64). In Frankrijk, de bakermat der cassatie-rechtspraak, heeft men dan ook aan het beginsel der zogenaamde *unité de chambre* (d.w.z. een strenge specialisatie van de kamers waarvan ieder zorgt voor de jurisprudentiële eenheid in het hen toegewezen gebied) zeer lang vastgehouden. Dat zoiets mogelijk is geweest, is, wat de civiele zaken betreft, goeddeels te danken aan het behoud van de *Chambre des Requêtes,* die tot taak had de civiele cassatie-zaken te beperken tot die, waarvan de cassatie door de civiele kamer waarschijnlijk leek.

De voorafgaande zifting had echter ook haar bezwaren. In de eerste en voornaamste plaats werd het verloop der cassatieprocedure te lang. In de tweede plaats werd aan het ideaal der *unité de chambre* reeds afbreuk gedaan door de somtijds afwijkende jurisprudentie van de *Chambre des Requêtes* met die van de *Chambre civile.* Een herhaaldelijk vernomen klacht was dat de eerstgenoemde te zeer de rol van de laatste op zich nam. De wet van 23 juli 1947 (*loi nº 47-1366, modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de Cassation* – J.O. 1947, blz. 7142 en 7366), bracht een radicale hervorming. De twee voornaamste wijzigingen van de cassatieprocedure zijn de opheffing van de *Chambre des Requêtes* en het definitief prijsgeven van het beginsel der *unité de chambre.*

Afschaffing van vooronderzoek in 1947 was in overeenstemming met de reeds eerder gevolgde praktijk in de landen met een naar het model van het Franse cassatie-gerecht gevormde hoogste juridictie – (in Italië in 1865, in Roemenië in 1869, in Spanje in 1934 afgeschaft). Daarentegen had men in Engeland in 1934 het reeds voor bepaalde materies bestaande gebruik om beroep op de *House of Lords,* het hoogste rechtscollege, niet toe te staan dan na voorafgaande toestemming van het *Court of Appeal,* uitgebreid in die zin, dat voortaan in geen enkel geval bij de House of Lords kan worden geappelleerd zonder voorafgaande beslissing daarom-

(64) Cfr. WINKEL, De ontwikkeling der rechtseenheid in Frankrijk en Duitsland na 1945, *N.J.B.*, 1950, blz. 797.

trent : volgens de *administration of justice (appeals)* Act. (24 en 25 Geo. 5, ch. 40) van dat jaar moest die vergunning (*leave for appeal*) gegeven worden hetzij door het door de *House of Lords* ingestelde *Appeal Committee,* hetzij door het college (meestal de *Court of Appeal*) dat het beroepen vonnis had gewezen.

Dat men in Frankrijk de voorkeur aan afschaffing van de *Chambre des Requêtes* heeft gegeven, is wellicht mede te verklaren door de omstandigheid dat – in tegenstelling met Engeland, waar door de concentratie der gerechten en de grotere gebondenheid aan precedenten de rol van het hoogste gerecht kleiner en het aantal beroepen geringer is – men zelfs bij handhaving van het vooronderzoek het aantal zaken toch niet voldoende had kunnen beperken om de *unité de chambre* te handhaven. Immers, wil in de continentale codificatie-landen het Hoogste Gerecht aan zijn doel beantwoorden (bevordering van de eenheid van jurisprudentie), dan blijkt de formele onderscheiding recht-feit in vele gevallen onvoldoende om als toetssteen voor de beoordeling der uitspraken van de lagere gerechten te dienen. Zo ziet men dan ook in Frankrijk, evenals elders, een voortdurende tendens tot uitbreiding van de controle van het hoogste gerecht met als gevolg een groter aantal zaken dat aan zijn oordeel wordt onderworpen.

Het gevolg van het prijsgeven van het beginsel der *unité de chambres* is geweest dat een herverdeling van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden : de eerste kamer (de vroegere *chambre civile*) behandelt thans uitsluitend de burgerlijke zaken in engere zin, de tweede kamer (de vroegere *Chambre des Requêtes*) de handelszaken en de financiële en fiscale zaken, terwijl de derde kamer de bevoegdheid van de vroegere *chambre sociale* (die in 1938 de *commission supérieure des loyers* verving, die vanaf 1935 als hoogste instantie fungeerde in huurzaken) heeft overgenomen, en de vierde kamer de strafzaken in volle omvang heeft behouden. Daar uiteraard de kans op divergenties veel groter is geworden dan vroeger, heeft men, naar het voorbeeld van de in 1935 bij het „*Reichsgericht*" ingevoerde regeling, en mede geïnspireerd door de in 1934 bij de Raad van State doorgevoerde hervorming, een „*assemblée plénière*" ingesteld. Deze heeft een quorum van 15 leden, waarvan minstens 4 moeten behoren tot de strafkamer, indien deze daarbij is betrokken. Tot verwijzing daarheen wordt, na advies van de raadsheer-verslaggever en het openbaar ministerie, besloten door de eerste voorzitter van het Cassatiehof op verzoek van de president van de betreffende kamer „*lorsque l'affaire pose une question de principe ou lorsque la solution serait susceptible de causer une contrariété de décisions*" (art. 41, lid. 1, wet van 1947). Indien de procureur-generaal bij het cassatiehof het schriftelijk vordert of de stemmen in raadkamer staken, volgt van rechtswege verwijzing naar de „*assemblée plénière*".

Tot verdere waarborg van de rechtseenheid heeft de wet van 1947 het bestaan voorgeschreven van het reeds bij wetsverordening van 17 juni-12 november 1938 ingestelde bureau, dat de bevoegdheid van de kamers aan het begin van elk zittingsjaar zo nauwkeurig mogelijk bepaalt ; die maatregel

heeft tot doel de nadelen van het verdwijnen van het beginsel van de *unité de chambre* te verminderen, doordat mogelijke tegenstrijdige beslissingen van de verschillende kamers, elk over wel omschreven materies oordelende, tot een minimum worden beperkt. Bovendien wordt, in navolging van de o.a. in Duitsland, Oostenrijk en Italië bij de Hoogste Gerechten aanwezige repertoria, sinds de invoering van de wet van 1947 bij de centrale griffie van het cassatiehof een systematisch register van de beslissingen bijgehouden en worden maandelijks alle gewezen arresten gepubliceerd.

Het werd nuttig geacht deze organisatorische ontwikkeling hier weer te geven, omdat het Kongolese Hoogste Gerechtshof gezien zijn hoger uiteengezette opdracht voor dezelfde problematiek zal staan.

27. DE JURIDISCHE VOLGPLICHT VAN HOVEN EN RECHTBANKEN T.O.V. DE CASSATIERECHTSPRAAK.

De uitleg die aan het derde lid van artikel 61 van de Kongolese grondwet gegeven moet worden, is o.i. niet alleen dat een cassatie-arrest verplichtend is voor de rechtbank of voor het Hof waarheen de zaak verzonden wordt na cassatie – aspect dat in de vorige nummers werd belicht. De tekst luidde in een eerste versie van de grondwet (65) : *„Les arrêts de la Cour Suprême de justice sont obligatoires pour les cours et tribunaux inférieurs".* In de definitieve tekst heet het : *„Les Cours et tribunaux inférieurs sont tenus à se conformer aux arrêts de la Cour Suprême de justice."* Gemeend wordt dat de tekst uitdrukkelijk een juridische plicht oplegt in de toekomst aan alle lagere rechtbanken (en niet alleen aan de rechtbank waarheen verwezen wordt) de cassatierechtspraak te volgen. Zelfs zonder die nieuwe tekst was men er reeds met Prof. J. DRION van overtuigd dat de rechter zich op het continent, en ook in het Kongolese geschrevenrechtelijk stelsel, in beginsel aan het *stare decisis* moet houden, zodat een arrest van het Hoogste Gerechtshof niet alleen *de facto* (66) maar eveneens *de jure* een gezag heeft dat geheel verschillend is van dat van om het even welk gezaghebbend auteur. ALLEN beweert (blz. 159) : *„The English are peculiar only in that they have admitted it more frankly, deliberately and fully than most other peoples".*

Een rechter ten gronde of een raadsheer bij het Hoogste Gerechtshof met een sterke en zelfbewuste persoonlijkheid die het op een bepaald punt niet eens is met een vroeger arrest van het Hoogste Gerechtshof, bijvoorbeeld over de strijdigheid van een rechtsgewoonte met de openbare orde, moet zich nochtans – en dit is een juridische plicht – neerleggen bij het prece-

(65) *Moniteur Congolais*, 1967, nr. 13.
(66) RIGAUX, nr. 71 en v. ; CARBONNIER, *Droit civil*, I, blz. 110 : „la Jurisprudence n'est qu'une autorité de fait et non pas une régle juridiquement obligatoire."

dent (67), onder het voorbehoud, de klaarblijkelijk onzinnige precedenten te mogen voorbijgaan, en zonder afbreuk aan zijn vrijheid om aan rechtsverfijning te doen en restrictief de in casu toe te passen regel te onderscheiden van de vroeger geformuleerde, te algemeen geachte rechtsregel.

Volgens de meeste auteurs echter zou er slechts één geval zijn waarin de Kongolese rechter ten gronde juridisch gebonden zou zijn door een hogere uitspraak, namelijk wanner hij moet uitspraak doen na verbreking en verwijzing. Voor de rest wordt hoogstens erkend dat een constante rechtspraak een rechtsgewoonte kan doen ontstaan (*Gerichtsgebrauch*), indien alle voorwaarden voor de vorming van gewoonterecht aanwezig zijn. Tussen het gezag van uitspraken van een Hoogste Gerechtshof en van een vooraanstaand jurist zou er juridisch geen verschil bestaan.

In landen waar het Verbrekingshof meer dan één burgerlijke kamer heeft, werden zoals gezien speciale reglementeringen uitgevaardigd om tegenstrijdige uitspraken te voorkomen die de rechtseenheid in gevaar zouden brengen (Franse wet van 23 juli 1947, art. 41 ; zie eveneens de Zwitserse en Duitse organieke wetten). Dit fenomeen wordt uitgelegd door het feit dat de handhaving van de rechtseenheid overal beschouwd wordt als voornaamste opdracht voor het Verbrekingshof. Zij die het gezag van de precedenten t.o.v. de lagere rechters negeren, zijn in strijd met de wet zelf. Dit gezag wordt uitdrukkelijk door de wet aangenomen *wanneer zij de verbreking in het belang van de wet voorschrijft.* In dat geval vraagt de procureur-generaal de verbreking aan, met als enig doel het herstel van de eenheid van de rechtspraak, of het uitschakelen van ongewenste tendensen. Nooit zou het Hoogste Gerechtshof dergelijk resultaat kunnen bereiken, indien aan zijn uitspraken geen gezag werd toegekend dat geheel verschillend is van dat van de rechtsleer.

28. ARGUMENTEN TEGEN DIE OPVATTING.

De argumenten die aangebracht worden om de regel *stare decisis* te doen verwerpen, worden even van naderbij beschouwd.

a) artikel 227 van het Kongolees burgerlijk wetboek, Boek Verbintenissen, (art. 1351, Wetboek Napoleon) schrijft uitdrukkelijk voor dat de vonnissen slechts tussen de partijen bindende kracht hebben. Uit dit

(67) In het Anglo-Amerikaanse rechtsgebied, ook in Engels Afrika, is het gezag der precedenten beperkt tot de *ratio decidendi.* Dit is het juridisch motief dat voor de beslissing noodzakelijk is ; noodzakelijken dit is zeer belangrijk – naar de mening van de rechter voor wie het gezag van een precedent ingeroepen wordt, en niet naar de mening van de raadsheren van het Hof die het precedent schiepen. Dit gezag is niet dwingend wanneer de lagere rechter een regel die door de *Court of Appeal* of door de *House of Lords* geformuleerd werd, al te algemeen acht – „*unnecessarily wide*" (WILLIAMS, J.L., *Learning the Law,* blz. 55). Hij doet dan aan „*restrictive distinguishing*". Het is evenmin dwingend wanner het precedent geacht wordt „*plainly unreasonable and inconvenient*" te zijn.

gezag van gewijsde wordt een argument tegen de *stare decisis*-regel geput, dat even oud als onnauwkeurig is : het gezag van gewijsde is niet verbonden aan de zuivere rechtsmotieven van een uitspraak, terwijl de *stare decisis*-regel integendeel slechts gezag toekent aan de *ratio decidendi.*

b) Het gezag van precedenten zou niet in overeenstemming te brengen zijn met het stelsel van de scheiding van machten. Indien men dit systeem echter consequent wou toepassen, zou men de interpretatie aan de wetgever zelf moeten toekennen, zoals de Franse wet van 1790 en het Pruisische Wetboek uit hetzelfde tijdvak het voorzagen.

c) De rechter zou trouw zweren aan de wet en niet aan de glossen van zijn voorgangers ; de rechter die zijn eigen mening meer gegrond acht, kan en moet zelfs een strijdige uitspraak van het Hoogste Gerechtshof terzijde leggen (68). Dit geldt zeker voor de meningen van de rechtsleer, maar niet waar het om een precedent gaat. Een hof van beroep dat een bepaalde rechtsregel toepaste en zijn arrest verbroken ziet worden, zou dus verplicht zijn, wanneer dezelfde vraag zich opnieuw voordoet, de opinie van de cassatierechters te negeren ? Het is onrealistisch hierop te antwoorden dat het Hof van Beroep de door het hoogste gerechtshof gegeven oplossing overtuigend zal vinden ; het komt immers meer dan eens voor dat rechtbanken en hoven zich van dezelfde argumenten bedienen die ze vroeger verwierpen, alleen omdat het Hoogste Gerechtshof ze sindsdien tot de zijne maakte. Zouden ze dan plots hun vroegere opvattingen voor dwalingen aanzien ?

d) Op het continent werd volgens Prof. DRION de *stare decisis* regel vóór de codificatie toegepast in die zin, dat de Hoogste Gerechtshoven zich over het algemeen verplicht achtten hun eigen beslissingen te volgen, wanneer ze met eenparigheid van stemmen en na breedvoerige beraadslaging over twijfelachtige rechtsvragen geveld werden. De meeste Hoven, zoals de Grote Raad van Mechelen, namen aan dat de lagere rechters onvoorwaardelijk gebonden waren door de rechtspraak van het Hoogste Gerechtshof.

De protesten van de auteurs van de 17de en 18de eeuw waren niet gericht tegen de *stare decisis* regel, maar tegen de misbruiken waaraan de praktizijnen zich schuldig maakten : de rechters werden bedolven onder massa's precedenten die dikwijls uit weinig betrouwbare bronnen voorkwamen. Het Pruisische wetboek van 1794 hakte de knoop door : „*Auf ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden.*" De vragen van twijfelachtige interpretatie moesten aan de *Gezetzkommission* voorgelegd worden om een verplichtende beslissing te bekomen. Bij de Franse revolutie werd het de rechters verboden

(68) Cfr. Verbr., 9 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 173; RIGAUX, nr. 73.

bij wijze van reglementsarresten verplichtende regels te formuleren. De rechtspraak werd als *„la plus détestable des institutions"* gedoodverfd. Maar het woord van ROBESPIERRE *„le mot de jurisprudence des tribunaux dans l'acceptation qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau, il doit être effacé de notre langue. Dans un état qui a une constitution, une législation, la jurisprudence n'est autre que la loi, alors il y a identité de jurisprudence,"* werd weldra als al te naïef beschouwd. Het verbod, de wet uit te leggen, werd in Pruisen reeds in 1798 opgeheven, en in Frankrijk in 1804 door artikel 4 van de preliminaire titel van het burgerlijk wetboek. In onze tijd, nu goed gemotiveerde vonnissen hetzij officieel, hetzij met ernstige waarborgen uitgegeven worden, hebben de vroegere argumenten tegen de *stare decisis*-regel hun waarde verloren. Artikel 5 van het Belgische Burgerlijk Wetboek is slechts een restverschijnsel. Het Kongolees burgerlijk wetboek bevat het trouwens niet meer.

29. DE VOLGPLICHT GELDT NIET ONVOORWAARDELIJK.

Moet de *stare-decisis*-regel onvoorwaardelijk gelden, zoals het geval is in Engeland, en zoals het in het Rusland van vóór de omwenteling was ? Er moet hier ontkennend op geantwoord worden. In Engeland zelf trouwens dient de *„restrictive distinguishing"* als middel tegen een te starre toepassing van het beginsel, waarvan het gevolg verkeerde uitspraken zouden zijn. De uitzonderingen zijn :

a) het niet-vaststaand precedent (bv. één enkel, vrij oud arrest, of waarvan de inhoud in vergelijking met een ander arrest klaarheid mist) ;
b) het klaarblijkelijk verkeerd precedent (*per incuriam* gegeven) ;
c) het precedent dat ontstond op een ogenblik waarop de (sindsdien gewijzigde) sociaal-economische omstandigheden volledig anders waren.

Die uitzonderingen zijn nuttig omdat ze het misbruik van de precedenten voorkomen, en de lagere rechter verplichten op geregelde tijdstippen de gegrondheid van vroegere uitspraken te herzien. Maar voor het overige maakt elk afwijken van een precedent een overtreding uit op de eenheid, de gelijkheid (69) en de zekerheid van het recht. De rechter zou dus niet van de *ratio decidendi* van een arrest van het Hoogste Gerechtshof mogen afwijken omdat hij ze voor verkeerd aanziet. Zo is het niet alleen wanneer het loutere feit van het bestaan van een regel op zichzelf belangrijker is dan de inhoud van die regel, maar ook wanneer het een principiële norm betreft die de lagere rechter voor ongegrond houdt.

(69) Het Zwiterse Bundesgericht verbrak aldus in 1945 een arrest van het hof van Genève, dat zonder ernstige motieven afweek van een vroegere beslissing van dat hof. Het federaal gerechtshof oordeelde dat het arrest *het beginsel van de gelijkheid van het recht geschonden had.*

Een gevestigde rechtspraak kan terzijde geschoven worden door een wijziging van de wet, of zelfs door een omkeer in de rechtspraak van het Hoogste Gerechtshof ; het hoort de lagere rechter niet toe, zich daaraan niet te onderwerpen. De rechter moet er zich van onthouden de juridische waarde of de opportuniteit van de cassatiearresten te appreciëren. Hij heeft zich slechts te vergewissen van de wil van het Hoogste Gerechtshof ; zijn vrijheid af te wijken begint slechts waar de klaarblijkelijkheid van die wil eindigt.

Indien de opstellers van de organieke wet op het Hoogste Gerechtshof de reglementering van de *stare decisis* in beschouwing zouden nemen, zou voor geheel het recht de beschikking kunnen hernomen worden die in Duitsland toegepast wordt op vragen van vrijwillige rechtsbedeling. Volgens die tekst (70) is een hof van beroep dat wenst af te wijken van een arrest van het Reichsgericht, verplicht bij dat Gericht de rechtsvraag voor te leggen, samen met de grieven die het tegen het precedent meent te moeten inbrengen.

30. DE VOORWAARDELIJKE PLICHT VAN HET HOOGSTE GERECHTSHOF ZICH AAN DE EIGEN RECHTSPRAAK TE HOUDEN.

Er blijft een ander aspect van de *stare decisis*-regel : om welke redenen houdt het hoogste gerechtshof *aan zijn eigen rechtspraak vast* ? Geen geschrevenrechtelijk jurist zal staande houden dat hij door zijn eigen precedenten op absolute wijze gebonden is. De ontwikkeling van het recht vereist dat het hoog gerechtshof kan terugkomen op zijn beslissingen, indien het beginsel verkeerd, of wegens gewijzigde omstandigheden ontoepasselijk geworden is. Zelfs in Engeland kwamen gezagvolle stemmen op tegen de absolute onderwerping van de *House of Lords* aan zijn eigen precedenten (71).

Hiermede is niet gezegd dat de *stare decisis*-regel zich niet aan het Hoogste Gerechtshof opdringt. Het gebeurt dat een kamer zich uitspreekt met een geringe meerderheid van 3 tegen 2 stemmen. Indien zich door de verplaatsing van een raadsheer een verandering van meerderheid voordoet in die kamer, dient het Hoogste Gerechtshof daarom niet terug te komen op zijn recent precedent. In werkelijkheid ziet men de nieuwe meerderheid zeer dikwijls een opinie ondersteunen die niet de hare is. Dit bewijst reeds dat het Hoogste Gerechtshof voor zichzelf het gezag der precedenten erkent. Zoals procureur-generaal LECLERCQ zei : *„si l'interprétation n'était que temporaire, variant avec les êtres éphémères qui constituent la Cour (de cassation), le but en vue duquel celle-ci a été instituée ne serait pas atteint, la Cour ne remplirait pas sa mission.*" En volgens LECLERCQ bestaat die zending erin, een uniforme interpretatie van de wet te handhaven, en hierdoor zekerheid

(70) Paragraaf 28, tweede lid, *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsarbeit.*
(71) GOODHART, A.L., Precedent in English and continental Law, *Law Quaterly Review* 1934, 65.

te verschaffen aan het rechtsleven. Prof. J. DRION preciseert dat het ook terwille van de *GELIJKHEID* van het recht is, dat de in achtneming van die regel vereist is. Krachtens ditzelfde beginsel bedient een Hoogste Gerechtshof zich van de niet-uitgegeven precedenten.

LECLERCQ onderscheidt de volgende gevallen waarin het hoogste gerechtshof op zijn vroegere beslissingen mag terugkomen :

a) wanneer zijn beslissing „de gerechtelijke vrede" niet heeft meegebracht, dit wil zeggen de eenheid der rechtspraak, of omdat ze dubbelzinnig bleek te zijn, of omdat ze door de lagere rechters en de rechtsleer bekampt wordt ;

b) wanneer een verandering in de sociaal-economische levensomstandigheden een ommekeer vereisen ; in dat geval moet het cassatiecollege zich laten inspireren door dezelfde motieven die de wetgever ertoe zouden brengen de wet te wijzigen (72).

Maar om reden van het retroactieve effect van zulke ommekeer acht het Hoogste Gerechtshof het zich dikwijls ontzegd op zijn rechtspraak terug te komen. Als uitweg op dit dilemma kan het systeem worden voorgesteld dat door verschillende *State-Courts* in de Verenigde Staten, en dat ook in Zwitserland toegepast wordt, volgens hetwelk de cassatierechter, alhoewel hij inzake een rechtspunt een beslissing velt die gelijkluidend is met zijn vroegere rechtspraak, tegelijkertijd aankondigt dat hij in de toekomst een verschillende interpretatie zal geven.

Met Prof. J. DRION, erkent men het revolutionair karakter van een dergelijke innovatie, en geeft toe dat er een andere hervorming zou moeten voorafgaan, die hierin zou bestaan dat aan de rechters de plicht zou worden opgelegd in hun motivering het precedent te vermelden waarop de uitspraak berust, alhoewel de rechters, voornamelijk die van het hoogste gerechtshof, voortdurend gebruik maken van de precedenten, maar voorwenden ze te ignoreren. Er moet eerst gebroken worden met die gewoonte, die slechts een overblijfsel is van het legistische tijdvak.

31. DE TWEEDE OPDRACHT VAN HET HOOGSTE GERECHTSHOF.

Tot hiertoe werd slechts over de oorspronkelijke juridische functie van het Hof gehandeld : de handhaving van de eenheid van rechtspraak, gekenmerkt door een „*aptitude à la généralisation*" van de oplossing van het geding waartegen een voorziening werd ingesteld. De oorspronkelijke opdracht van de cassatieafdeling van het Kongolese Hoogste Gerechtshof

(72) Besluiten bij Verbr. 26 januari 1928, *Pas.* 1928, I, 63. Cfr. CORNIL, *Het Hof van Verbreking*, mercuriale 1950, blz. 26. Volgens raadsheer de VREESE (*art. cit.*) geldt die doctrine in België onveranderd tot op heden. De volgende arresten maken hierop uitzonderingen : Verbr. 6 mei 1943, *Pas.* 157 en Verbr. 20 januari 1950, *Pas.* 333.

bestaat erin het op alle gelijkaardige hypothesen toepasselijke recht te zeggen (MARTY, blz. 365). Daarnaast heeft het Hof nochtans een tweede functie, die zich op de eerste ent : namelijk een disciplinaire functie die volgens MARTY een kostbaar middel uitmaakt om de magistraten die met de openbare dienst van het rechtspreken belast zijn in spanning te houden (73). Die bijkomstige functie die erin bestaat de „*haute police de l'ordre judiciaire*" te verzekeren (74), zal vele juristen in Kongo belangrijk lijken. Geen enkele vergissing door de rechter ten gronde begaan zou ontsnappen aan dit disciplinair toezicht, op voorwaarde evenwel dat het Hof de mogelijkheid heeft om tussen te komen.

Inderdaad, de slordigheid, het misbruik van gestereotypeerde motiveringen, de miskenning van de rechten van de verdediging, de toepassing van wettelijke maar te milde of te strenge straffen, een onberedeneerd gebruik van de door de wet erkende discretionaire macht, zijn even zoveel fouten die „rechtspraak kunnen vormen" en die in het gerechtelijk corps een degradatie van de rechtsprekende functie kunnen teweeg brengen (75). De wet wordt er ook door geschonden.

VEEGENS bemerkt die tweede functie waar hij vormverzuim onderscheidt van rechtsschending : „Het rechtsmiddel van cassatie, zoals het historisch is gegroeid, kan dus niet onder één noemer worden gebracht, maar vervult verschillende functies". Het vormverzuim onderscheidt zich inderdaad van de andere gronden, doordat het Hoogste Gerechtshof hier niet optreedt tot handhaving van de eenheid van rechtstoepassing. Indien een rechter uitspraak doet bij beschikking in raadkamer in plaats van bij vonnis in het openbaar, zal dit in de regel aan een onwillekeurig verzuim en slechts bij uitzondering aan een onjuiste wetsuitlegging toe te schrijven zijn. De cassatierechter die dergelijke verzuimen corrigeert, treedt niet op ter handhaving van de rechtseenheid, maar ter verzekering van een nauwgezette naleving van de wet. Dit komt duidelijk tot uiting in de rechtspraak van de strafkamer van de Hoogste Gerechtshoven, waar het achterhalen van formele onnauwkeurigheden een grote rol speelt.

(73) MARTY, blz. 368 ; vergelijk met R. HAYOIT de TERMICOURT, Propos sur l'article 95 de la Constitution, 1954, 513 : „*La Cour n'est pas seulement un tribunal de cassation, mais est aussi la plus haute juridiction disciplinaire de l'ordre judiciaire.*"

(74) CAMBIER C., *La loi étrangère devant le juge du fond,* Parijs 1965, blz. 100.

(75) RIGAUX, nr. 247.

HOOFDSTUK II

DE VERNIETIGING

Afdeling I DE VERNIETIGINGSRECHTBANK

32. DE VERNIETIGINGSRECHTBANK.

Naar luid van het decreet van 16 september 1959 (1) is de districtsrechtbank bevoegd om als vernietigingsinstantie kennis te nemen van de uitspraken van alle gewoonterechtbanken. Dit decreet werd op 15 maart 1960 van kracht (2).

De vernietigingsbevoegdheid bezat vóór 1960 – en sinds 1926 – (3) de parketrechtbank. Uit het hierbij afgedrukte organigram kan men zich een begrip vormen van de plaats die de vernietigingsrechtbank – vroeger dus de parketrechtbank, nu de districtsrechtbank – inneemt in de orde van de rechtbanken van geschreven recht en in de gewoonterechtelijke orde.

33. DE DUBBELE GRAAD VAN RECHTSPLEGING.

Het is een beginsel van de Kongolese rechterlijke organisatie dat, afgezien van het toezicht van de cassatierechter, recht wordt gesproken in twee volledige instanties waarin zowel de feitelijke als de rechtsvragen ter toetse komen in eerste aanleg en in hoger beroep. De vraag of cassatie kan worden ingesteld zal eerst overwogen worden nadat het geding twee instanties heeft doorlopen. Voor de inlandse rechtbanken was de toestand anders volgens de rechtsleer en een deel van de rechtspraak voor wie de verplichte dubbele graad van rechtspleging niet bestond. Om het meningsverschil hieromtrent te illustreren kan *Simba t. Manitu* (LEOPOLDSTAD, 1957, 69)

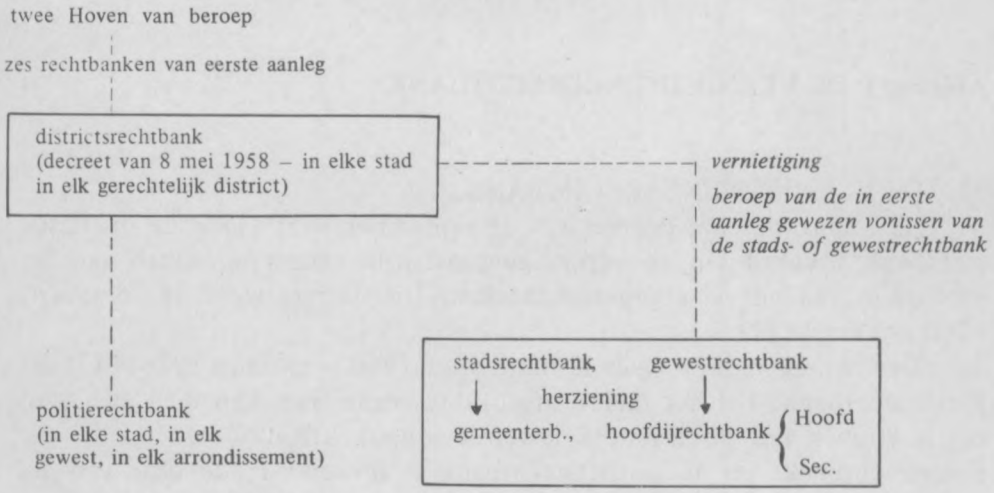
(1) *Codes*, II, blz. 112-123.

(2) Het Koninklijk Besluit van 15 maart 1960 (*B.O.*, blz. 859) schreef voor dat een reeks decreten op 15 april 1960 van kracht zouden worden, waaronder het nieuwe Wetboek op de gerechtelijke inrichting en de bevoegdheid, en het decreet van 16 september 1959 houdende wijziging van de samengeordende decreten op de inlandse rechtbanken.

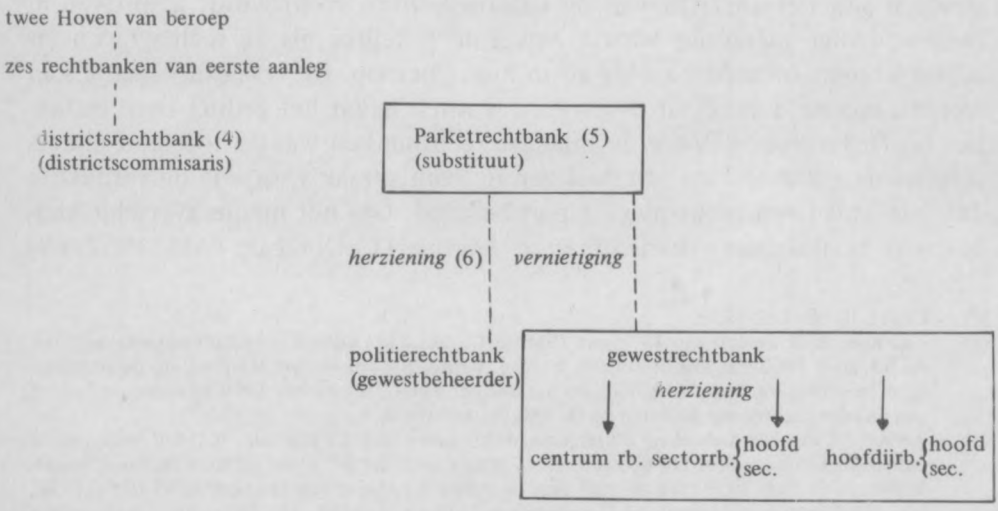
(3) Artikel 33 van het decreet op de inlandse rechtbanken, *B.O.*, 1926, blz. 461. Dit artikel werd lichtelijk gewijzigd door het decreet van 17 maart 1938 (in het eerste lid werd namelijk weggelaten „*qu'ils aient siégé avec ou sans juge de police*") en werd voortaan artikel 35 (*B.O.*, 1938, blz. 491). Door het decreet van 16 september 1959 (*B.O.*, 1959, blz. 2336) werden de artikelen 35 tot en met 38 vervangen door een nieuw artikel 35, dat nu op zich zelf hoofdstuk VI „*De l'annulation des jugements*" van het decreet vormt.

SCHEMA VAN DE BETREKKINGEN TUSSEN DE RECHTBANKEN VAN GESCHREVEN RECHT EN DE GEWOONTERECHTBANKEN

Na 15 april 1960



Voor 15 april 1960



dienstig zijn. De voorziening in vernietiging van Manitu was op de klacht gegrond dat de gewestrechtbank tegen de gewone pleegvormen gezondigd had door het geschil – het ging om een zaak van eerroof – in eerste en laatste aanleg te beoordelen. Volgens Manitu was in eerste aanleg de centrumrechtbank van Matete bevoegd. Een onderzoek werd bevolen door de parketrechtbank en bevonden werd dat de partijen akkoord waren geweest om de zaak rechtstreeks voor de gewestrechtbank aanhangig te maken ; de voorziening werd derhalve verworpen. Door procureur LAFONTAINE werd dit bestreden :

> „La règle du double degré de juridiction n'a pas été observée. Le tribunal de territoire n'est compétent en premier degré que pour les matières qu'il s'est réservées par mesure d'ordre général. Les parties ne peuvent pas déroger à ces règles de procédure qui sont d'ordre public par des conventions. Le moyen d'annulation évoqué par Manitu était valable".

Procureur-generaal DUMONT keurt het verwerpingsvonnis echter goed en schrijft aan de procureur : „*votre observation n'est pas fondée. Les décrets n'ont pas établi la règle du double degré*". (7) Later blijkt de procureur zich bij dat standpunt neer te leggen (LEOPOLDSTAD 1958, 4).

(4) De districtsrechtbank had voor die datum geen enkel verband met de inlandse rechtbanken. Ze was uitsluitend een strafrechtbank, die geen bevoegdheid had ten opzichte van vreemdelingen (d.i. de personen die niet van uitsluitend Kongolesen bloede waren of met laatstgenoemden niet gelijkgesteld waren), noch ten opzichte van militairen. Ze kon de door de wet voorziene maximumstraffen uitspreken. De rechtbank was samengesteld uit een rechter en een griffier ; de rechter was een hogere functionaris, de districtcommisaris namelijk, waarvan de adjunct van rechtswege vervangend rechter was. De rechtbank zetelde met een officier van het openbaar ministerie (*Novelles*, I, blz. 158 ; II, 204).

(5) Een parketrechtbank, een tegelijkertijd strafrechtelijke en burgerlijke jurisdictie, bestond er in elk district (bestuurlijke indeling onmiddellijk boven het gewest). Wat betrof haar burgerlijke bevoegdheid, nam zij kennis van de zuiver geldelijke gedingen waarvan de waarde de som van 25.000 fr niet te boven ging. Op deze regel bestonden drie uitzonderingen (*Novelles*, D. II, blz. 264-265).
Zoals alle rechtbanken van geschreven recht, was zij bevoegd om gewoonterecht toe te passen ; in de praktijk verzond zij de zaak echter, van zodra een gewoonterechtsnorm toegepast moest worden, naar de bevoegde gewoonterechtbank. Wat betrof haar strafrechtelijke bevoegdheid in eerste aanleg, had zij geen bevoegdheid ten opzichte van vreemdelingen, militairen, geinvesteerde hoofden en onder-hoofdmannen ; zij was slechts bevoegd voor het vonnissen van misdrijven, gepleegd door personen die op heterdaad betrapt werden of als dusdanig beschouwd werden, en voorzover het wetboek geen hogere straf dan 5 jaren strafdienst en een boete van 2.000 fr. voorschreef (*Novelles*, D. II,207-8).
Ambtshalve of op rekwest kon zij alle door de politierechtbank gewezen vonnissen *herzien*, en ambtshalve of op rekwest *alle door de inlandse rechtbanken gedane uitspraken* vernietigen.
De parketrechtbank was samengesteld uit een rechter en een griffier ; rechter was om het even welk officier van het openbaar ministerie (een beroepsmagistraat) van de rechtbank van eerste aanleg van het rechtsgebied waarin de parketrechtbank zetelde. In strafzaken kon hij zetelen met lokale bijzitters met raadgevende stem.

(6) Op de onderzochte griffies bevinden zich in dezelfde dossiers (onder de onjuiste rubriek „revision") de herzieningsvonnissen van de politierechtbanken en de vernietigingsvonnissen van de inlandse rechtbanken.

(7) Zie eveneens infra nr. 91.

34. DE SPRONGSGEWIJZE VERNIETIGING.

Het was mogelijk van een door een hoofdij-, sector- of centrumrechtbank in eerste aanleg gewezen vonnis rechtstreeks in vernietiging te gaan, zonder eerst de herziening van de gewestrechtbank aan te vragen.

In het onderzochte materiaal werden aldus talrijke vonnissen gevonden, gewezen in eerste aanleg door een hoofdij-, sector- of centrumrechtbank, waartegen rechtstreeks een voorziening werd ingesteld ; in de tabel van de vonnissen die in bijlage kan gevonden worden, werden zulke zaken van een cijfer (2) voorzien.

Voor de gevallen althans waarin de voorziening niet ambtshalve door een substituut werd ingesteld, is een vergelijking met de sprongsgewijze cassatie mogelijk. Deze werd, door de nieuwe wet op de cassatie van 20 juni 1963 in Nederland ingevoerd : in afwijking van de regel dat cassatieberoep slechts open staat tegen uitspraken in hoogste ressort, maakt het tweede nummer van artikel 398 van het Nederlandse wetboek van burgerlijke rechtsvordering het mogelijk de voorziening sprongsgewijze in te stellen. Het instituut is ontleend aan de Duitse en Italiaanse wetgeving (§ 566 a, Z.P.O. en artikel 36, 2de lid, C.P.C.). Deze kennen haar echter alleen wegens

TABEL 1

DE VONNISSEN VAN DE PARKETRECHTBANKEN IN DE ZAKEN DIE SLECHTS DE LAAGSTE TRAP VAN RECHTSPLEGING TEN GRONDE KENDEN.

Parketrechtbank		*% van het totaal van de verwerpings-vonnissen (afgerond)*	*% van het totaal van de vernietigings-vonnissen*
Leopoldstad	1957	10 %	30 %
	1958	12 %	42 %
	1959	23 %	16 %
Kikwit	1957	5 %	33 %
	1958	4 %	46 %
	1959	8 %	8 %
Thysstad	1957	8 %	29 %
	1958	2 %	71 %
Boma	1957	3 %	23 %
	1958	2 %	5 %
	1959	0	0
Matadi	1959	3 %	8 %
	1960	0	0
Inongo	1957	33 %	40 %
	1958	40 %	50 %
	1959	20 %	70 %
Kenge	1957	0	25 %
	1958	0	100 %

schending van materieel recht, niet wegens vormverzuim, – de onderscheiding tussen *error in judicando* en *error in procedendo.* De overeenkomst tot overslaan van het hoger beroep moet na de uitspraak in de eerste aanleg, maar binnen het termijn van appel worden getroffen, omdat de ontvankelijkheid van de voorziening in cassatie van haar afhangt.

35. DE IN EERSTE EN LAATSTE AANLEG GEWEZEN VONNISSEN VAN DE GEWESTRECHTBANK.

Voor de zaken die in eerste aanleg voor de gewestrechtbank moesten gebracht worden (8) bestond er vóór 1960 geen mogelijkheid van herziening. Sinds het van kracht worden van het decreet van 16 september 1959 kan de districtsrechtbank in beroep van deze gedingen kennis nemen, en is dus de regel van de dubbele graad veilig.

In de onderzochte rechtspraak werden talrijke in eerste aanleg door de gewestrechtbank gewezen vonnissen gevonden, waartegen een voorziening in vernietiging werd ingesteld ; in de tabel van de vonnissen die in bijlage kan gevonden worden, werden zulke zaken van een cijfer (3) voorzien.

TABEL 2

DE VONNISSEN VAN DE PARKETRECHTBANKEN IN DE ZAKEN DIE ALLEEN VOOR DE GEWESTRECHTBANK KWAMEN.

Parketrechtbank		*% van het totaal van de verwerpings-vonnissen (afgerond)*	*% van het totaal van de vernietigings-vonnissen*
Leopoldstad	1957	37 %	24 %
	1958	48 %	34 %
	1959	42 %	21 %
Kikwit	1957	77 %	40 %
	1958	56 %	28 %
	1959	72 %	31 %
Thysstad	1957	45 %	38 %
	1958	31 %	17 %
Boma	1957	37 %	48 %
	1958	34 %	31 %
	1959	35 %	45 %
Matadi	1959	29 %	50 %
	1960	40 %	40 %
Inongo	1957	0	2 %
	1958	20 %	2 %
	1959	25 %	0
Kenge	1957	100 %	25 %
	1958	0	0

(8) *Ibid.*

Onderstreept moet hier worden dat de bevoegdheid van de districtsrechtbank die in graad van vernietiging van een geding kennis neemt hoegenaamd niet dezelfde is als die van de districtsrechtbank in graad van beroep. De vernietigingsrechter mag de feiten die aan de oorsprong van het geding liggen niet aan een onderzoek onderwerpen : die feiten worden hem door het vonnis a quo gegeven, en zoals ze daar beschreven staan is hij verplicht ze te aanvaarden. De aanspraken van de partijen en de bewijzen ervoor worden door de districtsrechtbank in graad van vernietiging niet opnieuw onderzocht, zoals het daarentegen in graad van beroep het geval zou zijn (9). Het gaat om het proces van het vonnis a quo. Dit kan gedeeltelijk of in zijn geheel vernietigd worden.

TABEL 3

DE VONNISSEN VAN DE PARKETRECHTBANKEN IN DE ZAKEN DIE SLECHTS EEN TRAP VAN RECHTSPLEGING KENDEN.

Parketrechtbank		*% van het totaal aantal vonnissen*
Leopoldstad	1957	51 %
	1958	68 %
	1959	51 %
Kikwit	1957	78 %
	1958	67 %
	1959	60 %
Thysstad	1957	65 %
	1958	61 %
Boma	1957	56 %
	1958	36 %
	1959	40 %
Matadi	1959	45 %
	1960	40 %
Inongo	1957	38 %
	1958	56 %
	1959	58 %
Kenge	1957	75 %
	1958	50 %

(9) Verkeerd is het standpunt van Gewestrb. Elisabethstad, 23 juni 1950, *B.J.I.* 1951, 56, noot, volgens het welke een exceptie die in eerste aanleg niet opgeworpen werd, in graad van beroep het niet meer kon zijn ; eveneens het (door Parketrb. Opper-Kat. 30 april 1951, *B.J.I.*, blz. 191, terecht vernietigde) vonnis volgens hetwelke een getuige die in eerste aanleg niet gehoord werd, in herziening geweigerd moest worden. Parketrb. Kabinda, 3 januari 1950, *J.T.O. 1951*, blz. 188, met noot contra, neemt aan dat de herzieningsrechtbank door het in eerste aanleg gevormd gerechtelijk contract gebonden is.

36. DE VERNIETIGINSGRONDEN.

De gronden waarop vernietigd kan worden zijn sinds 1926 dezelfde gebleven :

1) onregelmatige samenstelling van de inlandse rechtbank (zie titel II, hoofdstuk I),
2) onbevoegdheid *ratione materiae* van de rechtbank (idem),
3) overtreding door de rechtbank van substantiële, door gewoonte of wet voorgeschreven vormen (idem),
4) uitspraak van andere dan door het decreet bepaalde straffen (idem),
5) toepassing van een gewoonterechtsnorm die strijdig is met de wetgeving of de openbare orde (zie titel III).

Naar de letter van de wet blijft het dus onmogelijk te vernietigen wegens schending of verkeerde toepassing van gewoonterecht of – strikt genomen – van geschreven recht in de gevallen waarin de gewoonterechtbanken bevoegd zijn dit recht toe te passen (zie nochtans titel II, hoofdstuk II), en wegens verschil van mening met de lagere rechtbank wat betreft de vaststelling of de interpretatie van de feiten van het geding (zie de tweede afdeling van dit hoofdstuk).

37. HET REKWEST TOT VERNIETIGING.

Het rekwest tot vernietiging geeft de districtsrechtbank jurisdictie. Volgens het huidige artikel 35 D.I.R. hoort het een substituut toe, eventueel degene die in het districtsparket speciaal met het toezicht op de inlandse rechtbanken belast is, dit rekwest – dat aan geen enkele vorm onderworpen is – in te leiden. Hij zal dit o.i. op eigen initiatief doen, indien hij zonder tussenkomst der partijen kennis heeft van een vonnis dat *ernstig de openbare orde stoort* ; indien dit laatste niet het geval is zou hij o.i. moeten verkiezen instructies te geven aan de rechters opdat het ongewenste zich in de toekomst niet meer zou voordoen (10). Meestal zullen het echter de partijen zijn die het openbaar ministerie per brief attent zullen maken op de vonnissen die hen nietig lijken en hun belangen kwetsen. Volgens het stelsel van het in 1959 gewijzigd decreet, mag de door de rechtsonderhorige aangesproken substituut er zich toe beperken de zaak aan een vluchtig onderzoek te onderwerpen, zonder de minste rechtspleging, om dan de voorziening te klasseren of bij de districtsrechtbank aanhangig te maken. Hierbij oordeelt hij eigenlijk over de zaak : hij onderzoekt het rekwest en beslist. Het wil ons voorkomen dat het verlenen aan een substituut van de macht om zonder vorm noch waarborg de voorzieningen te ontvangen of onontvankelijk te verklaren, aan

(10) Wettelijk bestaat er echter geen enkele restrictie om ambtshalve de zaak bij de rechtbank aanhangig te maken.

de rechtsonderhorigen geen voldoende waarborgen biedt, zelfs al blijft de mogelijkheid open om bij de hiërarchische overste in beroep te gaan (11).

Welke waren hieromtrent de regels die vóór het van kracht worden van het decreet van 16 september 1959 golden ? Men mag zeggen dat de huidige tekst aan de bedoeling van de wetgever van 1926 beantwoordt. Het is dus normaal dat reeds voor 15 april 1960 bepaalde substituten meenden de bevoegdheid te bezitten om, zoals naar de letter van de huidige tekst, aan de partijen het recht te ontzeggen de zaak bij de parketrechtbank aanhangig te maken, en de voorzieningen beschouwden als eenvoudige brieven waaraan ze gevolg gaven met een vernietigingsvonnis wanneer ze de uitoefening van hun rechtsmacht opportuun en gegrond achtten, of die ze zonder gevolg (en zonder motivering) klasseerden in de andere gevallen. De tekst van vóór 1959 echter gaf deze bedoeling van de wetgever niet weer, vermits hij voorschreef dat de rechter „zelfs van ambtswege" tot vernietiging kon overgaan, hetgeen impliceerde dat de normale manier om de zaak aanhangig te maken eigenlijk de voorziening van de partijen was. De instructies van de procureurs-generaal hebben de interpretatie doen aannemen volgens welke de vordering aan de partijen toebehoorde (12). In feite hadden vóór het van kracht worden van het decreet van 16 september 1959 de partijen aldus het recht de zaak aanhangig te maken bij de parketrechtbank, die dan een vonnis vellen moest om de voorziening te verwerpen of om het vonnis a quo te vernietigen. Gemeend wordt dat de *lege ferenda* tot dit stelsel zou moeten teruggekeerd worden.

Men hoort soms beweren dat de vernietigingsrechtbanken overstelpt werden met voorzieningen (13), wanneer voor partijen de mogelijkheid bestond in vernietiging te gaan, en dat het overdreven aantal verwerpingen het gevolg waren van de lichtvaardigheid waarmee partijen vaak nutteloze voorzieningen instelden. Die bewering snijdt o.i. geen hout. In verhouding tot het aantal vonnissen van de gewoonterechtbanken ten gronde, is het aantal voorzieningen inderdaad niet groot. Volgens onze berekeningen voor het rechtsgebied van de parketrechtbank van Leopoldstad werden voor elke 1.000 door de gewestrechtbank (in herziening en in eerste aanleg) gewezen vonnissen 58 voorzieningen ingesteld in 1957, 74 voorzieningen in 1958 en 50 voorzieningen in 1959 ; voor elke 1.000 door de centrumrechtbank

(11) Cfr. Parketrb. Zuid-Kivu, 23 januari 1953, *B.J.I.* 1953, 40. Cfr. *Rev. Jud.* 1963, 100.
(12) Cfr. SOHIER, A., *B.J.I.* 1955, 90.
(13) De absolute cijfers over de productiviteit van de onderzochte parketrechtbanken vindt men in de bijlagen van dit werk. Absolute cijfers over de productiviteit van alle Kongolese parketrechtbanken vond men tijdens de koloniale periode in de jaarlijkse verslagen over het bestuur van Belgisch Kongo aan de wetgevende kamers. Aangezien in de laatstgenoemde statistieken geen

gewezen vonnissen werden er in 1957 1 voorziening ingesteld, in 1958 4 voorzieningen en in 1959 3 voorzieningen (14).

Ter vergelijking kan dienen dat in 1936 in het tamelijk processlustige Oostenrijk voor iedere 1.000 in eerste aanleg beslechte processen 53 tot in hoogste instantie werden doorgezet, terwijl in hetzelfde jaar in Nederland 7 van iedere 1.000 contradictore rechtbankzaken het brachten tot de Hoge Raad (15). Om een gedachte te geven van het percentage verwerpingen volgt hier een voorbeeld uit de gegevens van Leopoldstad voor '57, '58, en 1959 (16).

Leopoldstad	*1957*	*1958*	*1959*
rekwesten	85	153	83
(waarvan ambtshalve	(5)	(15)	(2)
vernietiging	17	38	19

	1957	*1958*	*1959*
verwerping en onontvankelijk verklaring	68	115	64
	(80%)	(75%)	(77%)

onderscheid werd gemaakt tussen de herzieningen en de vernietigingen, geven die cijfers wat de productiviteit van de vernietigingsrechtbanken betreft slechts een algemene opwaartse stand weer.

TABEL 4 PRODUCTIVITEIT VAN DE KONGOLESE PARKETRECHTBAKEN.

Jaar	*Leopoldstad*	*Elizabethstad*
1930	380	-
1931	555	-
1932	512	251 (238 en 13)
1933	617	317 (277 en 40)
1934	957	-
1935	996	-
1937	806	297 (237 en 60)
1936	977	391 (311 en 80)
1938	622	195 (161 en 34)
1939	636	168
1940	539	265
1941	383	172
1942	218	133
1943	311	201
1944	474	331 (238 en 93)
1945	518	272 (224 en 48)
1946	417	233 (216 en 17)
1947	321	390
1948	445	452
1949	542	352
1950	511	296
1951	818	373
1952	716	426
1953	983	418
1954	1127	530
1955	984	459
1956	1000	438
1957	1420	404
1958	1443	530

(14) Statistieken voor Leopoldstad.

	1957	1958	1959
centrumrechtbank	8792	7453	5725
gewestrechtbank (in herziening en in eerste aanleg)	1271	1695	1373
rekwesties in vernietiging	85	153	83
waarvan ambtshalve	5	15	2
a) tegen in eerste en laatste aanleg gewezen vonnissen van :			
centrumrechtbank	11	28	15
gewestrechtbank	26	65	29
b) tegen vonnissen die de dubbele graad van rechtspleging gekend hebben	48	60	39

(15) Cfr. VEEGENS, nr. 17.

(16) Voor de statistieken over het aantal verwerpingen voor het hele onderzochte rechtsgebied : cfr. tabel 7.

In het jaar 1936 werd in Oostenrijk in 75 % van de gevallen het beroep op het opperste rechtscollege verworpen, in dat zelfde jaar liet de Hoge Raad in Nederland eveneens 75 % van de voorzieningen stranden (17). Indien door de parketrechtbank van Leopoldstad (het hoogste rechtsorgaan voor de gewoonterechtelijke jurisdicties uit zijn rechtsgebied) van 1957 tot 1959 respectievelijk 80 %, 75 % en 77 % van de rekwesten verworpen werden, blijkt dit dus eerder normaal, al was het middel in handen van de partijen.

38. DE VERNIETIGING OP REKWEST VAN HET OPENBAAR MINISTERIE.

Het begrip „partij" moet natuurlijk uitgebreid worden tot het openbaar ministerie, steeds voornaamste partij in strafzaken (18), terwijl in burgerlijke zaken zijn vorderingsrecht beperkter is. Ter verduidelijking moet hier vermeld worden dat, wanneer het openbaar ministerie in cassatie gaat, de partij in geding de officier van het openbaar ministerie is die bij de jurisdictie zetelde waarvan de uitspraak aangevochten wordt, en niet de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie (RIGAUX, nr. 8). De voorziening in vernietiging daarentegen wordt ingesteld door de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie bij de vernietigingsrechtbank. In het perspectief van een toekomstige wetgeving op het Kongolese Hoogste Gerechtshof moet in dit verband een suggestie van H. BEKAERT (19), om het openbaar ministerie de mogelijkheid te geven in cassatie te gaan telkens in een geding van privaatrecht de belangen van de gemeenschap in gevaar worden gebracht met voorbehoud onthaald worden. Men aarzelt het Hof uit te nodigen zich uit te spreken over betwiste rechtsvragen zonder het toe te laten ingelicht te worden door een tegensprekelijk debat (20). Dit was nochtans de toestand voor de parketrechtbanken. De substituut tot wiens taak het hoorde toezicht uit te oefenen op de inlandse rechtbanken – disciplinaire functie – kon ambtshalve een zaak aanhangig maken. In de tabel van de vonnissen, die in bijlage kan gevonden worden, werden zulke zaken van een cijfer (1) voorzien.

39. HET AMBTSHALVE OPWERPEN VAN EEN VERNIETIGINGSMIDDEL.

Met het ambtshalve aanhangig maken mag niet verward worden het

(17) VEEGENS, blz. 44.

(18) Cfr. artikel 36 van het decreet op de coutumiere rechtbanken, die aan het openbaar ministerie het recht van beroep voor de districtsrechtbanken geeft *„dans les affaires où une sanction pénale a été prononcée"*.

(19) BEKAERT, H., *Introduction à l'étude du droit*, Brussel 1964, nr. 114. Zie ook de besluiten van procureur-generaal PAUL LECLERCQ voor *Verbr.*, 28 mei 1936, 275.

(20) *„La contradiction des parties, qui est son guide le plus sûr"*, zei procureur-generaal LEO CORNIL in zijn mercuriale van 1950, blz. 23. Zie ook de mercuriale van procureur-generaal HAYOIT de TERMICOURT in 1963 (blz. 21).

ambtshalve opwerpen van een middel door de parketrechtbank, eenmaal de zaak aanhangig gemaakt werd. Volgens aantekeningen van de procureur-generaal hoorde zij dit te doen : bijvoorbeeld onder LEOPOLDSTAD 1958, 118 : „*En cas de demande d'annulation, le juge doit d'office examiner si tous les motifs d'annulation prévus par la législation sont à écarter*". Zoals we zullen zien zijn de wettelijke vernietigingsgronden praktisch allemaal middelen van openbare orde. Dit staat in tegenstelling tot wat in de cassatie in burgerlijke zaken in België en Nederland gebeurt (zie infra, nr. 198).

TABEL 5

DE AMBTSHALVE AANHANGIG GEMAAKTE VOORZIENINGEN IN VERNIETIGING.

Parketrechtbank		*% van het totaal van de vernietigingen*	*% van het totaal van de verwerpingen*
Leopoldstad	1957	29 %	2 %
	1958	42 %	0
	1959	5 %	0
Kikwit	1957	13 %	0
	1958	15 %	4 %
	1959	19 %	3 %
Thysstad	1957	29 %	0
	1958	9 %	0
Boma	1957	32 %	0
	1958	11 %	2 %
	1959	5 %	0
Matadi	1959	8 %	0
	1960	0	0
Inongo	1957	36 %	0
	1958	93 %	0
	1959	50 %	0
Kenge	1957	0	0

40. DE CASSATIE IN HET BELANG VAN HET RECHT.

Bij het ambtshalve aanhangig maken van de vernietigingsinstantie door het opebaar ministerie denkt men aan het oud-Franse recht : „*une autre source de mécontentement étaient les ,cassations en commandement' intentées non pas par les parties, mais par le Roi. On les considère souvent comme l'archétype de la cassation dans l'intérêt de la loi*". (21)

(21) CHENON, E., *Histoire générale du droit français public et privé*, blz. 553. Over het misbruik van het vellen van „*des arrêts de propre mouvement*", zie ook CORNIL L., *op. cit.*, I, blz. 8, 34 en v.

We kunnen de ambtshalve vernietiging inderdaad vergelijken met de cassatie in het belang van de wet in België, Nederland, Frankrijk en – nemen we een Afrikaans land dat reeds een wet op het Hoogste Gerechtshof heeft – in Kameroen.

> Artikel 38 van de genoemde Kameroense wet op het Hoogste Gerechtshof luidt : „Si le procureur général près de la Cour Suprême apprend qu'il a été rendu en dernier ressort une décision contraire aux lois et aux formes de procéder et contre laquelle cependant aucune des parties n'a réclamé dans le délai fixé, après ce délai expiré, il en saisit la Cour suprême. Si une annulation intervient, les parties ne peuvent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de la décision annulée laquelle vaut transaction pour elles" (22).

Behalve de partijen zal ook de procureur-generaal bij het Kongolese Hoogste Gerechtshof zich in cassatie kunnen voorzien „in het belang van het recht". Dit buitengewone rechtsmiddel heeft tot doel de mogelijkheid te openen ter wille van de eenvormige wetstoepassing beslissingen in hoogste instantie uit te lokken over actuele rechtsvragen. De rechtzoekenden behoeven daardoor niet af te wachten, of een hunner bereid is een geschilpunt van wellicht gering financieel belang aan het Hoogste Gerechtshof voor te leggen en het daaraan verbonden kostenrisico te dragen. Wordt de vordering van de procureur-generaal gegrond bevonden, dan raakt de uitgesproken vernietiging de rechten van partijen niet (23). De vordering kan ingesteld worden zowel tegen in kracht van gewijsde gegane vonnissen, als tegen uitspraken waartegen geen rechtsmiddel kan worden aangewend. Aan een termijn is de procureur-generaal niet gebonden. De gronden tot cassatie in het belang der wet zijn dezelfde als die voor het cassatieberoep van partijen. Bij dit rechtsmiddel komt verwijzing naar de lagere rechter uiteraard niet te pas.

VEEGENS merkt op dat in Nederland sinds 1946 de praktische betekenis van de cassatie in het belang van de wet is toegenomen door de verhoogde activiteit van het openbaar ministerie bij de Hoge raad. Terecht hebben zijn leden hun aandacht bij voorkeur gewijd aan rechtskwesties, die de lagere instanties bezig houden en niet over grote financiële belangen lopen. Aldus kan de werkzaamheid van de cassatierechter ook ten goede komen aan de belangen van de kleine man.

(22) Cfr. art. 1089 en 1090 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek.

(23) Dit is wel het geval bij cassatie op bevel van de minister van justitie. Aldus volgens artikel 39 van de genoemde Kameroense wet : „*Le garde des sceaux, ministre de la justice peut prescrire au procureur général de déférer à la Cour suprême les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs.*
Les parties sont mises en cause par le procureur général qui fixe les délais pour produire leur mémoire ampliatif en défense ; le ministère d'avocat n'est pas obligatoire. La cour suprême annule ces actes, s'il y a lieu, et l'annulation vaut à l'égard de tous."
Cfr. art. 1088 en 1091 van het Belgisch Gerechtelijk wetboek. Deze procedure blijkt VEEGENS (nr. 41) hoogst wenselijk in verband met een uit volkenrechtelijk oogpunt onjuist voorkomend vonnis of arrest.

Van de voorzieningen in het belang van de wet werd echter gezegd : *„dat ze van te uitzonderlijke aard zijn om meer te zijn dan een bevestiging van de regel dat het aan de belanghebbende partijen hoort de cassatierechtspleging in gang te brengen* (24)".

41. DE VERNIETIGING OP REKWEST VAN DERDEN.

Het gebeurde dat *derden de zaak bij de parketrechtbank aanhangig maakten,* zoals bijvoorbeeld de districtscommissaris in KIKWIT 1958, 3 op grond van een beweerde verkeerde toepassing van een districtsreglement, een officier van gerechtelijke politie in een strafrechtelijke zaak (KIKWIT 1957, 30), een derde die belang had bij de zaak doch geen partij was (LEOPOLDSTAD 1958, 42). Door een brief van de voorzitter van de gewestrechtbank werd de zaak ingeleid in de volgende gevallen :

BOMA 1958,	28, 47, 52, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 70, 78, 91, 92, 106, 109, 113, 115, 117, 140, 141, 142, 144, 148, 157 ;
BOMA 1959,	4 ;
MATADI 1958,	88 ;
MATADI 1959,	2, 7, 9, 16, 18, 20, 21, 22, 24, 25, 28, 29 ;
KENGE 1957, 2 ;	2 ;
THYSSTAD 1958,	30.

MINEUR stelde de vraag of een derde hiertoe het recht had (25). Hij meende van wel in de gevallen waarin het openbaar ministerie de zaak ambtshalve had kunnen aanhangig maken, *„ne fut-ce que dans un intérêt de jurisprudence"*.

42. DE TERMIJN VAN VERNIETIGING.

Een kort woord over de vernietigingsrechtspleging. Te rekenen van de datum van het vonnis van de gewoonterechtbank heeft de substituut van de Staatsprocureur *vier maanden tijd om een rekwest ter griffie neer te leggen.* Vóór 1960 moest de vordering in vernietiging bijtijds op de griffie van de parketrechtbank ontvangen worden om de uitspraak van het vernietigings-

(24) CORNIL, L., mercuriale van 1948, blz. 39. Cfr. ROLIN, H., *De la nature et de la fonction de la Cour de cassation,* inleiding tot Boek V, *Centre d'études pour la réforme de l'Etat, La réforme de la procédure,* Brussel 1939, III, blz. 273, noot 1, die de interpretatie namelijk door GARSONNET en CEZAR-BRU van de voorziening in het belang van de wet gegeven bekritiseert. *„Il est contraire à toute méthode"*, schreef raadsheer Henri ROLIN, *„de voir dans cette procédure exceptionnelle, dans cette cérémonie académique, aboutissant à une déclaration platonique, le modèle de la procédure normale de cassation"*.

(25) *J.T.O.* 1953, 137.

vonnis binnen de zes maanden vanaf het vonnis a quo mogelijk te maken (26).

In drie bijzondere gevallen was en is de termijn langer. Volgens artikel 35, § 2 van het decreet wordt de termijn verlengd wanneer : 1) de rechtbank uitsprak over een feit dat naar geschreven recht een misdrijf uitmaakt (tot aan de dood van de veroordeelde of tot de intreding van de verjaring), 2) het vonnis andere dan door het decreet voorziene straffen oplegde (tot de straf volledig ondergaan werd), 3) een gewoonterechtsregel die niet toegepast mocht worden, werd toegepast (tot er geen nut meer te vinden is in de vernietiging).

In de gepubliceerde rechtspraak vindt men hiervan de volgende voorbeelden : het vonnis schond de openbare orde door het bestaan van een geldig gesloten, gewoonterechtelijk huwelijk niet in aanmerking te nemen (parketrb. Tang. 16 november 1933, *B.J.I.*, 1935, blz. 116), het vonnis schond de openbare orde (parketrb. Ht. Lomani, 5 oogst 1949, *B.J.I.*, 1951, blz. 126 met noot). Het vonnis waarin ten onrechte een echtscheiding uitgesproken werd, kan vernietigd worden zolang de echtgenoten in leven zijn (parketrb. Kivu, 11 oktober 1947, *B.J.I.* 1948, blz. 230, *J.T.O.* 1950, blz. 46 met noot). Het vonnis van de rechtbank die onbevoegd was om het decreet van 1922 op het arbeidscontract toe te passen, kan vernietigd worden totdat de overtreding verjaard is (parketrb. Kivu, 7 maart 1949, *B.J.I.* 1951, blz. 87). De rechtbank beging een machtsoverschrijding door de inschrijving van de kinderen in het identiteitsboekje van hun vader te bevelen (parketrb. Lualaba, 21 november 1953, *J.T.O.*, 1954, blz. 26 met noot). Een met de openbare orde strijdige gewoonte werd toegepast (parketrb. Rwanda 12 november 1951, *J.T.O.* 1952, blz. 23 met noot, parketrb. Zuid-Kivu, 22 januari 1953, *B.J.I.* 1955, blz. 78, met noot, 2 juli 1953, *B.T.C.* 1961, 106, met noot). Gevonnist werd dat een na 6 maanden ingeleide vordering onontvankelijk was, indien niet ingeroepen werd dat de toegepaste gewoonte strijdig was met de openbare orde (parketrb. Ht. Lomani, 4 december 1957, *J.T.O.* 1958, blz. 142). In een zaak van vrijwillige slagen en verwondingen mag het vonnis waaruit de schending van substantiele vormen blijkt, vernietigd worden zolang de publieke vordering niet verjaard is (parketrb. Kibali Ituri, 11 juli 1951, *J.T.O.*, 1952, blz. 111). Een vonnis waarbij een door het decreet niet voorziene straf werd uitgesproken kan vernietigd worden zolang de straf niet volledig werd ondergaan (parketrb. Alb. 5 februari 1938, *B.J.I.* 1939, blz. 191).

De rechtspraak aanvaardde eveneens dat de termijn verlengd werd indien een geval van heirkracht – de zorgzaamheid van de partijen moest buiten kijf staan – de rechtbank had verhinderd zich binnen de gestelde termijn uit te spreken (parketrb. Opper-Kat., 12 maart 1951, *J.T.O.*, 1952, blz. 153, noot, 28 januari 1955 *J.T.O.*, blz. 135 met noot en blz. 169).

(26) Cfr. bij voorbeeld Parketrb. Tanganyika 14 mei 1949, *B.J.I.*, blz. 163.

In het onderzochte materiaal vonden we slechts de volgende gevallen waarin de bijtijds ingeleide voorziening *pas na zes maanden beantwoord werd :*

Binnen de wettelijke termijn ingeleid, doch pas na 6 maanden vernietigd.
LEOPOLDSTAD 1957, 3 ; LEOPOLDSTAD 1958, 5 ; KIKWIT 1958, 54 ; BOMA 1957, 84 ; INONGO 1957, 10, 18, 19, 24, 25 ; INONGO 1958, 1, 5.

Binnen de wettelijke termijn ingeleid, doch pas na 6 maanden verworpen.
LEOPOLDSTAD 1959, 16 ; THYSSTAD 1958, 5, 46 ; BOMA 1958, 23 ; MATADI 1959, 3, 6.

TABEL 6

DE ONONTVANKELIJK VERKLAARDE VOORZIENINGEN IN VERNIETIGING.

Parketrechtbank		*% van het totaal aantal voorzieningen*
Leopoldstad	1957	6 %
	1958	9 %
	1959	19 %
Kikwit	1957	3 %
	1958	4 %
	1959	5 %
Thysstad	1957	3 %
	1958	4 %
Boma	1957	3 %
	1958	0
	1959	2 %
Matadi	1959	0
	1960	17 %
Inongo	1957	0
	1958	3 %
	1959	6 %
Kenge	1957	0

43. NIEUWE PROCESSUELE BEPALINGEN.

In de huidige wetgeving moet het rekwest betekend worden aan alle partijen, alsmede aan de griffier van de gewoonterechtbank die het vonnis a quo uitsprak. Dit laat de partijen toe buiten elke zitting hun geschreven of ter griffie geacteerde opmerkingen omtrent de voorziening aan de rechtbank

te laten geworden. De griffier van de gewoonterechtbank moet binnen de veertien dagen het vonnis en het dossier van de zaak overmaken aan de griffie van de districtsrechtbank. De districtsrechtbank moet uitspreken *binnen de drie maanden* na de ontvangst van het rekwest van de substituut. Die bepalingen zijn nieuw.

44. DE UITVOERBAARHEID VAN HET AANGEVOCHTEN VONNIS.

Gedurende maximum drie maanden mag zij de schorsing van de uitvoering van het vonnis a quo, gedeeltelijk of in haar geheel, bevelen. In beginsel is het aangevochten vonnis dus uitvoerbaar. In de Franse, Belgische en Italiaanse rechtspleging heeft de voorziening in cassatie evenmin schorsende kracht, behalve in strafzaken. In Nederland daarentegen bezit het beroep in cassatie schorsende kracht, buiten de gevallen waarin de rechter de voorlopige tenuitvoerlegging heeft bevolen. Dit is een uitvloeisel van de opvatting van de Nederlandse wetgever die in de cassatie een rechtsmiddel als een ander heeft gezien (VEEGENS, nr. 62). Ook de Duitse *Revision* heeft opschortend gevolg.

In de onderzochte rechtspraak werden de volgende gevallen ontmoet waarin de parketrechtbank *een bevelschrift tot schorsing* nam :

Bevelschrift tot schorsing, waarna vernietiging :
LEOPOLDSTAD 1958, 76, 81, 111 ; LEOPOLDSTAD 1959, 70, 79, 82.

Bevelschrift tot schorsing, waarna verwerping :
LEOPOLDSTAD 1957, 35 ; LEOPOLDSTAD 1958, 32, 112 ; MATADI 1959, 25.

45. DE RECHTSBIJSTAND.

De partijen deden soms een beroep op een „verdediger" (défenseur), en soms wel eens op een advokaat. Dit gebeurde in de onderzochte rechtspraak in de volgende gevallen :

Bijstand van een advokaat, vernietiging bekomen.
LEOPOLDSTAD 1957, 18, 38 ;
LEOPOLDSTAD 1958, 75, 111, 147 ;
THYSSTAD 1957, 2, 20, 23, 52 ;
MATADI 1960, 1.

Bijstand advokaat, verwerping rekwest.
LEOPOLDSTAD 1957, 6, 26, 30, 53, 59, 61, 75 ;
LEOPOLDSTAD 1958, 9, 18, 35, 58, 73, 78, 80, 84, 87, 89, 98, 100, 110, 142, 143 ;

LEOPOLDSTAD 1959, 6, 13, 15, 43, 83 ;
KIKWIT 1959, 59 ;
THYSSTAD 1957, 4, 24 ;
THYSSTAD 1958, 1, 25, 46 ;
BOMA 1957, 3, 16, 30 ;
BOMA 1958, 71, 86.

De partijen leggen soms nota's neer om hun standpunt uit te leggen (bijvoorbeeld in MATADI 1959, 9, KIKWIT 1959, 24, THYSSTAD 1957, 25). Het gebeurt dat in de vernietigingsinstantie een partij door een vriend of een familielid vertegenwoordigd wordt (b.v. in BOMA 1957, 84).

46. DE UITZONDERING OP DE VERZENDINGSPLICHT VAN DE VERNIETIGINGSRECHTBANK.

De parketrechtbank mocht het recht niet op de feiten van het geding toepassen, en kon dus in de meeste gevallen (27) aan het geding geen definitieve oplossing geven. De definitieve oplossing van het geding waar de pleiters op wachten, moest na een nieuwe rechtspleging gegeven worden door een coutumiere rechtbank. Vóór het van kracht worden van het decreet van 16 september 1959 was deze nieuwe rechtspleging helemaal aan het initiatief van de oorspronkelijke eiser overgelaten (28), maar sindsdien hoort het de districtsrechtbank zelf toe de zaak te verzenden naar de rechtbank die de definitieve oplossing aan het geding zal moeten geven, hetzij een andere gewoonterechtbank dan degene die het vonnis a quo gewezen heeft, hetzij dezelfde doch anders samengestelde rechtbank.

Zoals in het Frans-Belgische cassatiestelsel was de parketrechtbank bij gegrond-bevinding van het beroep steeds verplicht de zaak ter verdere afdoening aan een lagere rechter over te laten. Sinds het van kracht worden van het decreet van 16 september 1959 bestaat er een belangrijke uitzondering op dit verbod ten gronde te beslissen en aan de verzendingsplicht : indien de districtsrechtbank een definitieve beslissing kan nemen zonder een onderzoek te moeten doen om een feit van het geding vast te stellen of om stelling te nemen bij de interpretatie van feiten van het geding, mag hij het geschil beslechten, en mag hij dus het recht op de feiten zoals ze door de rechter ten gronde „vastgelegd" werden, toepassen. Ten behoeve van zijn

(27) Maar niet altijd, want er zijn gevallen van vernietiging waarna geen verzending nodig is, namelijk wanneer de vernietiging niets overlaat om ten gronde over te beslissen ; bij voorbeeld wanneer het mogelijk is een deel van de aangevochten uitspraak te vernietigen en de rest te laten bestaan : een van de uitgesproken straffen was niet wettelijk, bv. relegatie, maar de rest is volmaakt ; na vernietiging valt er niets meer te beslissen in geval van overschrijding van rechtsmacht.

(28) Noot onder Parketrb. Opper-Lomami, 5 augustus 1949, *B.J.I.* 1951, blz. 126 met noot.

rechtspraak ten principale moet de vernietigingsrechter uiteraard de processtukken van de vorige instantie raadplegen en zo nodig uitleggen, voor zover hij niet gebonden is door een beslissing van de rechter ten gronde. De wetgever heeft het belang van de rechtzoekende zeer gediend door de vernietigingsrechter op te dragen waar mogelijk ten principale uitspraak te doen.

Het eerste lid van artikel 45 van de Kameroense verordening nr. 59, 86 van 17 december 1959 bevat een soortgelijke bepaling voor het Hoogste gerechtshof van Yaounde : „*Lorsque la Cour Suprême annule la décision qui lui est déférée, elle peut, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature spécialement désignée à cet effet, soit, si l'affaire est reconnue en état au fond, évoquer et statuer*".

Afdoening ten gronde vindt men eveneens in Madagascar en in de Centraalafrikaanse Republiek. Slechts betreffende arresten in strafzaken bepaalt artikel 68 van de wet van 19 juli 1961 op het Hoogste Gerechtshof van Madagascar : „Lorsque la Cour Suprême annule un arrêt ou un jugement rendu en matière correctionnelle ou de police, elle renvoie le procès et les parties devant une juridiction de même ordre et degré que celle qui a rendu la décision annulée et, à défaut, devant la même juridiction autrement composée". Artikel 100 bepaalt dat „si le deuxième arrêt est cassé pour les mêmes motifs que le premier, l'assemblée plénière évoque et statue au fond" (29). De wet houdt geen analoge bepalingen in voor de burgerlijke en handelszaken, noch voor de arresten in strafzaken, maar aangezien artikel 100 geplaatst is in een hoofdstuk „Gemeenschappelijke bepalingen", mag men besluiten dat het om een vergetelheid van de wetgever gaat en dat de oplossing voor de correctionele en politiezaken voorgeschreven, uitgebreid moet worden tot de andere materies. In de Centraalafrikaanse Republiek bepaalt artikel 59 van de wet van 15 november 1961 op het hoogste gerechtshof dat : „sauf exception prévue par la loi, la Cour Suprême peut, en cas de cassation, s'il y a impossibilité de constituer une juridiction de renvoi, évoquer et statuer au fond par une décision non susceptible de recours. Si la Cour Suprême n'évoque pas, elle renverra devant une juridiction de même ordre que celle qui a statué et qui devra, sur le point de droit, se conformer à la jurisprudence de la Cour Suprême".

In Nederland is de Hoge Raad alleen tot verwijzing verplicht in twee gevallen :

1) In geval van cassatie wegens verzuim van op straf van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen. Dan moet de procedure immers worden herbegonnen.

2) Indien de beslissing van de rechtsvraag ten gronde een *nader onderzoek naar de feiten* noodzakelijk maakt.

(29) De „*assemblée plénière*" wordt gevormd door de vereniging van de cassatiekamer en van de administratieve kamer.

Wanneer de zaak echter in staat is om gewezen te worden, en het gaat om schending van de wet – sedert de wet van 20 juni 1963 : schending van het recht – (of om overschrijding van rechtsmacht) dan is de Hoge Raad gerechtigd *de zaak zelf af te doen, „ten principale recht te doen"*, en heeft er geen verwijzing plaats. Cassatie dus *zonder* verwijzing wanneer dit zonder onderzoek van de feiten mogelijk is, wanneer het m.a.w. om een „zuivere" rechtskwestie gaat (30).

Is de Hoge Raad echter, in de zoëven geschetste voorwaarden, wel tot verwijzing gehouden, dan zal hij dit sedert de hervorming van 1963, althans in principe, doen naar de rechter zelf wiens uitspraak wordt vernietigd. Het staat echter ter discretie van de Hoge Raad eventueel te verwijzen naar de naasthogere of de aangrenzende rechter.

Het Nederlandse systeem blijkt een geslaagde versmelting te zijn van elementen ontleend aan de klassieke Frans-Belgische Cassatie en van elementen verwant aan de Duitse *Revision* (31).

Het *Duitse* procesrecht kent geen eigenlijke verwijzing in de zin van verwijzing naar een andere rechter dan deze die heeft gestatueerd. In die zin kent Duitsland dan ook geen eigenlijke cassatie, al is de *revisio in jure* met haar onderscheid tussen feitenkwesties en rechtsvraag wel aan de Franse Cassatie ontleend.

De voorziening in „Revision" betekent dat het Bundesgerichtshof de juridische redenering van de rechter „herziet", ze eventueel hervormt en zelf statueert, echter steeds met inachtneming van de feiten zoals ze door de rechter werden vastgesteld. Ook wanneer er cassatie is wegens onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid van het beroep kan het *Bundesgerichtshof* zelf statueren (par. 565 III 2 ZPO). Alléén als de zaak *niet in staat is* om gevonnist te worden, zal ze worden teruggewezen naar dezelfde rechter die opnieuw statueert, echter met verplichte inachtneming van de juridische oplossing van het Bundesgerichtshof. Er is tenslotte ook terugwijzing naar dezelfde rechter ingeval van cassatie wegens vormverzuim.

In Italië kan het Cassatiehof in bepaalde gevallen zelf statueren, zonder verwijzing, en kan het zelfs de maatregelen bevelen tot uitvoering van zijn arrest. Het Cassatiehof zal zonder verwijzing verbreken in gevallen die de bevoegdheid of de jurisdictie betreffen. Maar ingeval van cassatie wegens schending of verkeerde toepassing van een rechtsregel, formuleert het Hof het beginsel en verwijst het naar een andere rechter van dezelfde rang, die zich naar dit beginsel zal moeten gedragen.

(30) VEEGENS, nrs. 141 en v.
(31) DE VREESE, A., De taak van het hof van cassatie, *T.P.R.*, 1967, nr. 4, blz. 577.

47. DE VERSCHEIDENHEID VAN DE TOT IN DE VERNIETIGINGS-INSTANTIE DOORGEZETTE GEDINGEN.

Tot slot van deze afdeling is het wellicht interessant in een tabel de aard van de gedingen aan te geven die in de onderzochte tijdspanne voor de bestudeerde parketrechtbanken kwamen. Dit overzicht laat toe de besluiten dat alle soorten geschillen die door de gewoonterechtbanken beslecht werden, in de dossiers van de parketrechtbanken kunnen gevonden worden.

Afdeling II. HET VERBOD TE TREDEN IN DE BEOORDELING VAN DE ZAKEN ZELF

„Es ist einerseits die Tatsache abstrakter, anderseits die Rechtsordnung konkreter zu gestalten."
SAUER, *Grundlagen des Prozessrecht, 1929, blz. 63.*

„A vrai dire, dans la vie juridique, le pur fait et le pur droit sont introuvables : le fait n'a d'existence que de l'instant où il devient matière à l'application du droit, le droit n'a d'intérêt que de l'instant où il vient s'appliquer au fait ; et par suite, dès qu'un juriste pense le fait, il le pense comme *matière* de droit, dès qu'il pense le droit, il le pense comme *forme* destinée au fait."

RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français,* 1926, blz. 115

"L'antinomie fait-droit est fausse si on oppose au fait la règlementation juridique qu'il est appelé à recevoir."

RIGAUX, nr. 39 en 57.

48. CASSATIE- EN VERNIETIGINGSRECHTER : GEEN RECHTERS IN BEROEP.

De taak van de vernietigingsrechter kwam in de geest van de wetgever in 1926 overeen met die van de cassatierechter (32). De cassatierechter nu

(32) C.R.A., 1926, *Exposé des motifs,* blz. 63 ; SOHIER, A., *Droit de procédure,* 2de uitg., nr. 926, 352.

koop, ontbinding ervan	2	4	1	–	1	2	–	–	–	–	3	1	–	–	–	1	2	–	–
huishuur	2	–	2	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	1	–	–	–	–
lening	2	1	1	1	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
ruil	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
lastgeving	1	1	2	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
vennootschap	–	2	–	–	–	3	2	2	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–
bewaargeving	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
pand, inbeslagneming	1	2	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
ondernemingscontract	3	2	2	–	1	1	–	–	1	1	2	–	–	–	–	–	–	–	–
huur van diensten	–	1	1	–	–	–	–	–	1	–	–	1	–	–	1	–	–	–	–
leercontract	–	–	–	1	–	1	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–
vervoercontract	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–	–	–
onverschuldigde betaling	1	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–	–	–	–
wisselbrief	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–
likelemba	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
7																			
burgerlijke aansprakelijkheid	4	4	1	1	1	1	2	1	7	1	3	1	–	–	1	1	1		
vergoeding	–	5	–	1	1	–	1	–	–	4	1	1	1	–	2	–	–		
overlijdensvergoeding	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–		
8																			
belastingen	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–		
9																			
publiekrecht : het luipaardsvel, erfopvolging van groeperings-hoofd, machtsmisbruik	–	–	–	2	4	5	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–		
10																			
geschrevenrecht : verkeer, hygiëne, provinciaal reglement, sectorreglement, toezicht op werklozen, schoolplicht, decreet op vuurwapens, strafrecht	–	1	–	5	2	2	–	4	–	–	1	–	–	3	16	7	3		
11																			
niet-uitvoering van vonnis	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–		
12																			
eerbied aan hoofdman	–	–	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–		
gewoonterechtelijke misdrijven : poging tot zelfmoord, doodsbedreigingen, bedreigingen	2	–	1	–	–	–	1	–	1	1	–	–	2	–	2	–	–		
brandstichting	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–	–		
diefstal	1	1	–	2	2	–	1	–	2	3	–	–	–	1	1	1	–		
verduistering van fondsen	–	–	–	–	1	–	1	–	–	–	–	1	–	2	–	1	–		
misbruik van vertrouwen	1	1	–	1	–	–	2	–	–	1	–	–	–	3	–	–	–		
aanslag op de goede zeden	–	–	–	–	2	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–		
verkrachting, poging ertoe	–	1	1	–	1	–	–	1	–	–	–	–	–	1	2	1	–		
gezinsverstoring	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–	–	–		
kwaadsprekerij, laster	1	2	–	–	–	–	1	–	2	1	–	–	–	–	–	–	–		
openbare beledigingen	–	2	–	–	1	1	–	–	–	3	1	–	–	–	–	–	–		
zittingsmisdrijf, valse getuigenis	–	1	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–		
slagen en verwondingen, gevecht (met lansen), dronkemans-twisten, twisten tussen vrouwen van polygamen	2	8	1	–	–	1	–	–	2	4	–	2	–	1	3	2	–		
openbaar fetichisme, kibangisme	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	2	–	–	–	–	–		

	LEOPOLDSTAD			KIKWIT			THYSSTAD		BOMA			MATADI		INONGO			KENGE
	1957	58	59	57	58	59	57	58	57	58	59	59	60	57	58	59	59
1																	
echtscheiding	5	28	7	2	6	2	3	11	12	8	1	3	1	1	3	1	–
terugzending naar het dorp	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
onderhoudsvergoeding en vergoeding na echtscheiding, onderhoud van kinderen	1	6	2	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
verloving en verbreking ervan	1	–	2	–	–	–	1	–	–	1	2	–	–	–	–	–	–
bestaan van het huwelijk, vervanghuwelijk	3	8	1	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–	–	1	–	–
bruidsprijs	1	–	1	–	3	1	–	1	–	–	–	–	–	7	1	1	–
reïntegratie van de echtelijke woonplaats, herneming van het huwelijksleven	1	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
concubinaat, restitutie aan ex-bijzit, onbestendige geslachtsbetrekkingen	–	2	–	–	–	1	–	–	1	–	1	–	1	–	–	–	–
verleiding, vergoeding aan de natuurlijke moeder	1	–	4	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
ontmaagding	1	2	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
overspel	2	2	1	–	–	4	–	–	2	2	–	1	1	–	3	1	1
polygamie	–	1	–	–	1	1	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
afstamming, erkenning van kinderen, onderhoud van natuurlijk kind	–	1	–	–	1	1	–	–	1	–	–	1	–	–	–	–	–
toekenning van kinderen	2	3	1	1	1	–	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–
bewakingsrecht over kinderen	2	2	2	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
ouderlijke macht, voogdij	3	2	5	–	1	1	2	1	–	–	–	2	–	–	–	–	–
slavernij	–	–	–	–	1	2	2	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–
2																	
bezitsrecht op stedelijke percelen	4	13	10	2	1	1	–	–	–	2	–	–	–	–	–	–	–
bijbouw	2	8	3	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
revindicatie	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
uitwinning	1	1	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
verkoop	4	2	3	–	–	–	1	–	–	–	2	5	–	–	–	–	–
schenking	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
erfenis	1	8	6	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
medeeigendom	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
pand	–	–	–	–	–	1	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–
vennootschap	3	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
openbare verkoop	1	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
3																	
grondrecht : clantoebehoren, prijs, vergoeding, pand, erfenis, schenking	–	2	2	10	13	21	44	46	66	103	94	22	3	2	8	–	1
jachtrechten	1	–	–	4	2	2	–	–	–	–	–	–	–	1	1	–	–
visrechten	–	–	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–	1	–	–
4																	
erfenis	2	3	1	2	–	2	–	–	–	3	1	–	–	–	–	–	–
huwelijksgoederen	–	–	1	–	–	–	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–
schenking	–	1	–	–	–	–	–	–	1	–	–	–	–	–	–	–	–
5																	
roerende eigendom,																	
revindicatie van vee, motorwagen	–	–	–	–	2	1	–	–	3	3	–	–	–	–	–	–	–

bekreunt zich niet om de feiten, zegt men, „*il ne connaît pas au fait*" ; juister geformuleerd : hij treedt niet in de beoordeling van de zaken zelf ; hij is geen rechter ten gronde. Er zijn twee redenen voor : de feiten zullen ten eerste veel beter vastgesteld en juister gewaardeerd worden op grond van een rechtstreekse mondelinge rechtspleging door de lagere rechters, die dichter bij de rechtsonderhorigen staan. Nutteloos is het dus deze feiten slechter dan voorzien, dit is met meer kansen op onjuistheid, opnieuw te laten beoordelen. Vermits het hoogste rechtscollege de feiten toch niet beter kan beoordelen dan de lagere rechters, vraagt het gezonde verstand – en ook het beginsel van gelijke rechtstoepassing – een stap verder te zetten en het meteen bij algemene processuele (33) regel te verbieden dit te doen, om het toe te laten zich beter van zijn specifieke taak – waarover in het eerste hoofdstuk gesproken werd – te kwijten ; het centraal rechtscollege mag inderdaad niet met werk overstelpt worden, omdat er wegens de vereiste kwaliteiten slechts een beperkt aantal cassatierechters kunnen zijn en omdat, zelfs als dit aantal verhoogd zou kunnen worden, dit niet gewenst is wegens de betrachting naar een zo beperkt mogelijk gehouden aantal kamers met het oog op de *nagestreefde rechtseenheid.*

Een bijkomende reden is van judiciair-sociologische aard : voor de Franse revolutie heerste de leer dat rechtspraak uitoefening was van gedelegeerd koninklijk gezag. Ieder gerecht beschouwde zich als souverein. Vandaar de onophoudelijke twisten tussen de parlementen onderling en met de Conseil, over het evoceren van zaken. Hiervan blijven nog restverschijnselen over in de psychologie van de „natuurlijke" rechters die, dichter bij de rechtsonderhorigen staande, de „bemoeizucht" van het centraal rechtscollege met lede ogen aanzien en verdragen ; men zou dit met soevereiniteitsconflicten kunnen vergelijken. Op het punt der gerechtelijke vaststelling van de feiten (waar ze toch sterker in zijn) is er niets op tegen om bij algemene regel de lagere rechters een gebied aan te duiden waarin ze soeverein zijn (34). Deze formulering kan echter tot misverstand aanleiding geven, en de „soevereine waarderingsbevoegdheid van de rechter ten gronde" mag niet verkeerd verstaan worden. De uitdrukking betekent niet dat de rechter ten gronde meester is van een eens en voor altijd afgebakend, voorbehouden gebied, waar hij aan elke controle van het Hoogste Gerechtshof ontsnapt, gebied dat men in tegenstelling tot het „recht", het „feit" zou kunnen noemen. Onder hetgeen tot de soevereine macht van de rechter ten gronde behoort, moet datgene verstaan worden, wat in een bijzondere cassatierechts-

(33) Deze regel werd gecodifieerd in de nieuwe Nederlandse wet op de cassatie. Artikel 419, 2° en 3° lid, luidt : „De feitelijke grondslag der middelen kan alleen worden gevonden in de bestreden uitspraak en in de stukken van het geding. De Hoge Raad is gebonden aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten is vastgesteld."

(34) Dat past trouwens best in het perspectief van een sterke uitvoerende macht, die geen te machtig hoogste gerechtshof wil hebben. *Divide et impera.*

pleging buiten elke discussie staat. De feiten van het geding zijn „gestold" zoals ze „beslist werden te zijn" door de rechter ten gronde, voorzover die beslissing niet door de partijen aangevochten werd op grond van een vergissing van juridische aard, en ze moeten als zodanig aangenomen worden door het Hof van cassatie (35).

Laten we in een eerste paragraaf zien of, en hoe, dit conflict gesteld werd met betrekking tot de vernietigingsrechter (vóór 1960 de parketrechtbank, tegenwoordig de districtsrechtbank) en de gewoonterechtelijke jurisdicties (§ 1) ; vervolgens hoe dit motto „*le juge de fond ne connaît pas du fait*" kan worden verstaan (§ 2 en § 3).

§ 1. De parketrechtbank en het verbod „ne pas connaître du fait"

49. DE UITDRUKKINGEN „NE PAS CONNAITRE DU FOND" EN „NE PAS STATUER AU FOND".

Wanneer in 1926 het decreet op de inlandse rechtbanken opgesteld werd, was „*connaître du fond des affaires*" een geijkte uitdrukking geworden in het continentale rechtsleven.

De uitdrukking was ontstaan tijdens de Franse revolutionaire periode. De wet van 27 november-1 december 1790 bepaalde dat „*sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal (de cassation) ne pourra connaître du fond des affaires*" (art. 3) en de regel werd grondwettelijk in de constitutie van 3-14 september 1791 (Titel III, hoofdstuk V, art. 20). De grondwettelijke akte van 24 juni 1793 herhaalde dat het cassatietribunaal „*ne connaît point du fond des affaires*" (art. 99) ; het beginsel werd weergegeven in de grondwet van 5 fructidor jaar III (22 oogst 1795) (art. 255), in die van 22 frimaire jaar VIII (13 december 1799) (art. 66). We vinden het weer in artikel 95 van de Belgische grondwet : „Er bestaat voor geheel België één Hof van verbreking. Dit hof neemt geen kennis van de feitelijke toedracht der zaken, behalve voor de berechting van ministers" (36), en – we stippen het nu reeds aan – in 1964 (en 1967) zal de Kongolese grondwet dat overnemen : „*Elle (la Cour Suprême) ne connaît pas du fond des affaires*".

In het decreet van 1926 kwam nochtans een andere formulering voor dan de geijkte. Artikel 33 D.I.R. schreef voor dat de parketrechtbank mocht vernietigen, „mais sans *statuer* au fond", zonder ten gronde recht te spreken (beter : zonder de zaak ten gronde af te doen) ; over deze uitdruk-

(35) RIGAUX, nr. 88, nr. 166 tot 173.

(36) De Belgische constituante ontleende het aan andere teksten : artikel 7, 3de lid, van de wet van 20 april 1810 en artikel 35 van het besluit van 15 maart 1815, Het werd hernomen door artikel 17, eerste lid, van de wet van 4 augustus 1832. Er wordt aan herinnerd in het begin van artikel 609 van het ontwerp voor het nieuwe Belgische gerechtelijk wetboek, maar het werd weggelaten uit het artikel 608 omdat de verenigde commissies dit rappel nutteloos achtten. (Doc. parlem. Senaat, zitting 1964-65, nr. 170, blz. 104.)

king staat in het verslag van de Koloniale Raad het volgende commentaar te lezen : „En aucun cas le tribunal ne peut *connaître du fond de l'affaire.* Lorsque donc l'annulation est prononcée, la juridiction indigène compétente est saisie à nouveau du fond par la partie demanderesse (. . .)". Men bedoelde feitelijk dus hetzelfde als in de cassatiewetgeving, maar gebruikte andere woorden.

Over de juiste draagwijdte van dit beginsel schreef SCHEYVEN :

> „De sérieuses difficultés se présentent lorsqu'il s'agit d'assigner à ce principe sa véritable portée, distinguer ce qu'il renferme *de ce qui n'en est pas la conséquence nécessaire."* (cursivering van mij). „Le fond de l'affaire, dit Dalloz, V° *Cassation,* nr. 1199, c'est ce qui fait l'objet des conclusions des parties, la contestation qui les divise et l'incertitude sur le point de savoir de quel côté est le droit et la légitimité des prétentions". C'est en quoi la Cour ne peut s'immiscer ; *l'objet de la demande ne peut être par elle ni adjugée ni abjugée ;* elle ne peut donc juger un procès en appliquant aux faits de la cause les principes du droit et de la loi ; ce qu'elle juge, c'est la sentence même qui en dernier ressort a tranché le litige. Il n'y a à ce principe qu'une véritable exception, c'est le jugement des ministres." (37)

De toelichting op de wet van 7 juli 1865 (38), over een hervorming van het Hof van cassatie (39), besloot in dezelfde zin dat de woorden : „*connaître du fond des affaires*" steeds betekend hadden : het recht op de feiten toepassen.

> „Le jugement du point de droit, quoique définitif, est donc toujours en dehors du jugement du fond. Etre investi du pouvoir de porter un pareil jugement, ce n'est point être investi du pouvoir de connaître du fond ; ce dernier pouvoir n'appartient qu'à l'application au fait du point de droit souverainement jugé."

De uitdrukking „*statuer au fond*", die gebruikt werd in het decreet op de inlandse rechtbanken, blijkt dus accurater dan „*connaître du fond*". De tekst van artikel 33 D.I.R. beduidde dat de rechtbank slechts de macht had om te vernietigen, zonder op positieve wijze een antwoord te geven op de concrete, door de pleiters gestelde vraag. Dit antwoord moest door een gewoonterechtbank gegeven worden.

De bedoeling van het decreet was de gewoonterechtstoepassing soeverein in de handen van de gewoonterechtelijke rechtbanken te laten, en de mogelijkheid tot vernietiging slechts als ultiem wapen in de handen van de toezichthoudende substituut te geven, in de gevallen waarin de openbare

(37) SCHEYVEN, blz. 115.
(38) *Pasinomie,* 1865, blz. 217. Zie ook : HAYOIT de TERMICOURT R., *Propos sur l'article 95 de la Constitution,* 1954, 509 en 510.
(39) In navolging van de Franse wet van 1 april 1837 werd het „*référé législatif*" afgeschaft.

orde het vereiste (40), maar dit *zonder meer,* zonder laatst genoemde de kans open te laten de bemoeizucht zóver te drijven dat hij zich met de concrete oplossing van het geding zou inlaten. Door het gebruik van die formule werd echter geen aanduiding gegeven over de wijze waarop de rechtbank tot de beslissing van de vernietiging moest komen (41) ; verder in het artikel 33 zou op de positieve wijze de aanduiding gegeven worden van vijf punten waarop door de vernietigingsrechter gelet moest worden. Een zinsnede uit een aantekening van procureur-generaal DUMONT (onder LEOPOLDSTAD 1957, 68) lijkt ons dit onderscheid te onderschrijven : *„les tribunaux de parquet son saisis du fond, mais ne peuvent statuer que par voie d'annulation."*

Hier weze opgemerkt dat sommige parketrechtbanken echter te ver gingen in de afzijdige houding van overlaten aan de soevereine rechtsbedeling van de lagere rechtbanken, en er zich namelijk toe beperkten de processtukken na te gaan om zich ervan te vergewissen dat er geen vormen van openbare orde werden geschonden. Aldus bijvoorbeeld LEOPOLDSTAD 1959, 24 : *„attendu que les motifs invoqués ont trait au seul fond de l'affaire, que le tribunal de parquet n'a à connaître que de la forme* (42)". Dit gaat te ver, al was het maar omdat de vernietigingsrechtbank volgens de wettelijke tekst ook moet nagaan of de toegepaste materiële gewoonterechtsnorm niet tegen de algemene openbare orde indruist. Dat het niet alleen om de vormen van openbare orde gaat, blijkt o.i. uit richtlijnen van het parket-generaal van Leopoldstad (43) volgens welke de vernietigingsrechters de feiten zoals ze uit de stukken blijken, moesten kennen en in hun vonnis weergeven. Een vernietigingsrechter, zoals een cassatierechter (44),

(40) Zie over dit begrip infra, Titel III. De toelichting op het decreet van 16 september 1959 specifieert nog : *„dans un certain nombre de cas intéressant l'ordre public (. . .)".*

(41) Daarom moet het vernietigingsvonnis (Parketrb, Opper-Kat., 14 april 1956, *J.T.O.* 1956, 183) bijgetreden worden, waarin gezegd wordt : *„Le Tribunal du Parquet siégeant au degré d'annulation des tribunaux indigènes, peut procéder à une instruction pour vérifier si les conditions d'annulation prévues par l'article 35 des décrets coordonnés se trouvent réunies."* Cfr. Parketrb. Opper-Katanga, 4 oktober 1950, *J.T.O.* 1951, 113.

(42) Men denkt hierbij aan de *„querela nullitatis"* uit het Pruisische gemene recht, een rechtsmiddel dat het best kan worden vergeleken met een appèl wegens (ruim opgevatte) vormverzuimen. *De Allgemeine Gerichtsordnung für die Preusischen Staaten* van 6 juli 1793 deed een eerste stap om haar om te vormen tot een uit de gedachte der rechtseenheid afgeleid rechtsmiddel; aan de gronden werd toegevoegd de schending van een *„Klares Gesetz"*. Cfr. VEEGENS, nr. 14.
In Algiers gold het omgekeerde : de Muselmaanse herzieningskamer van het Hof van Algiers kon volgens een decreet van 25 mei 1892 slechts oordelen over de schending van een rechtsgewoonte of van een Islamitische rechtsregel betreffende onroerende goederen, erfopvolging of het personeel statuut, maar niet over de schending van vormen. Cfr. *Rev. Jur. et Pol. de l'Union fr.* 1949, nr. 1,83. ,

(43) Onder LEOPOLDSTAD 1958, 23 en 70 ; KIKWIT 1958, 24. *„Le jugement du tribunal de parquet doit reproduire l'objet du litige : les préventions dans les affaires pénales, les prétentions dans les affaires civiles. Il faut narrer l'origine des litiges ou les causes des poursuites, et résumer les motifs du premier jugement."* Terecht laten consideransen van vonnissen zoals BOMA 1958, 12 blijken dat de feiten de aandacht van de parketrechtbank genoten.

(44) RIGAUX, nr. 22 ; *„La cour de cassation doit ignorer le fond, mais elle ne saurait ignorer le fait"*. Zie deze afdeling, in fine.

mag immers geen beslissing nemen over de grond van de zaak (*le fond*), maar zou niet mogen verwaarlozen rekening te houden met de feiten van het geding (*le fait*). Deze richtlijnen zijn betekenisvol, ze duiden op een onbewuste aanvaarding van het feit dat de vernietigingsrechter zijn opdracht breder is gaan opvatten, en zich niet alleen meer bevoegd achtte om te vernietigen indien de opgelegde vormen van geschrevenrechtelijke, judiciaire openbare orde (45), en indien de algemene openbare orde (46) geschonden werden, maar ook indien op het concreet geding het recht überhaupt niet correct was toegepast (47).

50. GEEN CAUSALE BAND TUSSEN HET VERBOD VAN AFDOENING TEN GRONDE EN HET VERBOD IN DE FEITELIJKE BEOORDELING VAN DE ZAAK TE TREDEN.

Het moet onderstreept worden dat het verbod van afdoening ten gronde of, anders gezegd, het gebod om de uitspraak over de rechten en verplichtingen der gedingvoerende partijen over te laten aan de natuurlijke rechters (48), niet in causale betrekking staat tot een ander verbod – dat echter noch voor de cassatie, noch voor de annulatie, expliciet in een tekst (49) weer te vinden is – en dat eveneens in een geijkte uitdrukking geperst werd, namelijk „*ne pas connaître du fait*". Deze laatste formule geeft uitdrukking aan een louter jurisprudentiële regel. Deze is logisch gezien onafhankelijke van de wettelijke regel, die vervat is in het vermelde artikel 33 D.I.R. Er volgt een voorbeeld waarin de dikwijls gemaakte foutieve deductie duidelijk blijkt. De parketrechtbank van Urundi (50) verwierp – o.i. trouwens terecht – een vordering in vernietiging wegens onbevoegdheid van een vonnis van een hoofdijrechtbank in een zaak van diefstal :

> „lorsque le tribunal indigène se déclare compétent à propos d'une infraction de vol, estimant que, en raison des circonstances, la peine méritée ne doit pas dépasser deux mois, il fait une appréciation de fait. Le tribunal du parquet, qui ne peut statuer au fond, n'a pas le pouvoir de déclarer que le juge aurait dû se déclarer incompétent, ce qui substituerait son appréciation de fait à celle du juge du fond."

(45) Zie hierover Titel II, hoofdstuk I.
(46) Zie over dit begrip titel III.
(47) Cfr. Titel II, Hoofdstuk II.
(48) Het verbod van afdoening ten gronde is eveneens te onderscheiden van het verwijzingsgebod. Cfr. RIGAUX, nr. 19. Dit te maken onderscheid blijkt uit de wetgeving op de parketrechtbank ; art. 33 kent inderdaad het vermelde verbod, maar niet het verwijzingsgebod.
(49) De tekst van het decreet spreekt nergens over enig onderscheid tussen het feit en recht en houdt geen uitdrukkelijk verbod in om van een feitelijke toedracht kennis te nemen bij de instructie van een wettelijk vernietigingsmotief.
(50) Parketrb. Urundi, 3 juni 1957, *J.T.O.*, 173, noot A.S.

Dat de parketrechtbank niet ten gronde recht mag spreken brengt logisch niet met zich mede dat hij zich niet met de feitelijke omstandigheden van het geding mag bezighouden. In een noot onder dit vonnis legt ook A. SOHIER een causale band tussen deze twee onafhankelijk van elkaar staande verboden :

> „on en conclut (du principe que la cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires) qu'elle doit accepter comme souveraine toutes les appréciations et constatations du juge du fond quant aux faits, et notamment quant à leur gravité qui détermine le taux effectif de la peine."

We kunnen ook omgekeerd redeneren. Sinds een decreet van 16 september 1959 werd in de tekst van artikel 35 (nieuw) van het decreet op de inlandse rechtbanken de formule „*ne peut statuer au fond*" weggelaten, vermits het verbod om de zaak ten gronde af te doen niet langer absoluut is : „*en cas d'annulation de tout ou partie du jugement rendu, le tribunal de district statue sur le fond, si la matière est en état de recevoir une décision définitive. Sinon il renvoie l'affaire (. . .)*" (51). Deze toestemming om uitzonderlijk in de vernietigingsuitspraak op positieve wijze een oplossing te geven aan het geschil door concreet het recht op de aangebrachte en door de lagere rechter geapprecieerde feiten toe te passen, geeft de districtsrechter echter evenmin ipso facto de bevoegdheid om te vernietigen omdat hij op de feiten een andere visie heeft dan de lagere rechter. Dat hij de zaak ten gronde mag afdoen geeft hem niet noodzakelijk het recht, in zijn eigen beschouwingen over de feitelijke toedracht der zaak redenen tot vernietiging te vinden. Die twee vragen zijn gescheiden. Het dient dus te worden onderstreept dat aan de onderzochte jurisprudentiële regel niet de doodsteek werd toegebracht door het decreet van 1959, dat de districtsrechtbank toestaat ten gronde recht te spreken „ *si la matière est en état de recevoir une décision définitive.*" Het nieuwe artikel 35, § 5, van het decreet op de inlandse rechtbanken heft in uitzonderlijke gevallen wel het verbod op van „*statuer au fond*", maar raakt niet aan het jurisprudentiële verbod van „*connaître des faits.*"

De terminologie die gebruikt werd in de onderzochte vonnissen van de parketrechtbanken geeft uitdrukking aan dezelfde verwarring tussen de twee te onderscheiden verboden „*ne pas statuer au fond*" en „*ne pas connaître du fait*".

(51) Cfr. eerste afdeling van dit hoofdstuk, nr. 46.

Naast de uitdrukkingen *„argumentation de fait"* (52), *„argumentation de pur fait"* (53), *„appréciation de fait"* (54), vindt men in de verwerpingsvonnissen zeer dikwijls *„l'argument appartient au fond du litige"* (55), *„les prétentions concernent le fond de l'affaire"* (56), *„le demandeur veut remettre en question le fond de l'affaire"* (57), *„il n'appartient pas au tribunal de statuer sur le fond de l'affaire"* (58), *„le motif touche le fond du litige"* (59), *„ils relèvent du fond"* (60).

51. DE VOOR DE PARKETRECHTBANKEN GELDENDE JURISPRUDENTIELE REGEL NIET IN DE FEITELIJKE BEOORDELING VAN DE ZAKEN TE TREDEN.

Ondanks de betwistbare terminologie is de bedoeling echter duidelijk, en – alhoewel de tekst nergens van enig te maken onderscheid tussen feit en recht gewag maakt – aanvaardde de rechtspraak van de parketrechtbanken constant dat de vernietigingsrechter geen rechter over de feiten mag zijn (*„ne peut connaître du fait"*). Een vonnis zoals dat van KIKWIT 1958, 39 geeft keihard het beginsel weer – wat zelden voorkomt :

> „attendu qu'en statuant comme il l'a fait, le tribunal de territoire a condamné à tort Kapindji au paiement de dommages-intérêts à Kionza, que le tribunal a motivé sa décision, même si elle est inexacte."

De substituut is in dit geval de mening toegedaan dat de vaststelling der feiten verkeerd gebeurde. Maar het gaat om een beslissing over feiten van het geding en hij maakt van zijn magistratenhart een steen en verwerpt de voorziening. En men denkt hierbij aan de woorden uit de openingsrede van een Belgisch procureur-generaal in 1832 :

> „juges des jugements, vous n'avez point pour mission de réformer toutes les décisions injustes, de corriger toutes les erreurs judiciaires mais vous devez faire règner la loi en souveraine absolue." (aangehaald door SCHEYVEN, blz. 32).

Voorbeelden waarin terecht verworpen werd, omdat gevraagd werd de beslissing over de feiten van de rechter ten gronde te herzien :

(52) bijv.THYSSTAD 1957, 57.
(53) bijv. LEOPOLDSTAD 1957, 55 en 78 ; LEOPOLDSTAD 1958, 36 en 136.
(54) bijv. BOMA 1958, 57 en 49.
(55) bijv. LEOPOLDSTAD 1959, 57.
(56) bijv. LEOPOLDSTAD 1959, 59.
(57) bijv. LEOPOLDSTAD 1957, 6-16-59-65 ; LEOPOLDSTAD 1958, 8-22-30-33-35-39-50-58 ; LEOPOLDSTAD 1959, 24-61 ;KIKWIT 1958, 8
LEOPOLDSTAD 1959, 24-61; KIKWIT 1958, 8-25-39-46; KIKWIT 1959, 14-28-29-31-34-35-38-49-51-52-53-54-56-59-63-65; THYSSTAD 1957, 7-9-11-56; THYSSTAD 1958, 10-32-33-65-66-60; BOMA 1958, 28-122-152.
(58) Bijv. LEOPOLDSTAD 1957, 80 ; LEOPOLDSTAD 1959, 38 en 76.
(59) Bijv. BOMA 1958, 86 en 104.
(60) Bijv. BOMA 1958, 87.

KIKWIT 1959, 28 (de man die veroordeeld werd omdat hij de tanden van de eiser had gebroken, beweerde in de voorziening dat die tanden op het ogenblik der feiten niet meer bestonden) ; 34 (de eiser hield staande dat hij de rechter niet geslagen had) ; LEOPOLDSTAD 1957, 16 (de eiser vroeg langere respijttermijnen) ; LEOPOLDSTAD 1957, 59 (de eiser vond de strafmaat te hoog) ; LEOPOLDSTAD 1959, 57 (de eiser beweerde de overeenkomst op grond waarvan hij veroordeeld werd, onder morele dwang te hebben getekend : *„attendu que la validité de la convention appartient au fond du litige"*) (61).

Dit wil niet zeggen dat deze jurisprudentiële regel steeds door iedere rechter gevolgd werd. Dikwijls heeft men inderdaad de indruk dat bepaalde substituten een eigen opinie hebben over de feiten in geding, en dan maar naar een wettelijk voorziene stok grijpen om de hond te slaan. Voorbeelden waarin geannuleerd wordt bij gebrek aan voldoende motivering, en waar het eigenlijk gaat om verschil in appreciatie van feiten tussen parketrechtbanken en lagere rechtbanken, zijn legio. De Belgische cassatierechter loopt trouwens ook soms die verboden (62) paadjes in. Prof. RIGAUX wees erop hoe twee verbrekingsmiddelen, namelijk de miskenning van de bewijskracht van geschreven stukken en het toezicht op de motivering, het verbrekingshof hebben toegelaten zijn toezicht uit te breiden tot het oordeel over de feiten. *„Cette jurisprudence permet à la Cour d'exercer sur le jugement du fait"*, merkt hij terloops op, *„un contrôle très différent du contrôle de légalité décrit ci-dessus."* (nr. 131, in fine). Soms verhelen de parketrechtbanken zelfs hoegenaamd niet dat ze de zaak in haar concrete aspecten onderzoeken. In een aantekening bij het vonnis worden ze dan wel eens door hun hiërarchische meerdere op de vingers getikt.

Aldus bijvoorbeeld MATADI 1959, 40 (de parketrechtbank interpreteerde een getuigenverhoor anders dan de gewestrechtbank) ; KIKWIT 1957, 8 (de parketrechtbank hoorde getuigen over de feiten van het geding bij rogatoire commissie) ; LEOPOLDSTAD 1957, 83 (*„qu'à cela s'ajoute que les recherches effectuées ont permis de découvrir une déclaration de l'ayant droit à la dot"*) ; LEOPOLDSTAD 1957, 54 ; 1958, 100 ; MATADI 1959, 8 (de parketrechtbank nam akte van een bekentenis) ; LEOPOLDSTAD, 1958, 135 (de parketrechtbank apprecieert een bewijs) ; BOMA 1959, 66 : *„C'est à tort que le tribunal déclare consacrer une situation de fait en maintenant l'indivision"*.

Men weet dat de cassatierechter oordeelt over het recht, en over niets anders. De tekst en het gewoonterecht waarop zijn bezigheid gegrond is, beperken zijn rol. Zodra de drempel van het Hoogste Gerechtshof is overschreden, moet de magistraat die tot nog toe zijn hele carrière lang zowel in

(61) Parketrb. Lomami, 9 september 1958, *J.T.O.* 1959, 181.
(62) RIGAUX, nr. 267 : *„cette extension donnée au contrôle de légalité paraît beaucoup moins justifiée. . .".*

feite als in rechte oordeelde, zijn ervaring vergeten en zijn geest ombuigen tot de dissociatie waarop voortaan zijn bezigheid zal gegrond zijn. Dat is geen gemakkelijke omschakeling. De vernietigingsrechter wisselt echter voortdurend deze twee denkwijzen af, zodat het begrijpelijk is dat hij soms wel zijn eigenlijke taak over het hoofd ziet. De raadsheer in cassatie is door zijn bevoegdheid een specialist van het onderscheid tussen feit en recht ; de vernietigingsrechter integendeel bestrijkt van een zaak van burentwist, nadat hij zich al over de avonturen van een man die in een niet aangeduide val sukkelde gebogen heeft, tot een annulatiedossier, waarin alleen de rechtsvraag gesteld mag worden. Het is vandaar normaal dat hij niet met dezelfde nauwkeurigheid als de raadsheer in cassatie oog heeft voor het onderscheid tussen feit en recht : voor hem is het slechts een episode uit zijn beroepsleven.

TABEL 8

DE OP GROND VAN HUN FEITELIJKE AARD VERWORPEN VOORZIENINGEN IN VERNIETIGING.

		verworpen voorzieningen	*omdat ze uitsluitend gegrond zijn op betwisting van feiten (63)*	*Rest (64)*
Leopoldstad	1957	63	35	28
	1958	104	67	37
	1959	53	28	25
Kikwit	1957	22	17	5
	1958	27	21	6
	1959	36	24	12
Thysstad	1957	38	26	12
	1958	54	38	16
Boma	1957	75	55	20
	1958	119	94	25
	1959	95	63	32
Matadi	1959	31	19	12
	(1960)	(5)	(5)	(0)
Inongo	1957	3	3	0
	1958	15	11	4
	1959	5	5	0
Kenge	(1957)	(1)	(0)	(1)

(63) De verwerpingsvonnissen gebruiken zeer dikwijls een stereotiepe uitdrukking, waarmee bedoeld wordt dat de feitelijke toedracht der zaak buiten hun bevoegdheid ligt. Bij het in tabel brengen van verwerpingsvonnissen wegens het feit dat de voorziening gegrond is op feiten, houden we geen rekening met het gebruik van die stereotiepe uitdrukking.

(64) Rest = verworpen omdat de wettelijke vernietigingsreden waarvan in de voorziening gewag werd gemaakt, niet aanwezig blijkt, omdat de (volgens de eiser) verkeerd toegepaste gewoonte niet gecontroleerd mag worden (rigoristische houding, cfr. nr. 53), of omdat de toepassing van gewoonte of geschreven recht juist werd bevonden (houding die een controle op de rechtstoepassing aanvaardt, cfr. nr. 53).

Veronachtzaming van de hier bestudeerde jurisprudentiële regel door eiser in vernietiging blijkt intussen toch de grote reden tot verwerping te zijn. In de statistiek die we laten volgen over de onderzochte rechtspraak, blijkt hoe het grootste aantal voorzieningen verworpen worden omdat ze zogenaamd uitsluitend op feiten gesteund zijn.

52. DE DIEPERE BETEKENIS VAN HET DOOR DE PARKETRECHTBANKEN GEBRUIKTE ADAGIUM.

Dat het beginsel volgens hetwelk de vernietigingsrechter niet over de feiten van het geding te beslissen heeft, nauwkeurig of onnauwkeurig geformuleerd, steeds maar terug komt in de onderzochte vonnissen, kan de lezer eigenaardig voorkomen. Deze jurisprudentiële en traditionele uitdrukking „*le tribunal d'annulation ne peut connaître des faits*" heeft inderdaad slechts zin in een cassatiesysteem, waarin de taak van de cassatierechter erin bestaat te verbreken wegens verkeerde toepassing van het recht en alleen daarvoor. Het betekent aldaar : dit is geen rechtstoepassing en hoort niet tot de bevoegdheid van de cassatierechter. Maar volgens de tekst van het decreet op de inlandse rechtbanken hebben deze die opdracht van rechtscontrole niet. Ze mogen naar de letter van de tekst slechts verbreken in enkele gevallen waarbij de openbare orde betrokken is.

Het had dus *prima facie* weinig zin die uitdrukking voor de parketrechtbanken te gebruiken. Vermits het de parketrechtbank niet toegestaan werd te vernietigen wegens schending van de gewoonte (en strikt gesproken zelfs niet wegens verkeerde toepassing van de wet) komt de problematiek van het „*connaître des faits*" hier niet aan bod : het probleem van de scheiding tussen verkeerde toepassing van het recht en vaststelling der feiten van het geding wordt niet gesteld. Tenzij men aanneemt dat de rechtspraak impliciet een uitbreiding van zijn bevoegdheid heeft aangenomen in de zin van een bepaald toezicht over de toepassing van geschreven recht en gewoonte. Op deze rechtscontrole door de parketrechtbank zal later teruggekomen worden (Titel II, Hoofdstuk II, afdeling I). In weerwil van de tekst blijkt de annulatierechter inderdaad zijn taak dikwijls als cassatierechter opgevat te hebben, en dat speelt op onbewuste wijze mede om het adagium dat anders geen zin zou hebben, betekenis te geven. Een gezonde houding zou de wetgever dus aannemen door uitdrukkelijk deze regel in de tekst op te nemen : „*de vernietigingsrechter is gebonden aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten is vastgesteld.*" Impliciet wordt ze trouwens nu reeds door de wetgever aanvaard, vermits hij in het D.I.R. voor de districtsrechtbank tegelijkertijd en het beroep, en de voorziening in vernietiging voorziet, met in dit laatste geval afdoening ten gronde slechts „*indien de zaak in staat van wijzen is*" : De voornoemde jurisprudentiële regel wordt in deze uitdrukking belichaamd, die o.i. betekent „*indien de vernietigingsrechter zich niet met de*

bijzondere feitelijke situatie moet inlaten". Indien de wetgever een ruimere interpretatie had willen zien huldigen voor wat hij „*en état*" beschouwt, dan had hij in de tekst de vernietigingsrechtspleging niet naast de rechtspleging in beroep laten bestaan, vermits bij de ruimere interpretatie de grens tussen beroep en voorziening in vernietiging vervalt. Indien de wetgever dus de beide rechtsplegingen naast elkaar laat bestaan, is het omdat hij impliciet de jurisprudentiële regel bijtreedt : „*le juge d'annulation ne peut connaître des faits.*"

53. DE ORTHODOXE HOUDING VAN SOMMIGE PARKETRECHTERS.

Anderdeels moet dan weer vermeld worden dat de hier geexpliciteerde pretoriaanse regel door bepaalde rechters niet bijgetreden werd en dat een zekere rechtspraak, bij de letter van de tekst blijvende, weigerde toezicht uit te oefenen op de toegepaste rechtsregel. Het gebeurde dat ze in die gevallen eveneens verklaarde niet van de „*fond*" de grond der zaak, kennis te nemen. Meestal echter brandmerken de rechtbanken als „*fond*" de uit de aangebrachte grieven te deduceren schending van een rechtsgewoonte bij gemis aan abstraheringsvermogen, en niet uit orthodoxe scrupules, zoals verder zal gezien worden (Titel II, Hoofdstuk II, afdeling I, § 1, D). Soms toch wordt de orthodoxe stelling uitdrukkelijk verkondigd, maar dergelijke stellingname is zeldzaam. In de voorziening werd aldus over de verkeerde toepassing van het gewoonterecht geklaagd, maar ze werd verworpen : „*du moment qu'il y a un motif en rapport avec le dispositif, l'obligation de motiver est respectée, même si le motif est erroné, la loi ne prévoit aucune mesure obligatoire de rechercher la coutume.*" (LEOPOLDSTAD 1958, 12).

> De motivering van het verwerpingsvonnis liet horen dat het recht verkeerd werd toegepast. De voogdij over een weeskind wordt uitgeoefend door het familiehoofd van de lineage van de vrouwen, volgens de gewestrechtbank, en het voogdijrecht kan niet gecedeerd worden volgens een beginsel van gewoonterechtelijke openbare orde. Dus kwam de voogdij toe aan Danzoao, die de eiser voorafging in de orde der gewoonterechtelijke rechthebbende, hetgeen de eiser niet betwistte ; hij beweerde slechts dat Donzoao dit recht niet effectief meer kon uitoefenen, wegens zijn ouderdom en zijn gebrek aan inkomen : „*Il apparaît que le tribunal de territoire a fait une application trop stricte de la coutume. Il est exagéré de dire que le droit de tutelle est incessible, les tribunaux coutumiers ont prévu certaines exceptions. Mais la fausse application de la coutume n'est pas en soi un motif d'annulation.*" (LEOPOLDSTAD 1959, 25).

In de voorziening werd geklaagd dat de Kongogewoonte toegepast was in plaats van die der Bangala. Ze werd verworpen omdat de rechtbank zijn keuze motiveerde, zelfs indien ze verkeerd was, was het motief in verhouding tot het dispositief. Ook een tweede rechtsmiddel faalde daar de parketrecht-

bank verklaarde niet te vernietigen wegens verkeerde rechtstoepassing (LEOPOLDSTAD 1958, 121).

Hetzelfde gebeurde in LEOPOLDSTAD 1958, 18, waar de verdediger Bikebi de voorziening opstelde : *„attendu que le tribunal de Parquet n'a pas compétence pour apprécier l'application erronée ou exacte d'une coutume par les juridictions indigènes."* Betekenisvol is dat hetzelfde aangevochten vonnis twee weken later op grond van een vormgebrek vernietigd werd door de anders samengestelde parketrechtbank, die waarschijnlijk ontwetend was van het feit dat de zaak reeds voorgekomen was (LEOPOLDSTAD, 1958, 28).

Men kan de stelling ook in de uitgegeven rechtspraak vinden. Bijvoorbeeld : *„La dot en droit coutumier indigène est une formalité solennelle du mariage, cette conviction* (lees = *cette connaissance du droit coutumier) touche au fond même de l'affaire, il échappe à la compétence du tribunal de parquet de statuer à cet égard".* (65) Die stelling komt echter, zoals gezegd, slechts uitzonderlijk voor.

54. EEN ONBEGREPEN REGEL.

Op dit punt aangekomen, moet wel erop gewezen worden dat de onbevoegdheid van de vernietigingsrechter om zich met de concrete feitelijke situatie in te laten, door de rechtsonderhorigen niet begrepen werd (66). Dit geeft de verklaring voor het groot percentage verwerpingen wegens feitelijke grondslag der voorziening. Wat erger is, de lagere gewoonterechtelijke jurisdicties zelf begrepen de zin der vernietiging niet. Meermaals stond men in de onderzochte rechtspraak voor het verschijnsel dat wanneer de gewestrechtbank een eerste maal zwart had gezegd, na verzending het roer helemaal omgeworpen werd, en dat dezelfde rechtbank meende wit te moeten zeggen, omdat zij waarschijnlijk ervan overtuigd was dat de beslissing over de feiten geen genade had gevonden in de ogen van de substituut.

(65) Parketrb. Elisabethstad 21 oktober 1942, *B.J.I.* 1943, biz. 135 met noot. (langs de motivering om) : LEOPOLDSTAD 1958, 5, verder aangehaald in nr. 182.

(66) Het invoeren in een rechtsstelsel van regels die niet begrepen worden, komt wel meer voor. Nemen we een voorbeeld uit het Kongolese grondwettelijk recht. Volgens de fundamentele wet van 1960 was de uitvoerende macht tweehoofdig. Zij was verdeeld tussen een theoretisch onverantwoordelijk staatshoofd, dat echter naar Afrikaanse denkwijze niet zou nalaten zijn prestige te gebruiken, en een regeringshoofd. Deze dualiteit werd dodelijk voor de nieuwe staat. De dualiteit van de uitvoerende macht stelde een rivaliteit in tussen twee leiders en bracht aan het gezag van de regering en tegelijkertijd van de staat een slag toe, waarvan de crisis van september 1960 een illustratie zou worden. Zulk systeem werd door de bevolking niet begrepen : *„on a pu constater nettement, en Uélé, la confusion créée dans les esprits ruraux par les visites successives des deux chefs actuels du pays, Kasavubu et Adoela ; pour eux, une hiérarchie est concevable mais l'autorité est toujours unique : le chef ne peut avoir de rival . . .".* (COMELIAU C., *L'activité économique en Uélé,* rapport I.R.E.S., 1964).

In een grondenzaak veroordeelde aldus de sectorrechtbank Mpaka tot het betalen van schadevergoeding, omdat hij een boom geveld had en vreemden had toegelaten te ontginnen. De gewestrechtbank bracht de schadevergoeding op een mindere som terug. Dit vonnis werd door de parketrechtbank vernietigd omdat het buiten termijn was geveld. De gewestrechtbank stuurde de eiser na de nieuwe procedure ditmaal zonder schadevergoeding wandelen, omdat nu plots bevonden werd dat Mpaka eigenaar was. (MATADI 1959, 15 ; idem in MATADI 1959, 17, waar wegens een vormgebrek vernietigd werd).

55. SOCIOLOGISCHE ACHTERGROND VAN REKWESTEN IN VERNIETIGING.

Laten we nu in de onderzochte jaren een paar klachtbrieven onder ogen nemen die duidelijk blijk geven van de onwetendheid der rechtsonderhorigen omtrent de functie van de parketrechtbank, en meer in het bijzonder van de regel dat zij zich niet met de feiten van het geding inlaat. De brieven worden integraal en onverbeterd afgedrukt, omdat ze tevens een indruk geven van de sociologische achtergrond van de in vernietiging behandelde gedingen.

Boma 1958, 139. Buku Dingi, le 20 janvier 1959.

Monsieur le Procureur du Roi,

J'ai le vif regret de porter à votre haute connaissance que par la présente lettre, je viens très respectueusement implorer votre généreuse bienveillance avec laquelle vous voudrez intervenir avec équité dans cette affaire datant depuis 1948 – Jugt. du Territoire n. 328/48 et jugement du Tribunal de Parquet n. 1.677/D.

Par son jugement n. 350/58 du 13 août 1958, le Tribunal de Territoire de Tshela m'a condamné à évacuer les Mbata Mabuku Mbuku – Ntandu Nbuku Dingi – Mfuma-Fimuanga et Manzanganga, et pour ce faire le nommé KOKOLO Konde devrait m'indemniser une somme de 2.670 francs. Ce même jugement fut confirmé en annulation du jugement n. 2.155/DW du 1.12.1958.

Ce dernier jugement a confirmé le jugement précité sous prétexte que il n'examine pas le fond de l'affaire mais seulement la forme. Je suis bien d'accord. Mais comment est-ce que le Tribunal de Parquet doit-il se mettre au courant du fond de l'affaire, pour savoir finalement si le fond a été bien ou mal fondé ?

D'autre part, le procédé actuel des tribunaux indigènes ne manque jamais de ces désinvoltitudes. Pour mon affaire qui n'a pas passé par un jugement du Tribunal de secteur, mon adversaire m'a accusé directement devant le Tribunal de Territoire de Tshela, le président de ce ressort fit descente sur les lieux contestés et a tranché à ses goûts les débats en faveur du plaignant et à mes propres détriments.

J'ai eu recours auprès du Tribunal de Parquet de Boma pour que ce dernier fasse examiner les débats en envoyant des experts sur les terrains litigieux. Par son jugement précité, le Juge du Tribunal du Parquet a confirmé le jugement du Tribunal de Territoire, sous prétexte que le Tribunal du Parquet n'examine pas du

tout le fond de l'affaire, à savoir que le fond dans cette affaire a été mal bâti avec ses graves injustices résultant du fait que toutes mes revendications consolidées par les déclarations de mes témoins ont été expressément considérées nulles pour une raison inconnue.

Monsieur le Procureur du Roi, je ne suis pas du tout d'accord de recevoir cet argent et je ne puis pas céder mes proprietés – seul héritage me laissé par nos ancêtres. Kokolo Konde est un noir comme moi, ce dernier est un homme comme moi, il possède des parents et possède des terrains où sont nourris et se nourrissent des parents et moi aussi de mon côté j'ai mes parents qui doivent tirer benefice de possessions ancestrales. Si je vends ces biens à Kokolo Konde ce dernier a le grand devoir de s'approprier de mes parents qui sont dépourvus des lieux où ils doivent cultiver leurs champs.

Le tribunal de Territoire de Tshela aurait dû au préalable faire examiner ces litiges fonciers par les tribunaux indigènes, en l'espèce le ressort du tribunal de secteur pendant tout litige est discuté à l'indigène par l'audition des témoins, les villageois voisins de limites et de relations parentés, par l'audition des notables bien expérimentés quant à l'avènement respectif des habitants dans un lieu ou l'autre. Des débats contestés sont à envoyer devant les tribunaux de territoire en révision.

Dans mon cas, aucune fois que le président du Tribunal de Territoire n'a fait appel à cette coutume, notre clef coutumière en vue d'éviter des declarations mensongères des parties sur leurs revendications mutuelles quant aux débats.

Sur ce point, je viens implorer votre recours justiciable aux fins que vous ordonniez le Tribunal de Parquet de Boma pour faire examiner les débats jusqu'à nous appeler en personne et noter nos dépositions éventuelles.

Telles sont mes difficultés qui occasionnent la demande directe de mon recours jusqu'à vous notre père à nous tous.

Dans l'attente d'une suite urgente que vous voudrez bien réserver à mes doléances, et m'excusant de dérangements que je cause à vos multiples occupations, je vous de croire, Monsieur le Procureur du Roi, à l'assurance de mes sentimenst les plus respectueux.

Votre humble enfant
KILUIBA PASI (illettré)
p.o.
BUNDA Sylvère.

Boma 1957, 48.

Boma, le 19 Août 1957.

Monsieur le Procureur du Roi,

Objet : Demande d'annulation jugement.

Par la présente, j'ai l'honneur de venir auprès de votre haute bienveillance vous exposer les effets suivants :

Il s'agit d'une contestation de propriété des forêts : 1 Mbata Saka 2 Mbata

Kinkala 3 Mbata Kipuna 4 Ndimba Matsiasi, entre mes oncles PAMPU Georges et SUNDI Matundu contre LENZO Nianga du village voisin.

Ces forêts appartenaient aux ancêtres de PAMBU Georges (mon oncle) et qui n'a pas été souvent travaillé par suite de l'immigration des nos ancêtres chez les cousins où ils bénéficièrent d'autres forêts à travailler, cette immigration leur était causé par manque des hommes capables pour les soutenir, c'est pour cette raison qu'ils étaient déplacés où ils espéraient trouver des hommes capables qui peuvent s'occuper d'eux, car les leurs étaient tous morts. Cependant leurs propres forêts demeuraient toujours en reserve et innoccupées.

Au moment où les ancêtres de PAMBU Georges habitaient déjà chez les cousins, advinrent ceux de LENZO Ninaga et prétendent être les propriétaires de ces forêts, les cultivaient et y exploitaient tous les biens depuis assez longtemps. Mais les ancêtres de SUNDI Matundu qui étaient nés les premiers et avaient gagnés les forêts pour toute notre famille et qui avaient donc investis les ancêtres de PAMBU Georges dans ces forêts. Ceux-ci savaient et gardaient toujours le secret que les forêts appartenaient aux ancêtres de PAMBU Georges.

Donc pour le moment, SUNDI Matundu, à la place de ses ancêtres, en constatant que nous avons déjà des hommes capables dans notre famille, il a pu découvrir le secret et nous a donné la responsabilité travailler dans nos forêts.

Les fils héritier PAMBU Georges, tenait à l'occupation des forêts qui nous viennent de droit.

Lors de la visite de ses forêts, ils les trouvaient dépouillées et le coupable LENZO Nianga qui voulait s'approprier de nos biens, engagea une dispute entre les deux et PAMBU Georges chemina les affaires vers le Tribunal coutumier où mon oncle sortait vainqueur devant quatre témoins.

Parmi les quatre forêts citées plus haut, le Tribunal avait donné l'ordre à la famille de Pambu Georges de travailler dans deux forêts soit : 1 MBATA SAKA 2 MBATA KINKALA et en changeant les limites des ancêtres, dont les deux soit : MBATA Kipouna 2 Ndimba Matsiasi à la disposition de LENZO Nianga, parce qu'il y possède (7) sept champs de bananiers, que vous ne trouverez peut-être pas la vraie raison, car il est très sensible que LENZO Nianga peut y avoir les 7 champs, vu qu'il y exploite depuis longtemps.

Voici comment nos forêts se délimitent : elles s'étendent : de la rivière de Vengenge et qui s'amène vers Mbata Saka, Mbanga dans la vallée de Kitsangou dans la vallée de Nkongo, dans la rivière de Sima et qui aboutie par la rivière de Tini. Quand à celle de la vallée de Kinkala qui aboutie par la rivière de Tini, nous n'en savons pas grand chose, car elles ne sont pas proprement les limites de nos ancêtres.

A savoir que : nous sommes possesseurs de six (6) safoutiers plantés par nos ancêtres dans les forêts Kipouna et Matsiasi, Imaginez-vous d'abord, Monsieur le Procureur du Roi, si jamais les forêts n'appartenaient pas à nos ancêtres, comment est ce qu'ils y plantaient des safoutiers.

En suite, je vous fais savoire que : les noms Kipouna et Kinkala, sont des noms tirés d'hommes, soit disant : Kipouna est un nom tiré du nom POUNA NKENGI, femme qui travaillait dans cette forêt qui était tante maternelle de PAMBU Georges, et Kinkala est un nom tiré du nom NKALA THAMBA de la famille de Bunga Emmanuel, qui était autorisé par les ancêtres de SUNDI Matundu de travailler dans

cette forêt pendant qu'il n'y avait plus personne de chez nous. En conséquence BUNGA Emmanuel, prendra toujours témoignage au jugement, part de son oncle maternel décédé.

Monsieur LENZO Nianga, après être vaincu pour la première fois, il avait porté plainte contre SUNDI Natundu, qui a découvert le secret et nous a donné la responsabilité de travailler dans nos forêts, dont par conséquent il a était vaincu encore devant les mêmes quatre témoins, a savoir que : SUNDI Matundu est notre cousin, donc c'est la même cause.

Le même LENZO Nianga, ayant absolument le vouloir de bénéficier ces forêts, poursuit l'affaire et intercède un second tribunal au Territoire de Seke Banza dont pour la troisième fois et en sollicitant un autre témoin où SUNDI Matundu, vient d'échouer par manque de la vaillance devant Monsieur l'Administrateur, n'étant jamais accoutumé au Tribunal Européen, est condamné 1 mois de servitude pénal plus 150 francs d'hommage grès d'intérêts.

A noter que : les deux juges étaient partis pour faire l'expertisee, avaient dormi chez LENZO Nianga et celui-ci avait tué un cochon pour leur offrir, tandis que : les deux discuteurs se sont convenus d'avance qu'ils devaient leurs offrir un coq chacun, comprenez-vous d'ailleurs que les juges en faisant l'expertise, ils sont remuneré par affaire et en plus ils ont une indemnité de déplacement.

En suite, Monsieur l'Administrateur chef du Territoire de Seke Banza, ent de nous détacher de toutes nos quatre forêts, même les deux qu'on nous a voulu accordé par le Tribunal de Secteur de Mbavu, nous ne pouvons plus y exploiter et cultiver, c'est à dire les quatre forêts ne nous appartiennent plus, Parce que nous n'utilisons pas du tout les fruits de nos safoutiers qui s'y trouvent, comprenez-vous d'ailleurs qu'elles sont des forêts et safoutiers laissés depuis longtemps.

Néanmoins le bon témoignage de Monsieur BUNGA Emmanuel, ce dernier fût infligé une amande de 200 francs pour avoir traduit autre chose en suivant l'ancienne enquête du premier Tribunal.

N.B. Ci-joint copie de jugement du Parquet plus celles de deux du Secteur transmis également au Parquet de Boma traduit du Kikongo en Français par moi-même. Quand à celle du Territoire de Seke-Banza elle reste toujours retenue au Parquet sous le dossier n R.R. 1971/M. – Ainsi annexe la copie de ma plainte au Parquet de Boma.

N.B. En effet, le jugement de Boma n'étant pas conforme à mon exposé, justice étant faite par lui même Monsieur le Substitut du Procureur du Roi, sans un rappel aux plaignants ni une enquête faisant part de ma plainte, s'engage et considère directement au Iér plan direct du chef de Territoire de Seke-Banza et conclut le sien.

VOIR COPIE DE JUGEMENT : TRIBUNAL DE PARQUET

Dernier paragraphe de la première page : Le Tribunal de Secteur de Mbavu avait tranché les droits pour le Mbata saka et le Mbata Nkala, pour qui ? ? ? et Pourquoi ? Consulez les deux copies de jugement de Secteur de Mbavu.

Dans l'espoir d'être favorisé de vos ordres et vous prie d'agréer, Mr. le Procureur du Roi, l'expression de mes salutations très distinguees.

Votre dévoué VUMBI Patrice.

Substituut MAZY antwoordde hierop o.a. : „Le tribunal de territoire a examiné cette affaire avec soin, a entendu chacun des témoins cités par les parties, a fait procéder à une expertise. Il a motivé comme il faut la décision qu'il a prise. Il se fait que vous n'êtes pas d'accord sur cette décision. Il s'agit là d'une question de fonds qui échappe totalement au contrôle du tribunal de parquet."

Thysstad 1957, 537

Léopoldville, le 14 décembre 1957.

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de porter à votre connaissance les diverses phases qu'a déjà subi l'affaire ci-dessous. (copie en annexe).

Il s'agit d'un jugement pour limites de terres dont croquis ci-joint. Cette affaire a fait de plus de 3 jugements et non 9 comme ce dit dans l'extrait du jugement du Parquet de Thysville, qui a été établi à l'absence du Demandeur et du défendeur, ces jugements ont toutefois statué à ma défaveur, en se basant chaque fois sur le premier qui a été rendu au secteur de Timansi où d'ailleurs l'un de juge est le grand frère du défendeur. Ce juge a scandalisé ses confrères de service à ce qu'on ne puisse demander aucun témoin ni aller avoir sur place, la situation des limites discutées.

La situation que relève le croquis, doit vous prouver l'injustice du dit jugement.

Les cimétières de nos ancêtres, l'ancien village jadis habité par nous, voir même le village actuel, toutes nos plantations en maturité sont compris dans le terrain du prétendu propriétaire WABONGWA du clan NKENZI à Nzinga. En outre les cruels juges nous défendent de récolter nos produits dans nos propres champs et forêts, sous peine toute fois des amendes exhorbitantes. En gardant ces mesures qu'allons-nous manger et où irons-nous habiter. Des telles dispositions ont soulevé la révision du jugement au Tribunal du Territoire, qui malheureusement a jugé sans demander de témoins ni aller voir sur place les limites discutées.

Devant une telle assise, j'ai demandé l'intervention du Parquet, mais le territoire me refusa la copie qu'il transmetta 10 mois plus tard au Parquet et ce dernier sans aucune procédure de sa compétence, se ralia carrément aux avis émis par le Tribunal du Territoire. Et ce par paresse ! Par mauvaise fois, sinnon par manque de compétence en la matière ? Je me le demande. Le Parquet de Thysville me notife par sa lettre n 3719/R.R. N 157 DG du 20 Novembre 1957, qu'il n'a plus à intervenir pourtant qu'il aurait intervenu aucune fois.

Cette fois-ci je me hâte sans retard à faire appel à votre haute compétance en vous demandant que, l'expertiseur qui procédera à l'établissement du Procès-Verbal de l'enquête de constat sur place, ne soit pas un agent du territoire de thysville, qui par ses agissements, semble avoir parti pris de ce patrimoine.

Telles sont les déclarations d'un pauvre homme consterné, pensant à l'avenir des enfants et à la croix qui pèse sur tous ses membres de famille, malgré leurs cris

d'alarmes auprès de l'administration thysvilloise qui a fermé yeux et ouies.

Resté le plus humble de tous vos sujets, vous prie d'exaucer ma prière et d'agrêer, Monsieur le Président, l'expression de ma plus haute considération.

NSAKUMANE Antoine.

Thysstad 1957, 52

Kimbuka, le 20 Juillet 1960.

Monsieur l'administrateur,

Je prends une respectueuse liberté de venir auprès de votre haute vienveillance, solliciter la faveur de me mettre en équilibre pour ce qui suit :

Le jugement n 18/33 RR. 558 du mois de septembre 1956 de Secteur de la Mfuma et celui du Parquet du District des Cataractes R.R.N. 179/K du 22 Novembre 1957 et aussi celui du Territoire de Madimba N.R.R. 1749 du 16 Août 1957.

Voici Monsieur Luyeye Kinzobo et les gens de Kiwembo d'enfouttent du jugement d'annulation n 179/K du 22 Novembre 1957 du Parquet, par rapport de celui du Territoire précité N 1749 du 16 Août 1957.

Se cas était comme suit :

Luyeye-Kinzombo sans avoir l'autorité à moi qui suis possesseur de ce terrain ni de chef Secteur ni de chef de Territoire ni de Moniteurs agricoles invite chaque fois ces pères de Kiwombo à la même temps le autorise de faire également reboiser mon Nkuku, (Nkunku) sans avertir même le Secteur ni le Conseiller du village et parle aussi de paroles qui sont tout à fait insolentes, en disant que Mbensa n'est maître de ce terrain.

Ces limites étaient fixées suite au jugement n 18/33/RR 558 du mois de Septembre 1956 et celui du Parquet n 179/K.

Pour ne pas avoir des dégats, je vous prie Monsieur l'Administrateur de mettre cas urgence à ma demande qui est de préferable nous convoquer nous tous pour avoir une suite finale, car celui-ci Luyeye-Kinzobo et les gens de Kiwembo agit de ceux tête.

Espérant que satisfaction sera réservée à ma demande, Veuillez agréer, Monsieur L'Administrateur, avec mes remerciements l'expression de mes sentiments respectueux.

Votre Serviteur Nyesse Joseph à Kimbuka.

Thysstad 1958, 1

Léopoldville, le 11 février 1958.

Monsieur le Procureur,

Abstraction faite de l'article 17, alinéa 1, de DECLARATION DES DROIT DE L'HOMME, les lois congolaises en interdisant l'esclavage et en tolérant que les gens déjà en esclave peuvent vire là où ils veulent ne font jamais l'exception quant aux biens acquis ou laissés par leurs ancêtres. Si l'esclave est libre de principe établi par loi, ses biens sont aussi libres. Ce qui veut dire que lorsque l'esclave se déplace, il se déplace aussi avec ses biens.

Par jugement RR. 1751 rendu par le Tribunal de Territoire de Madimba en date du 13/8/57, le Tribunal avait conclu sans examen que du fait que KIANDU est esclave doit perdre son droit foncier, et c'est en se basant sur le jugement n 19/RR.621 du 27 août 1946 rendu par le Tribunal du secteur de la Wungu, quoique le dit jugement n'ait jamais énoncé pareilles inepties.

Par ma demande d'annulation transmise au Parquet des Cataractes en date du 4 novembre 1957, je faisais remarquer à Monsieur le Substitut du Procureur du Roi qu'un tel jugement était contraire à l'ordre public universel pour des raisons mentionnées dans mes CONCLUSIONS DONT COPIE CI-JOINTE.

Pour motiver sa décision de non lieu de motifs d'annulation Monsieur le Substitut du Procureur du Roi P. DE GREIFT écrit entre autre „ATTENDU QUE LE TRIBUNAL DE TERRITOIRE A ANULLE LE JUGEMENT DU TRIBUNAL DU SECTEUR WUNGU EN CAUSE, MOTIF PRIS QUE CE DERNIER AVAIT OMIS DE TENIR COMPTE DU JUGEMENT N 19/RR.621 DU 27 AOUT 1946 RENDU PAR LA MEME JURIDICTION ET STIPULANT QUE NDILU ELISABETH, MERE DE KIANDU DEMANDERESSE (demandeur sans doute) EN ANNULATION, ETAIT ESCLAVE CE QUE KIANDU RECONNAIT D'AILLEURS, QU'EN CONSEQUENCE, AINSI L'A FAIT REMARQUER LE DEMANDEUR EN REVISION (au tribunal du Territoire) DIBAKA, KIANDU NE POUVAIT PAS POSSEDER LA TERRE EN CAUSE, N'ETANT PAS DU CLAN POSSESSEUR DE CELLE-CI, (on pouvait demande à Monsieur le Substitut du Procureur du Roi P. DE GREIFT de quel clan pouvait être KIANDU, car en tête de son jugement il marque bien que les deux opposants sont du clan NKAZI ZI KONGO). Il est vrai qu'il a fait appel à DIBAKA piere pour recueillir les renseignements alors qu'il n'était pas demandeur en annulation, contrairement à ce que faisait Monsieur le SUBSTITUT J. VAN WYMEERSCH, de dernier faisait toujours appel à celui qui a demandé l'annulation pour vérifier les arguments du Défenseur. J'estime que pour un Magistrat le fait de faire appel à celui qui n'a pas demandé l'annulation ne serait pas conforme à son rôle du protecteur de la partie qui a recours en lui (je demande à Monsieur le Procureur du Roi de ne pas interpréter ce paragraphe comme incriminatoire de la part du Magistrat qui est libre de faire ce qu'il veut, mais simplement pour montrer qu'il aurait été faussé par les explications de DIBAKA s'il l'avait eu en audience pour avoir quelques éclaircissements, n'étant pas demandeur en annulation, s'il était d'ailleurs au Parquet ne l'ayant appris que de mon client).

Monsieur le Substitut du Procureur du Roi P. DE GREIFT le reconnait lorsqu'il dit „PAR LA MEME JURIDICTION" sans ajouter „DANS LE MEME LITIGE" ce qui veut dire que le jugement n 19/RR.621 du 27/8/46 avait réglé l'affaire d'esclavage et non de terre.

En conséquence Monsieur le Substitut du Procureur du Roi P. DE GREIFT ne peut pas le prouver valablement que le jugement n 8/56 RR.1.077 Vol. 8 du 1/9/56 avait violé le jugement de 1946.

En application de la coutume juridique indigène „TUFINA YI NZIL'ANDI, MENGA YE NZIL'ANDI", veut dire que lorsqu'un ulcère est percé du pus se sépare du sang à la sortie, le Tribunal du Secteur de la WUNGU a examiné sous Jugement n 8/56 dont copie ci-jointe l'affaire de terre sachant très bien que le jugement n 19 de 1946 avait pour mobile esclavage et non droit foncier.

En conclusion, je fais appel à la compétence de Monsieur le Procureur du Roi de revoir cette affaire, car si le principe énoncé par le jugement du tribunal de Territoire est faux, celui du Tribunal de Parquet sous jugement 194/DG est plus néfaste du fait que nous pouvons, nous défenseurs, prendre pour jurisprudence ce principe qu'un esclave peut choisir ou se libérer de l'état de l'esclavage sauf ses biens que son acheteur ou plutôt celui qui l'a aheté peut disposer comme bon lui semble.

Comme l'a fait le Tribunal du Secteur de la WUNGU, le Tribunal du Territoire aurait dû établir par voie de témoins à qui appartient la terre où resident les opposants (voir ma requête d'annulation dont copie ci-jointe).

Le principe énoncé par le Tribunal du Territoire et confirmé par RR.194/DG étant contraire à l'ordre public universel et aux dispositions législatives appliquables à tous les indigènes du Congo Belge, je demande pour un dernier examen ce litige par le PARQUET DE PREMIERE INSTANCE.

POUR LE CONCLUANT
SON CONSEIL
sé/ R. BIKEBI.

Matadi 1960, 1

Kivumisa, le 16 mars 1960.

Monsieur le Procureur du Roi,

Par la présente je viens énergiquement protester contre le jugement d'annulation n D. 69/85/M/C – Rôle n 109 rendu en date du 8 janvier 1960 par le Tribunal du Parquet du Bas-Congo à Matadi et annulant le jugement n 48/R.R. 33 du 17 juillet 1959 du Tribunal de Territoire de Seke-Banza.

En effet, ce dernier jugement m'a reconnu la propriété du terrain MUNGADIADIA que les ancêtres du clan Nanga représenté par BAFUKA TSHIAMA (fondateur des terres Nanga), ont donné aux miens à titre d'enfant et ce depuis des siècles.

En outre, je me permets de vous signaler Monsieur le Procureur du Roi que divers jugements du Tribunal de Territoire de Seke-Banza ayant trait au même terrain m'ont confirmé cette propriété, à savoir : jugement ns 82/R.R.87 du

28/11/56 et 105/R.R.95 du 23/8/57. Le jugement n 48/R.R.33 n'était donc qu'un simple jugement d'interprétation de ces derniers.

Le motif d'annulation invoqué par le Juge de Matadi soi-disant qu'il n'apparaissait à aucun endroit de la feuille d'audience et du jugement si mon adversaire PEZO TUBAKA du clan Nanga appartenait à mon clan (Pudi) ou à celui de BAFUKA TSHIAMA (Nanga d'une autre branche que PEZO TUBAKA) est relativement inadmissible pour ma part, car si le Juge de Matadi a voulu bien connaître de cette affaire, il aurait pris connaissance des jugements 82/R.R.87 et 105/R.R.95 du Tribunal de Territoire de Seke-Banza qui font mention dans le jugement n 48/R.R.33 et où la généalogie des deux branches du clan Nanga (BAFUKA TSHIAMA et PEZO TUBAKA) fut longuement étudiée.

Il est également inadmissible par notre coutume, même par la loi je suppose, qu'un juge puisse trancher une affaire à l'absence d'une des parties et au simple exposé d'une seule sans que les deux y soient présentés, c'est ce qui fut le cas pour mon affaire, PEZO TUBAKA s'était rendu au Parquet de Matadi accompagné de son défenseur le nommé N'GBANDATH Marcel de Matadi à qui il a payé 14.000 francs pour pouvoir le défendre, et au simple vu des faux documents de ce défenseur, le Parquet de Matadi a tranché l'affaire sans qu'il puisse se rendre compte des jugements antérieurs précités dont PEZO TUBAKA n'avait pas demandé l'annulation à l'époque.

Vu cette négligence, je considère ces deux premiers jugements comme étant valables car l'annulation ne fut pas demandée par PEZO TUBAKA. Quelle confusion ! ! !

D'autre part, il faut noter en plus que le Sieur N'GBANDATH, l'avocat de PEZO TUBAKA est originaire du Haut Congo, comment voulez-vous qu'un étranger qui est ignoré de la coutume locale puisse prendre le devant d'une affaire qu'il ne connaît même pas l'origine.

Monsieur le Procureur du Roi, pour les matières foncières, n'est ce pas seuls des témoins riverains qui puissent éclairer le Tribunal ? Si PEZO TUBAKA avait la parfaite conviction que ce terrain lui appartenait, pourquoi ne peut-il pas citer comme témoins les gens qui connaissent notre descendance, plutôt que de prendre un défenseur étranger qui ne connaît rien de notre coutume et à qui il a payé 14.000 francs. Pourquoi lui payer tant d'argent si vraiment cette terre lui appartient réellement.

Moi comme je sais très bien que cette terre est à moi-même, est ce que j'ai besoin de demander l'intervention d'un défenseur ?

C'est pour rien que PEZO TUBAKA me cause des ennuis, peut-être simplement parce que je suis pauvre femme et n'ayant pas des hommes dans ma famille, il cherche le moyen de s'accaparer de mon terrain.

Espérant que vous examineriez ma requête avec beaucoup d'attention ce dont je vous remercie à l'avance, veuillez agréer Monsieur le Procureur du Roi, l'hommage de ma plus haute considération.

MATSUELA TSHIAMA.

56. ONDERZOEKSMAATREGELEN OMTRENT RECHTSGEWOONTEN EN PROCESSUELE FEITEN

Wat beduidt nu de uitdrukking „*ne pas connaître des faits*" ? Logische criteria om tussen feit en recht de lijn te trekken bestaan niet, om de goede reden dat zoals Prof. RIGAUX het aantoonde, de tegenstelling feit-recht vals is indien men „feit" plaatst tegenover de juridische norm die erop toepasselijk is. De bevoegdheden van de parketrechtbank zijn niet nauwkeurig te bepalen aan de hand van het filosofische onderscheid feit-recht. Dit zal in de twee volgende paragrafen onderzocht worden. In deze paragraaf waarin slechts de standpunten van de onderzochte parketrechtbanken geexpliciteerd worden, volstaat het op te merken dat het voor de vernietigingsrechter geen principieel verbod inhoudt om een onderzoeksmaatregel te bevelen.

a) Onderzoek eerst en vooral naar het bestaan en de juiste zingeving van een rechtsgewoonte. Hier rijst de vraag of gewoonterecht evenals vreemd recht voor een verbrekingscollege als feit te beschouwen is of niet. Prof. RIGAUX merkt op dat het gewoonterecht „*constitue pour le juge du fond un phénomène irréductible à une rigoureuse dichotomie du fait et du droit*" (nr. 66). Er zal later getracht worden een oplossing te vinden voor deze vraag. Hier wordt slechts vastgesteld dat de vernietigingsrechter naar dit „feit" een onderzoek mag instellen.

> Bijvoorbeeld : Uit het onderzoek van de parketrechter blijkt dat de gewoonte matrilineaal is (LEOPOLDSTAD 1959, 68). De rechters worden gehoord omtrent de stedelijke gewoonte van Leopoldstad (*coutume évoluée*) (LEOPOLDSTAD 1957, 52). Na een onderzoek bij de rechters van de streek van Boma vernietigt de parketrechtbank een vonnis dat de echtscheiding van een kerkelijk huwelijk uitspreekt. De gewoonte is niet algemeen aangenomen, en bestaat dus niet. (BOMA 1957, 11).

De procureur des konings van Leopoldstad meende nochtans dat dergelijk onderzoek niet mocht gebeuren :

> „Le tribunal de parquet *a examiné le fond du litige* en étudiant si la coutume invoquée (i.e. : la coutume mukongo ne prévoit pas le divorce par consentement mutuel) *existait* bien. Même si la coutume était erronée, du moment que le jugement *était motivé à suffisance de droit,* le tribunal de parquet n'avait pas à aller plus loin" (THYSSTAD 1958, 37).

Bij het onderzoek van een vonnis door de h. ANDRE RIJKMANS gewezen in een grondzaak, merkt de parketrechter in een considerans op dat hij drie jaren lang getracht heeft de juiste gewoonterechtsregel te vinden, waartoe hij echter volgens de procureur de bevoegdheid niet had (THYSSTAD 1958, 46).

De procureur-generaal bij het Hof van Beroep van Leopoldstad was echter de tegenovergestelde mening toegedaan :

„le tribunal indigène doit appliquer la coutume „réelle" et non une coutume „hypothétique" ou „inventée par la fantaisie des juges". J'estime dès lors que sans „solliciter" les textes, le tribunal de parquet peut estimer si la coutume invoquée *existe*. Dans le cas contraire, j'estime que le tribunal de parquet peut annuler le jugement en faisant application des articles 35, 3 ou 36, 2" (THYSSTAD 1958, 37).

De straf was op grond van een oude gewoonte uitgesproken. Volgens de Procureur-generaal is de toepasselijke gewoonte de actuele, en of dit wel het geval was had de parketrechter moeten onderzoeken (KIKWIT 1959, 14). In eerste instantie had de eiser de verweerder (vader van zijn verloofde) veroordeeld willen zien tot het aanvaarden van het huwelijk, maar was zijn vordering verworpen. De procureur-generaal beval te onderzoeken of de toegepaste gewoonte, volgens welke het verzet tegen de huwelijkssluiting door de vertegenwoordiger van de clan-autoriteit een beletsel of een vernietigingsfactor is, zich niet zou ontwikkeld hebben. Zou deze regel niet tegen de openbare orde indruisen ? vraagt hij zich trouwens af (LEOPOLDSTAD 1958, 43).

De houding van de procureur-generaal en van een deel der rechtspraak is, menen we, de juiste. Het beginsel *jura novit curia* legt de vernietigingsrechter de verplichting op, ondanks het beweerde verbod zich met feiten in te laten, de feiten, die vereist zijn voor de kennis van het recht, te kennen, en zo nodig op te sporen. Zoals Prof. RIGAUX het zegt voor het geschreven recht :

„On peut donc affirmer que le principe *jura novit curia* impose au juge la connaissance de FAITS, mais de faits ayant une qualité propre, à savoir qu'ils constituent une source formelle de droit. La connaissance du droit qu'on peut attendre du juge du fond, comme de la cour de cassation, requiert que le magistrat soit informé de tous les faits régulièrement publiés ou appartenant à l'histoire, susceptibles d'exercer une influence sur le contenu, la validité formelle, le sens ou la portée de la loi nationale." (67)

b) De parketrechter doet ook onderzoek naar processuele feiten van de rechtspleging ten gronde (68), d.i. naar de beweerde schending van substantiële vormen.

(67) RIGAUX, op. cit., nr. 66. Ook de Nederlandse Hoge Raad doet buiten het aangevochten vonnis om onderzoek naar een normatief feit : *Nederlandse jurisprudentie* 1946/181 ; 1949/494.

(68) De feiten van de rechtspleging die plaatsgrepen na de uitspraak van het aangevochten vonnis, beoordeelt hij, evenals trouwens de cassatierechter het doet. „*Il ne paraît guère douteux que la Cour connaît de tous les faits postérieurs à la décision attaquée et qui ont une incidence sur la procédure poursuivie devant elle*" (RIGAUX, nr. 91).
Aldus paste het Hof ambsthalve een vreemde wet toe waarvan zijn bevoegdheid afhing, in casu de Kongolese van 15 juli 1963 die het Hof zijn jurisdictie als Hof van cassatie van de democratische republiek Kongo onttrok (Verbr., 4 juni 1964, 1055). Andere voorbeelden zijn : het overlijden van een partij in de cassatieinstantie, de woonplaats van de eiser in cassatie.

De feiten van de procedure zijn niet aan dezelfde behandeling onderworpen als de feiten van het geding. Indien een voorziening in vernietiging gegrond is op een formele onregelmatigheid van het vonnis (69), op een middel dat dus niet voor de lagere rechter kon bediscussieerd worden, vermits het nog niet was ontstaan, is het verbrekingshof *„juge du fait procédural"* (Vouin) (70), en deze beschouwing geldt eveneens voor de vernietigingsrechter. Er moet echter op een verschil met de cassatierechtspleging gewezen worden : het Hof beveelt nooit een onderzoeksmaatregel om inlichtingen in te winnen over een processueel feit van voor de uitspraak (71). Vastgesteld wordt dat de parketrechtbank het wel deed.

In een zaak van grondgebruik en slavernij werd het vonnis vernietigd wegens schending van de rechten van de verdediging : de eiser werd niet gehoord na een getuigenis die zijn stelling ontkrachtte. Om deze beweerde schending te achterhalen werd een onderzoek door toedoen van een officier van gerechtelijke politie bevolen (KIKWIT 1959, 48). Een vernietigingsmiddel werd na onderzoek gegrond bevonden : *„c'est exact, il n'a pas comparu à l'audience du 8 avril 52 alors que son nom figurait pourtant au plumitif."* (BOMA 1957, 104).

De parketrechtbank ging over tot het verhoor van de partijen om de schending van een substantiële vorm vast te stellen : KIKWIT 1957, 35 (vormverzuim) ; 1958, 36 (ultra-petita) en 53 (non petita) en 20 (vormverzuim) ; 1959, 36 („le tribunal n'a pas vidé sa saisine"), 37 (een getuige werd niet gehoord) ; MATADI 1958, 121 (de rechten van de verdediging werden geschonden).

(69) Het Hoogste Gerechtshof oordeelt alleen over de handelingen van de rechter en niet over die van partijen. Een voorziening in cassatie wegens vormverzuim kan dus niet worden gebaseerd op nietigheid van een processtuk, bijv. de dagvaarding, maar alleen op informaliteiten waaraan de rechter zich heeft schuldig gemaakt bij de voorbereiding of het wijzen van de aangevallen uitspraak ; die eerstgenoemde klacht moest aan de lagere rechter voorgelegd worden. Tegen dit laatste vonnis is daarentegen een voorziening in vernietiging mogelijk hetzij wegens het niet-beantwoorden van de eis, hetzij wegens schending van het recht of verkeerde toepassing ervan. VEEGENS, nr. 99.

(70) Slechts het aangevochten vonnis zelf wordt geïnterpreteerd door het Belgische Hof van verbreking, maar niet de andere processtukken (dagvaarding, besluiten), waarin de partijen de jurisdictiemacht van de rechtbank vastlegden (behalve dan langs het toezicht op de bindende kracht van de akten). In de nieuwe Nederlandse wet op de cassatie worden uitspraak en gedingstukken in één adem genoemd. Van een volledige gelijkstelling is echter geen sprake door de werking van het beginsel dat de Hoge Raad gebonden is aan de feitelijke vaststellingen van de lagere rechter. De stukken van het geding komen eerst aan het woord waar het vonnis zwijgt. VEEGENS, nr. 138). Zie ook in Frankrijk : FAYE, nr. 180 ; MARTY, blz. 327-8 en V° Cassation, nrs. 9-11 ; BESSON, nrs. 2092 en v. ; GLASSON & TISSIER, *op. cit.*, III, nr. 962 ; in Duitsland : BAUMBACH-LAUTERBACH, § 550 ; in Italië, SATTA, *op. cit.*, nr. 282 ; ASCARELLI, *op. cit.*, blz. 115. Voor het eerst refereerde het Franse Hof van cassatie aan de stukken van het geding (*pièce produite*) in civ. 22 december 1953 (*Revue* 1954, 329, noot FRANCESCAKIS).

(71) In oudere arresten heeft het Hof dit wel gedaan. Het Hof heeft interlocutoire arresten gewezen om te laten onderzoeken of een persoon die van de rechtbank deel uitgemaakt had, de door de wet vereiste hoedanigheden bezat. Cfr. RIGAUX, nr. 90. Infra, nr. 72.

In een andere zaak werd door de parketrechtbank de voorzitter van de lagere rechtbank gehoord. In 1954 werd door de parketrechtbank van Opper-Katanga een voorziening aanhangig gemaakt tegen een vonnis van een gewestrechtbank, die nagelaten zou hebben de aangeduide getuigen te horen over de samenstelling van de betwiste bruidsprijs ; onder ede werd de gewestbeheerder die met zijn bijzitters het aangevochten vonnis had gewezen, gehoord. Uit het zittingsblad bleek inderdaad niet dat de eiser in vernietiging getuigen van een bruidsprijsoverdracht had genoemd en om zich daarvan te vergewissen besliste de parketrechtbank de voorzitter van de lagere rechtbank te horen : „attendu qu'à l'audience publique de ce jour, M. l'administrateur territorial M., juge, président du tribunal de territoire ayant rendu le jugement entrepris, expose sous serment qu'à l'audience devant le premier juge, T. n'a pas fait état de témoignage de qui que ce soit en ce qui concerne la remise dont question ; attendu que l'ommission d'entendre les témoins nommés par le demandeur en annulation sur le point contesté aux présents débats, lui est donc imputable exclusivement, qu'elle ne peut être reprochée au premier juge . . . enz." (72).

57. EEN UITZONDERING OP DE REGEL : NIEUWE FEITEN.

Op de zelf-geschapen, restrictieve bevoegdheidsregel die in deze paragraaf beschreven werd, maakte de rechtspraak nu een eigenaardige uitzondering, naar uit de onderzochte vonnissen blijkt : indien voor de parketrechtbank een „nieuw" feitelijk argument werd aangebracht, werd het onderzocht en het gaf eventueel aanleiding tot vernietiging. Feiten van het geding werden in dat beperkt geval dus door de vernietigingsrechter onderzocht. Soms hield een rechter het weliswaar bij de zuivere theorie, en verweet de eiser *„un argument de fond dont il n'a pas fait usage devant le tribunal de territoire"* (THYSSTAD 1957, 32). Het ging er om een vonnis waarin de gewestrechtbank van Madimba de eiser van vernietiging veroordeeld had wegens ongegronde beschuldiging van landroof van de adjunct-hoofdman ; de veroordeelde liet in zijn rekwest tot vernietiging een vonnis van 1937 gelden, waarin hij als eerste bewoner van de grond erkend werd. Ondanks het *„nieuw feit"* werd de voorziening verworpen. Deze orthodoxe houding was echter zeldzaam, en meestal verweet de rechtbank in het verwerpingsvonnis de eiser in vernietiging *„geen enkel nieuw element"* aan te brengen, ofwel vernietigde hij bij het vaststellen van *„nieuwe feiten"*, van *„een geldig nieuw argument"*. Men kan zich afvragen waar dit begrip *„nieuw feit"* vandaan kwam : een reminiscentie wellicht aan de criminele herziening ? Een verkeerde reminiscentie dan, want in het revisiestelsel moet

(72) Parketrb. Opper-Katanga, *J.T.O.* 1956, 60 ; cfr. parketrb. Kabinda, 23 juli 1951, *J.T.O.* 1952, 155.

het nieuwe feit na het vonnis gebeurd zijn, en dit wordt hier door de parketrechtbank niet bedoeld.

> Het gaat er niet om feiten die na het bestreden vonnis zouden gebeurd zijn. Een eiser in voorziening was aldus veroordeeld om zijn echtgenote onderhoudsgeld (voor het verleden) te betalen, hij bracht in zijn rekwest het nieuwe feit naar voren, dat zijn echtgenote na het vonnis wegens overspel veroordeeld was geworden. De parketrechtbank van Leopoldstad oordeelde echter dat dit feit niet vaststond bij het vellen van het bestreden vonnis en verwierp de voorziening (LEOPOLDSTAD 1958, 80).

Er volgen enkele voorbeelden uit de onderzochte rechtspraak, waarin bij de vaststelling van een nieuw FEIT vernietigd werd.

In een eerste geval werd aan een zekere Tansi door de gewestrechtbank de gevraagde voogdij toegekend over twee kinderen die als vader de overleden broeder van Tansi schenen te hebben ; diens vrouw hertrouwde bij zijn dood met Tansi. Het vonnis werd ambtshalve vernietigd na ontvangst van een brief van de gewestbeheerder, die uittreksels van de burgerlijke stand bevatte waaruit bleek dat een van de kinderen inderdaad de overledene tot vader had, maar een andere moeder, terwijl het ander kind wel van de vrouw van de overledene was, maar van een andere vader. Het vonnis dat de voogdij toekende was gegrond op het – naar nu bleek – gedeeltelijk onjuiste feit dat Tansi huwde met „hun" moeder, en werd hierom vernietigd (THYSSTAD 1957, 35).

In een ander geval ging het om een grondenzaak waarin de gewestrechtbank van Gungu gronden toekende aan de Hologroep. Voor de eerste maal ter zitting van de parketrechtbank legden de verliezers documenten voor ; op dit nieuw gegeven steunend vernietigde de parketrechtbank het bestreden vonnis : *„attendu qu'entre les 2 rivières se trouve une partie de la concession de la mission Kikombo, que lors de l'enquête des indemnités furent payées à Nzila, que le jugement ne constate pas l'existence de ces documents essentiels. . .".* (KIKWIT 1957, 6).

In een derde geval hebben we met een publiekrechtelijk geding te doen. Het geschil betrof de toekenning van het hoofdmanschap van een groep. De eiser in vernietiging vocht een vonnis van de gewestrechtbank van Masi-Manimba aan, en bewees in het bezit te zijn van alle gewoonterechtelijke waardigheidstekenen. Uit het vonnis a quo kon opgemaakt worden dat de eiser niet op de hoogte van de investituurceremonieën gebracht werd, waarop hij zijn rechten had kunnen doen gelden. Het vonnis a quo werd vernietigd omdat het niets beslist had over de coutumiere waardigheidstekenen, die echter pas voor de eerste maal voor de parketrechtbank aangebracht werden (KIKWIT 1957, 22).

In dit geval, zoals in de twee vorige, viel de vernietiging formeel onder de rubriek *„vormgebrek"*, namelijk de onvoldoende motivering. Het *„nieuwe*

feit" kan in de drie gevallen omschreven worden als een feit dat de rechter ten gronde had moeten kennen ; de onwetendheid omtrent dat feit toonde aan dat de zaak onvoldoende was geinstrueerd. „*Onvoldoende instructie*" was eigenlijk de vernietigingsgrond.

Er worden nog enkele voorbeelden beschouwd, maar ditmaal niet uit vernietigings-, doch uit verwerpingsvonnissen geput. In talrijke vonnissen die de voorziening verwierpen, werd de eiser precies verweten geen nieuw feit aan te brengen dat misschien een vernietiging had kunnen teweegbrengen.

Eerst een paar echtscheidingszaken. De eiser deed een beroep op de parketrechtbank nadat zijn vordering tot echtscheiding verworpen werd door de sectorrechtbank en de gewestrechtbank van Luwozi : „*je n'aime plus cette femme, je ne veux plus rester en mariage avec elle.*" De voorziening werd door de parketrechtbank van Thysstad verworpen, die in haar motivering vermeldde dat de voorziening „*geen enkel nieuw element*" bevatte (THYSSTAD 1958, 26 ; idem in LEOPOLDSTAD 1958, 119).

Een andere keer sprak de gewestrechtbank van Kasangulu de echtscheiding uit, maar de eiser weigerde zich neer te leggen bij het vonnis, de voorziening werd verworpen, en in de motivering bleek hem verweten te worden dezelfde argumenten voor te dragen als voor de gewestrechtbank, wat erop duidt dat het aanbrengen van een nieuw element misschien wel een vernietiging had kunnen rechtvaardigen (THYSSTAD 1958, 32).

„*Il se borne à répéter les arguments qu'il invoqua devant le tribunal de centre*" (LEOPOLDSTAD 1958, 82) (de echtscheiding werd door de centrumrechtbank geweigerd). Hetzelfde vindt men bij de verwerping van een voorziening gericht tegen een vonnis van de gewestrechtbank van Madimba, die een voogdij weigerde toe te kennen (THYSSTAD 1958, 39), bij een verwerping in een zaak over de terugbetaling van een bruidsprijs (THYSSTAD 1958, 41), en in een zaak van burgerlijke aansprakelijkheid voor het zwanger maken van een meisje : „*aucun élément nouveau, il répète ce qu'il a déclaré devant le premier juge, qu'il n'est pas responsable de la grossesse de Véronique.*" (LEOPOLDSTAD 1958, 122). Ook in een paar perceelzaken vindt men in de motivering de spijtige vaststelling „*qu'il n'y a aucun élément nouveau à la cause*". (LEOPOLDSTAD 1957, 2 ; 1958, 131). In een grondenzaak regelde de gewestrechtbank van Tshela de ontginning van vijf terreinen, die door beide partijen in naam der dorpsgemeenschap opgevorderd werden ; in de voorziening werd een vonnis ingeroepen dat door een zekere heer Depin, die reeds lang in Europa weergekeerd was, geveld zou geweest zijn, doch dat na vruchteloze opzoekingen niet voorgelegd kon worden ; de voorziening werd verworpen bij gebrek aan „*un argument nouveau valable*" (BOMA 1957, 55).

Het is uit deze voorbeelden uit de door ons onderzochte periode dus wel duidelijk dat de parketrechtbank het jammer vond als er geen nieuw element werd aangebracht, en daarentegen vernietigde op grond van een

overtuigend nieuw element wegens onvoldoende motivering. Dit illustreert de stelling die ook voor de continentale verbrekingshoven geldt (73), dat een belangrijke vervaging van de grenzen tussen feit en recht bereikt wordt door een verzwaring van de eis, dat het vonnis de gronden der uitspraak moet bevatten, gescheiden in feiten en rechtsvraag.

§ 2. Het waarom van een nietszeggend gebod

58. DE NOODZAKELIJKE TAAKOMSCHRIJVING VAN HET HOOGSTE GERECHTSHOF.

Waarom op hermetische wijze recht van feit willen scheiden, zoals het wordt gedaan in het motto dat in de voorgaande paragraaf in verband met de parketrechtbanken werd besproken ? Dit is de vraag die in de tweede paragraaf wordt onderzocht.

In belangrijke rechtsgebieden worden in hoogste instantie de gedingen in hun volle omvang beoordeeld. De opperste gerechtshoven zijn er niet beperkt tot een *revisio in jure,* maar kunnen worden geroepen tot een oordeel over de feiten : het Britse Rijk, de Verenigde Staten, de Sovjetunie, een aantal communistische staten en Scandinavië. Behalve in Denemarken en Noorwegen waar — boven een zekere som — een *onbeperkt* recht van appel gevonden wordt (er bestaan anderdeels slechts twee instanties), staat nochtans in alle andere landen van deze groep de *toegang* tot het hoogste rechtscollege ter beoordeling van de rechter ten gronde (Zweden, Groot-Brittannië en de Verenigde Staten bij de *„Certiorari"* rechtspleging), of is het recht van beroep *gelegd in handen* van de rechter of van het openbaar ministerie (de Sovjetunie en de Verenigde Staten bij de „Certification" rechtspleging). Beide vormen van beperking dwingen de autoriteit, die over de toelating van het beroep beslist, zich te bezinnen op het *criterium* dat daarbij moet worden aangelegd. Overal tekent zich een ontwikkeling in dezelfde richting af (74). De betekenis van de zaken waarvan de hoogste rechter kennis neemt, *moet uitgaan boven die van het concrete geschil van de strijdende partijen.* Telkens weer vindt men het gerezen zijn van een belangrijke rechtsvraag als een criterium voor de toelating genoemd, zij het niet als enig criterium. Ook de stelsels van appel kunnen het niet stellen buiten een zeker onderscheid tussen feit en recht, of nauwkeuriger gezegd, buiten een restrictieve taakomschrijving van het Hoogste Gerechtshof.

(73) VEEGENS, nrs. 100, 102-6.
(74) VEEGENS, nr. 22, blz. 58.

59. GEEN NUTTELOOS TWEEDE BEROEP.

In de Kongolese geschrevenrechtelijke rechtspleging, en ook in de rechtspleging voor de inlandse rechtbanken, kan het beroep tegen een in eerste instantie gewezen vonnis leiden tot een nieuw onderzoek door een tweede instantie, zowel wat het recht als wat de feiten betreft ; men zou van een tweede „eerste instantie" kunnen spreken. Dit is eveneens het geval in België, Frankrijk, Duitsland, Nederland bijvoorbeeld, doch niet in Oostenrijk, modelland der rechtspleging naar het heet. Daar is reeds in de beroepsinstantie niet het vorderingsrecht van de eiser, maar de uitspraak in eerste aanleg voorwerp van onderzoek ; het is verboden nieuwe feitelijke of juridische stellingen aan te voeren. Het hoger beroep reeds dient er alleen tot verbetering van onjuiste beslissingen van de rechter.

Twee „feitelijke" instanties, zoals de Kongolese rechtspleging kent, worden echter nuttig en noodzakelijk bevonden door de rechtspraktizijnen uit deze landen (75) ; ze zijn het er anderdeels over eens dat een tweede beroep nutteloos zou zijn. In de Kongolese rechtspleging heeft wel een tweede beroep bestaan doch het werd afgeschaft van zodra er genoeg vertrouwen in de Kongolese rechtbanken heerste.

60. HET ONDERSCHEID TUSSEN FEIT EN RECHT : EEN BEGINSEL VAN JURIDISCHE TECHNIEK.

De cassatie daarentegen is geen tweede beroep, geen „final appeal". Na twee instanties was in Kongo, zoals in al deze landen, de voorziening in cassatie slechts een middel om de eenheid in de liefst juiste rechtsinterpretatie te verzekeren, zonder de in elk geding opgeworpen feitelijke vragen terug in opspraak te brengen (76). Die functie beheerst de techniek van de verbrekingsmiddelen en het onderscheid tussen rechtsvragen en zo geheten feitelijke vragen. Het verbrekingshof, dat oordeelt over de conformiteit met het recht (sommige wetgevingen formuleren het enger : met de wet) van de vonnissen die door de lagere rechters werden uitgesproken, is het verboden in de feitelijke beoordeling van de zaak te treden. (Dit was en is ook de parketrechtbank en haar opvolgster verboden). Het onderscheid tussen feit en recht blijkt voor het Hof geen filosofie, doch een beginsel van juridische techniek : tussen het rechtsmiddel en het „feitelijk middel" loopt de grens van zijn bevoegdheid.

> Aldus is het in een arrest van 1968 onjuist te verklaren dat Sofie 14 jaren geleden geboren en dus huwbaar is, indien het meisje in 1956 het daglicht zag ; het is eveneens onjuist te verklaren dat zij met haar 12 jaren huwbaar wordt. Doch in

(75) Bijv. BAYART, *Le fait et le droit,* blz. 95. STAR BUSMANN, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering,* Haarlem, 1955[2].

(76) Naast deze functie bestaat er, zoals hoger gezegd werd, ook een disciplinaire functie.

het eerste geval vergist de rechter zich over een feit (77), en in het tweede over het recht, en het Hoogste Gerechtshof staat machteloos tegenover de vergissing in het eerste geval ; het hoort hem niet toe een vonnis te verbreken dat zich in de waardering van de feiten vergiste.

In Kongo, zoals in de vernoemde landen die het cassatieinstituut kennen, is de rechter ten gronde soeverein zolang hij, zonder de procedureregels met de voeten te treden – hetgeen een *vitium in procedendo* uitmaakt die onderworpen is aan de censuur van het Hoogste Gerechtshof (tweede functie van de cassatie) – zich ertoe beperkt de feiten vast te stellen waaruit juridische gevolgen ontstaan.

Waarom op hermetische wijze recht van feit willen scheiden ? Op cassatie-processueel vlak is dus het antwoord hierop : de noodzakelijke beperking van de taak van het Hoogste Gerechtshof. Maar men kan zich afvragen waarom de wetgever (78) tot hier toe in de plaats van positief aan te geven om welke gebreken een vonnis mag verbroken worden (79), zich ertoe beperkte *op algemene (en onbevredigende (80)) wijze te gebieden* dat slechts wegens schending van het recht (81) mocht verbroken worden. (Dit is het corrolarium van het jurisprudentiële verbod *„ne pas connaître des faits".*) Het antwoord is te vinden in de opvattingen over de functie van de rechter ten gronde ten tijde van de instelling van het cassatiehof.

61. EEN TE VEREENVOUDIGDE VOORSTELLING VAN DE RECHTERLIJKE FUNCTIE.

Het bepalen van de bevoegdheid van de cassatierechter aan de hand van het rechtstheoretische onderscheid tussen feit en recht berust op een tot het uiterste vereenvoudigde voorstelling van de rechtsprekende functie. Impliciet werd aangenomen bij de instelling van het cassatieinstituut dat de bezigheid van de rechter ten gronde tot een syllogistische redenering te herleiden is. Iedere toepassing van een rechtsregel op een gegeven geval zou zijn terug te brengen tot de eenvoudigste logische figuur, een syllogisme waarvan de maior bestaat in de rechtsregel, de minor in de feiten en de conclusie in het rechtsgevolg. De gastheer wiens gast in het huis sterft moet aan diens clan een overlijdensvergoeding betalen ; A. was de gastheer van B. die tijdens zijn bezoek verongelukte : A. moet aan B.'s clan een overlijdensvergoeding

(77) Hoogste Gerechtshof van Oost-Kameroen, arrest nr. 36 van 24 december 1963, *Bulletin des arrêts* 1963, nr. 29, blz. 652, *„l'âge des mineurs victimes d'une infraction est une question de fait soumise à l'appréciation du juge saisi."*

(78) Dit geldt gedeeltelijk niet voor de vernietigingsrechter. Zie vorige afdeling.

(79) Zie de inleiding tot titel II.

(80) Zie volgende paragraaf.

(81) Of enger zelfs : slechts indien *„la loi est un des termes du syllogisme"* (Procureur-generaal DUPIN in 1834), – doch dit is een andere vraag.

betalen. Bij samengestelde rechtsregels zijn even zovele syllogismen nodig als de regel bestanddelen bevat.

Ook in de Anglo-Amerikaanse rechtswereld wordt dikwijls nog de juridische redenering voorgesteld als een eenvoudige toepassing der regels van het syllogisme en van de inductie (82):

> „most British judges and lawyers all the time, and all of them some of the time, do regard judicial decisions as either direct applications of existing law, or deductions from existing legal principles. In its extreme form this has in the past been caricatured as the „slot machine theory" of the judicial process (83) (. . .).
>
> The kind of logical deduction and demonstration which is in question in these pages, as frequently found in the operation of the judicial process, means that granted a certain rule of law (major premise) a certain conclusion follows with regard to the facts at bar (the minor). It is essentially the old scholastic logic." (84)

62. KRITIEK OP DIE MECHANISCHE VOORSTELLING.

In continentaal-Europa heeft een rechtsontwikkeling van anderhalve eeuw geleerd dat deze mechanische voorstelling niet met de werkelijkheid strookt. Zelden levert de rechtsorde een regel die geschikt is voor onmiddellijk gebruik. Aan de rechter ten gronde wordt slechts het ruwe materiaal geleverd dat hij moet bewerken tot dat het de – volgens de fictie, waarop alle rechtspraak berust, steeds latent aanwezige – norm heeft opgeleverd, die pasklaar is voor het te berechten geval. De rechtstheoretici zijn het er heden over eens dat de concrete rechtsverhouding niet alleen van regels afhangt, doch ook van beslissingen, en dat deze beslissingen op hun beurt niet alleen door subsumptie onder regels wordt gevonden (85).

> Julius STONE eindigt zijn laatste werk met de volgende woorden : „We end this work, therefore, by reaffirming the conviction, central in *,The province and function of law'* also that the limits of formal logical reasoning in appelate decision-making, cannot and should not be, and never have been, the limits of all reasoning there. The spectacular successes of formal logic in mathematical and natural sciences have eclipsed other methods of reasoning, and even threatened them with oblivion. But the long drawn out hope of handing all human problems by formal reasoning has come to little" (86).

(82) *J.T.*, 1956, 274.
(83) STONE, J., *Legal system and lawyers reasonings*, California, Stanford 1964, blz. 235.
(84) Ibid., blz. 241.
(85) ASSER-SCHOLTEN, passim.
(86) STONE, J., *Op. cit.*, blz. 333.

63. DE SYLLOGISTISCHE VOORSTELLINGSWIJZE : EEN INKLEDING.

We moeten hier even op ingaan. De taak van de rechter ten gronde bestaat erin het recht te vinden voor een concreet geschil dat hem voorgelegd wordt. Daar is hij niet helemaal vrij in. Ook niet de inlandse rechter. De druk van de parketrechtbanken hebben ook deze laatste daarbij gebonden aan het beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen, aan het beginsel van de mogelijke tegenspraak en van de rechten van de verdediging. Langs de motiveringsvereisten om, werd hij uitgenodigd de binnen die perken gevonden oplossing te gieten in de vorm van een logische redenering, om ze aldus te onderwerpen aan een formeel controlemechanisme. Aldus moet een vonnis in beginsel de vorm van een polysyllogisme aannemen, of in werkelijkheid ten minste de reconstructie (87) van een polysyllogisme door de vernietigingsrechter mogelijk maken. Het is nuttig deze vorm te vereisen, die de rechter ertoe dwingt zijn gedachten in een zekere vorm te gieten, die *a posteriori* een logische controle toelaat. Want het voorwerp van de vernietigingscontrole, zoals dat van het toezicht van het Verbrekingshof, zijn toch de woorden waarin de rechter zijn wilsdaad uitdrukt. Meer moet men in die syllogistische voorstellingswijze niet vinden. Het is een vorm, een inkleding, en als dusdanig nuttig en noodzakelijk.

Geplaatst voor een aanspraak of een aanklacht moet de rechter ten gronde de feiten vaststellen die de vordering rechtvaardigen, en de juridische gevolgen bepalen die er krachtens het van kracht zijnde rechtssysteem uit vloeien :

a) de toepasselijke norm houdt voor dat, in de veronderstelling dat dit gekwalificeerd feit vaststaat, dat gevolg eraan vastzit (bij voorbeeld : zonder toelating van de rechthebbende mag een man, op straffe van schadevergoeding, geen geslachtsbetrekkingen aanknopen met een meisje).
b) een bepaald feit van het geding, dat in overeenstemming met de veronderstelling van de toepasselijke norm gekwalificeerd behoort te worden, werd vastgesteld. (bijvoorbeeld : verweerder had regelmatig betrekkingen met een meisje zonder toestemming van haar moeder).
c) dat gevolg zal er dus uit voortvloeien. (Hij zal vergoeding moeten betalen aan de moeder).

Het uitzicht van het klassieke syllogisme waarin de gerechtelijke beslissing kan gegoten worden, is als volgt voor te stellen (88) :

(87) In een op 8 mei 1964 voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak gehouden voordracht merkt VEEGENS het volgende op : „Vaker dan wenselijk is moet de Hoge Raad zijn werk aanvangen met een reconstructie van de gedachtengang van de vorige rechter."

(88) Cfr. bijv. KALINOWSKI G., *Introduction à la logique juridique*, Parijs 1965.

abstracte norm	H → S	Dit syllogisme kan het slot van een keten van redeneringen zijn.	
geschil situatie	f is H		Zo er hierover betwisting bestaat, zal dit zelf de conclusie van een syllogisme uitmaken:
	f → S		a+b+c = H f = a+b+c f is H.

H: stelt de hypothese voor die op abstracte wijze in de regel uitgedrukt wordt;

f: een feit in het geding, de geschilsituatie;

S: de oplossing, het juridisch gevolg door de wet aan de hypothese gehecht;

→: drukt het "*sollen*" van de abstracte norm uit, en het bevel vervat in de rechterlijke uitspraak.

Men mag zich door die vorm echter niet laten misleiden. De rijke werkzaamheid van de rechter is meer dan louter een besluit te trekken uit een rechtsregel en de door hem vastgestelde feiten ; om op het concluderen toezicht te kunnen houden, mag het Verbrekingshof zich niet ontzeggen op die werkzaamheid zelf toezicht te houden.

Slechts op mechanische wijze kan de juridische, dialectische redenering van de rechter tot zo'n klassiek syllogisme herleid worden. Het wezen van de rechtspraak dient in het opstellen van de premissen zelve te worden gezocht, niet in de bezigheid van het concluderen. De syllogistische voorstelling is slechts een inkleding om toezicht mogelijk te maken ; maar het wezenlijke van de rechtspraak kan niet tot een logische activiteit herleid worden. De deductie uit de premissen is zonder belang ; de rechter heeft een meer intense bezigheid buiten de kaders van het syllogisme, op zoek naar de premissen (89).

64. DE MAIOR VAN HET SYLLOGISME.

Beschouwen we op de eerste plaats de maior : „Een toepasselijke norm houdt voor dat, in de veronderstelling dat een als zo danig gekwalificeerd feit vaststaat, zulk gevolg eraan vastzit". In een gewoonterechtelijk zoals in een

(89) CALOGERO, *op. cit.*, blz. 51 ; RIGAUX, nr. 27 tot 30.

geschrevenrechtelijk stelsel, gebeurt het vinden van het toepasbare recht *vóór* het opbouwen van het syllogisme. De rechter vertrekt van de feiten, om daarna tot het recht te komen. Alleen een nauwkeurige ontleding van de feitelijke situatie laat hem toe de bevoegde rechtsregel te vinden. In de praktijk zal de intuïtie, geoefend door de kennis van het recht, de rechter inspireren om rechtsstreeks de regel te kiezen die aan het concrete gegeven aangepast lijkt. Er is een redelijke voortgang, doet Prof. RIGAUX opmerken, maar die is niet voortgedreven door een strikt logische deductie. De keuze van de maior ontsnapt aan de syllogistische structuur. De rechter spoort in de concrete situatie de elementen op die haar doen vallen binnen de categorie van feiten waarop de rechtsregel doelt.

Het opstellen van die rechtsnorm in de maior kan een complexe arbeid noodzakelijk maken ; in het centrum voor logica van de Universiteit te Brussel werd een voorbeeld besproken als het volgende : Een hypothecaire schuldvordering hoort in vruchtgebruik toe aan dame Matondo en in naakte eigendom aan Matumona. Loliki is de hypothecaire schuldenaar. De verbintenis werd op termijn aangegaan, en wanneer de schuld opeisbaar wordt, verkoopt Loliki het gehypothekeerde onroerend goed aan Bobozo. Bobozo heeft de bedoeling het goed te zuiveren, en Loloki wil de opeisbare som terugbetalen. Hij stelt aan de vruchtgebruikster de betaling voor, omdat de blote eigenaar zich in een rebellengebied bevindt en wegens guerillaomstandigheden niet bereikt kan worden. Loliki beweert het recht te hebben het opeisbaar geworden kapitaal in handen van dame Matondo te betalen. Deze weigert echter, bewerende dat de toestemming van Matumona vereist is. Loliki steunt op de stelling dat de vruchtgebruikster van een schuldvordering het recht en ook de plicht heeft het kapitaal te ontvangen, en dat hij dus het recht heeft de vruchtgebruikster te dwingen betaling te ontvangen om aldus lichting van de hypotheek te bekomen. De vraag die aan de rechter gesteld wordt, en die hij verplicht is te beantwoorden, luidt dus of de vruchtgebruikster van een schuldvordering het kapitaal ontvangen mag zonder akkoord van de blote eigenaar. In de rechtsleer vindt de rechter geen zekerheid, omdat de drie stellingen verdedigd worden : 1) alleen de blote eigenaar mag het kapitaal ontvangen, 2) alleen de vruchtgebruiker mag dit, 3) de medewerking van beiden is nodig. Maar indien de wet voor dit bepaald geval geen oplossing voorschrijft, doet ze dit wel voor soortgelijke gevallen. Door een analogische redenering kan de rechter dus tot een oplossing komen die sociaal gerechtvaardigd is. Maar zijn beslissing zal hij niet op grond van een zuiver deductieve redenering kunnen nemen : „*sans une argumentation, il ne pourrait pas en effet fournir les raisons pour lesquelles l'interprétation de la loi qu'il adopte, et qui détermine les prémisses de son raisonnement, lui parait préférable à celle qu'il écarte.*" (90) Alhoewel de rechtsordening één

(90) *J.T.*, 1956, blz. 274.

systeem vormt, d.w.z. dat de verschillende regelingen samenhangen, dat de ene door de andere worden bepaald, dat zij logisch kunnen worden gerangschikt, dat bijzonderheden tot algemene regels herleid worden totdat de beginselen zijn aangewezen, is het er verre van dat door zuiver logische arbeid uit dit systeem voor ieder voorkomend geval de beslissing kan worden afgeleid. Van een logische geslotenheid van het recht kan geen sprake zijn (91).

> In een ander rechtsgebied hoort men dezelfde stem : „The answer has repeatedly been made, especially since Holmes, that on the one hand the ‚logical form' is often ‚fallacious' and on the other, that the exclusion of considerations of social needs, social policies and personal evoluation by the court is correspondingly illusory. And Lord Wright has recently said that ‚judging is an act of will' and that ‚notwithstanding all the apparatus of authority, the judge has nearly always some degree of choice'. It is believed that this answer is substantilly correct." (92)

De rechter analyseert niet alleen ; de hem toegewezen functie is bij te dragen tot de handhaving van de sociale vrede, en bijgevolg tot de stabiliteit van het gevestigde juridische systeem. Hij is niet ongevoelig aan de gevolgen van zijn redenering. In dezelfde zin schrijft CALOGERO : *„Il giureconsulto ... non è un contemplatore di teoremi, ma un organizzatore di voluntà"* (93).

65. DE MINOR VAN HET SYLLOGISME.

Nemen we nu de minor. In werkelijkheid moet de ogenschijnlijk unitaire minor zulk feit is (of is niet) H in twee volledig gescheiden delen uiteenvallen :

1° de beslissing of een bepaald feit vaststaat of niet (en die beslissing is onderworpen aan bewijs- en procedureregels).

2° Het aldus vaststaande feit is H.

Om uit de premissen van het syllogisme een besluit te kunnen trekken, moeten die een gemene term hebben. De feiten in de minor moeten zodanig verwoord worden dat ze overeenstemmen met de bij het opstellen van de rechtsnorm in de maior gebruikte terminologie. Medium is hierbij de taal, zoals Prof. RIGAUX het aan de hand van een fenomenologische approach duidelijk aantoont : *„la construction syllogistique du raisonnement fait bien apparaître que la profonde unité du fait et du droit est l'oeuvre du langage"* (nr. 54).

(91) ASSER-SCHOLTEN, blz. 100.
(92) STONE, *Loc. cit.*
(93) CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, blz. 116.

Het kernprobleem van de cassatie wordt hier aangeraakt : de onderscheiding eensdeels tussen het vaststellen van de feiten van het geding en anderdeels hun juridische kwalificatie, hun subsumptie (zoals de duitse rechtsleer het uitdrukt) onder een rechtsregel. Kwalificeren bestaat erin een conceptueel gegeven, „feit" geheten (94), te vergelijken met de inhoud van de wettelijke hypothese van de rechtsregel (95). Vele auteurs hebben hier van een sprong gesproken (96), een overgang van het concrete naar het abstracte.

> „Donner au fait brut l'étiquette qui détermine sa place dans le monde du droit, le qualifier, l'insérer, ce faisant, dans la famille juridique à laquelle il appartient, c'est l'une des tâches essentielles du juriste ; le zoologue, ainsi découvre, entre la baleine et le chien du salon, ces analogies qui permettent d'établir leur cousinage, et de les intégrer tous deux dans la famille des mammifères. (. . .) La qualification est une zone de passage ; elle met le fait et le droit en communication." (97)

Prof. RIGAUX heeft terecht op *het conceptuele karakter* van een toezicht op de kwalificatie gewezen. Wanneer de rechter ten gronde de omstandigheden van het geding *beschijft door middel van begrippen die vreemd zijn aan het wettelijk vocabularium,* bestaat het toezicht op de kwalificatie erin na te gaan of de abstracte begrippen die de bijzondere situatie beschrijven, beantwoorden aan de wettelijke definitie van de hypothese. Het toezicht op de kwalificatie is louter conceptueel ; *er gebeurt geen zogeheten overgang van het concrete naar het abstracte.* Men blijft in hetzelfde vlak : misschien mag het beeld gebruikt worden van de met krijt getekende hoed die „opgehangen" wordt aan de op het bord afgebeelde kapstok. Door de kwalificatie van de rechter ten gronde na te gaan verrijkt het Hof van Cassatie, vult aan en preciseert het juridisch vocabularium. In die zin kan gesproken worden van ervaringsregels met taalkundig of begripmatig karakter : de van de wettelijke terminologie verschillende woorden stellen het Hof in staat zekere begrippen te bepalen, waarvan de wetgever geen definitie gegeven had. De uitbreiding is een wilsdaad, gegrond op ervaringsregels (98).

(94) „een conceptueel gegeven", d.i. geen bruut existentieel feit. De taal dient tot middelares tussen het brute feit en het recht. Dit vernietigt de opwerping van CALOGERO die de syllogistische vorm verwierp omdat de middenterm (H) in twee verschillende betekenissen kan genomen worden in de maior en de minor, nl. als juridisch en als feitelijk begrip, hetgeen als *duplicatio medii* de zwaarste fout uitmaakt in een syllogisme (RIGAUX, nr. 30 en 54).

(95) Elke rechtsregel is inderdaad samengesteld uit 2 delen, waarvan de ene de hypothese aanduidt, de andere het rechtsgevolg Cfr. DABIN J., *Theorie générale du droit,* nr. 42.

(96) HALLEMANS, W., *Le fait et le droit,* blz. 82.

(97) RIVERO, J., *ibid.,* blz. 142.

(98) Over de ervaringsregelen : zie volgende paragraaf.

66. EEN VOORBEELD : DE KWALIFICERING „SCHUIN UITZICHT".

Er wordt een hypothetisch voorbeeld gegeven uit het burenrecht : Kalala dagvaardt zijn buurman Bombo om hem te horen veroordelen tot het dichten van een venster dat op zijn perceel uitgeeft ; de rechter hoort de partijen en benoemt een deskundige om de afstand te meten tussen Bombo's venster en de scheidingslijn van de percelen. Op grond van het deskundig verslag wordt het volgende vonnis uitgesproken : „Gelet op de rechtsregel vervat in artikel 678 van het Napoleontisch wetboek en in Kongo als algemeen beginsel van toepassing geacht ; (MAIOR) Overwegende dat uit het deskundig verslag blijkt dat de afstand tussen Bombo's venster en de scheidingslijn der percelen 1,92 m bedraagt ; (MINOR) Overwegende dat aldus de wettelijke afstand geëerbiedigd werd ; Verwerpt de vordering als ongegrond." (BESLUIT)

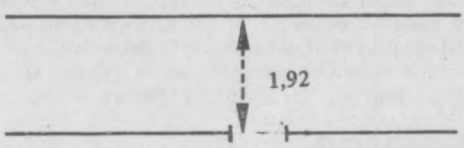
Zo'n vonnis wordt een vonnis „in feite" genoemd. De rechter heeft er zich immers toe beperkt op zicht van het deskundig verslag in de minor de afstand tussen venster en scheidingslijn vast te stellen, vanuit zuiver materieel oogpunt, zonder enige juridische waardering in te roepen met betrekking tot het begrip „afstand" : door rechter en partijen wordt dat begrip als eenzinnig beschouwd, als vrij van elke dubbelzinnigheid.

De rechtsnorm in de maior vervat

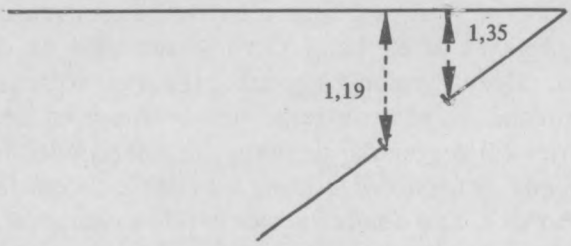
> „Op het erf van de gebuur mag men geen rechte uitzichten hebben, indien er geen afstand van 1,90 m is tussen de muur waarin men ze maakt en het genoemde erf"

wordt niet betwist, en de beschijving van de feiten in de minor vergt geen kwalificatie, zodat de rechter ten gronde zich ermee kan vergenoegen de gemene term tussen maior en minor te hernemen, namelijk de materieel vastgestelde afstand en tot de ongegrondheid van de vordering te besluiten. Tegen dergelijke in laatste aanleg gewezen uitspraken is geen voorziening in verbreking denkbaar : „Er werd in feite gevonnist" zal men zeggen. Accurater zou het zijn te zeggen dat tegen dergelijke uitspraak geen voorziening mogelijk is, omdat er geen voorziene cassatiegronden aanwezig blijken.

Het gegeven voorbeeld wordt nu lichtelijk gewijzigd : de muur waarin het venster werd uitgekapt is niet langer parallel met de scheidingslijn ; een loodrechte die vanuit het venster op de scheidingslijn wordt getrokken, snijdt die op een afstand van 1,19 m (vanuit de meest nabije kant van het venster) en van 1,35 m (vanuit de meest verwijderde vensterkant). EERSTE VOORBEELD (recht uitzicht) :



TWEEDE VOORBEELD (schuin uitzicht volgens Bombo, de verweerder) :



Het venster bevindt zich dus op een afstand van minder dan het (voor rechte uitzichten) wettelijk voorgeschreven minimum van 1,90 m van de scheidingslijn met de buurman.
Tot antwoord op de vordering van Kalala zou Bombo echter kunnen doen gelden dat zijn venster geen *recht uitzicht* uitmaakt, vermits het zich in een schuine muur bevindt ; het zou volgens hem een *schuin uitzicht* vormen, zodat de rechtsregel uit artikel 680 toepasselijk wordt :

> „Men mag geen zijdelingse of schuine uitzichten op het genoemde erf hebben, indien de afstand geen 0,60 m bedraagt".

De rechter heeft dus de vraag te beantwoorden, wat er onder „rechte" en „schuine" uitzichten verstaan moet worden. Een dergelijk geval deed zich in het begin van deze eeuw voor in Brussel, en de rechter ten gronde (vrederechter van Schaarbeek en rechtbank van eerste aanleg) volgde de stelling van de eiser dat men voor een recht uitzicht stond (99) :

> „Attendu que le mur mitoyen établi sur la limite séparative des héritages n'est pas parallèle au mur dans lequel les fenêtres litigieuses ont été ouvertes, mais qu'il se prolonge en face de celles-ci de telle façon que se trouvant à l'une ou l'autre de ces fenêtres et dans la direction de leur axe, l'on a, sans tourner la tête à droite ou à gauche, vue sur une partie du fonds de l'intimé ;
> attendu qu'il est de doctrine et de jurisprudence que la vue droite est celle qui s'exerce dans l'axe d'une ouverture, qu'une fenêtre donne vue droite lorsqu'elle permet de voir sur l'héritage voisin sans se pencher au dehors et sans tourner la tête à droite ou à gauche, ou encore qu'il y a vue droite lorsqu'une perpendiculaire projetée horizontalement au plan de l'ouverture peut rencontrer un point quelconque de la propriété voisine".

Dit noemt men een vonnis „in rechte", omdat de draagwijdte zelf van een rechtsnorm, art. 678 BW. namelijk, betwist wordt, en omdat om de middenterm van de premissen van zijn vonnis te bepalen, de magistraat er toe

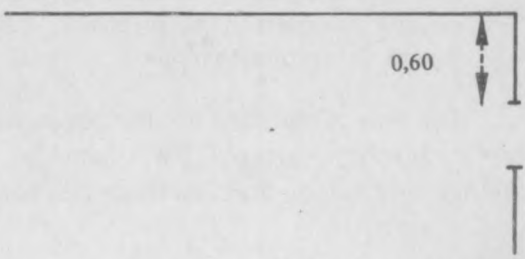
(99) Rb. Brussel, 12 november 1908, *Pas.*, 1919, III, 251.

gebracht wordt het uitzicht te kwalificeren dat zich in de voorwaarden in het vonnis vermeld bevindt, dit wil zeggen het te beschrijven op een bijzondere manier door impliciet of expliciet te verwijzen naar de elementen van de abstracte regel. Deze beschrijving zal gebeuren volgens een bijzondere techniek om precies de gemene term van de minor en de major af te zonderen. De rechter zal zeggen dat de muur die niet parallel loopt *„se prolonge de telle façon que se trouvant à l'une ou l'autre de ces fenêtres et dans la direction de leur axe, l'on a sans tourner la tête à droite ou à gauche, vue sur une partie du fonds de l'intimé"*. Van die vaststelling vertrekkend en van de bepaling in de minor gegeven zal hij het besluit trekken dat het hier niet om een schuin uitzicht gaat. Tegen dergelijk vonnis is een voorziening in verbreking mogelijk, omdat het gaat om de zin en de draagwijdt van een rechtsnorm. Het Belgische Hof van cassatie had zich in 1909 over zulk geval te buigen, op een voorziening wegens schending van de artikels 678 en 679 van het burgerlijk wetboek. (100) Het Hof besliste :

> „attendu que si la loi n'a pas défini la vue droite ou fenêtre d'aspect dont l'établissement est prohibé par les articles 678 et 679 du C.C., *l'interprêtation qu'il faut donner* à ces mots dans ces articles *est une question de droit* soumise à l'appréciation de la cour de cassation, appelée à déterminer la portée de ces dispositions et à vérifier si elles ont été justement appliquées à la situation de fait souverainement constatée par les juges du fond ;
> attendu que, d'après le sens naturel des termes comme à raison du motif déterminant de ces dispositions qui ont restreint l'exercice du droit de propriété pour s'opposer aux entreprises de la curiosité indiscrète ou maligne d'un voisin il faut entendre par vue droite ou fenêtre d'aspect celle qui est établie de telle façon qu'il soit possible de mener sur le plan délimité par son ouverture une perpendiculaire qui atteigne en un point quelconque le ou les plans élevés (verticalement) sur la limite séparative des héritages ;
> attendu, dés lors, que c'est à bon droit que le caractère de vues droites sur la propriété du défendeur a été reconnu aux fenêtres litigieuses et que, loin de violer les dispositions légales visées au moyens, le jugement en a fait une exacte application".

Schuin uitzicht (volgens de rechter ten gronde en het Hoogste Gerechtshof) :

ervaringsregel:
een stijve nek doodt de nieuwsgierigheid!



(100) Verbr., 21 oktober 1909, *Pas.*, 1909, I, 414.

67. VERBREKING BIJ ONJUISTE KWALIFICERING INDIEN DE MOTIVERING VAN HET AANGEVOCHTEN VONNIS DIT TOEZICHT MOGELIJK MAAKT.

Het lijkt dus eenvoudig (101). Wanneer de rechter zich er toe beperkt zonder te kwalificeren te beschrijven, velt hij een vonnis „in feite", zodat het Hof van Cassatie niet hoeft tussen te komen ; het is het soeverein gebied van de rechter over de feiten. Wanneer de rechter ten gronde deze feiten beschrijvend ze kwalificeert, dan geeft hij ze een zin, een kleur, een draagwijdte ; we zijn op het gebied van het recht en het Verbrekingshof zou zich steeds bevoegd moeten verklaren. Volgens Prof. RIGAUX (nr. 157) doet het Belgische Hof van cassatie dit ook :

> „La Cour de Cassation s'est, chaque fois qu'elle a eu l'occasion, reconnue compétente pour contrôler la qualification du juge du fond, toute erreur de qualification entraînant une „fausse application" de la disposition légale mise en œuvre par le juge du fond."

Moderne Franse schrijvers beschouwen iedere vraag van kwalificatie als een rechtskwestie, waarvan de oplossing in beginsel vatbaar is voor toetsing in cassatie (102). Hun hoofdargument is dat de overgang van het concrete naar het abstracte, van het bijzondere naar het algemene, in alle gevallen van dezelfde aard is. Door de identificatie van een gegeven feitelijke situatie met een rechtsbegrip, ligt in iedere kwalificatie een definitie van dat begrip opgesloten. In Duitsland is de definitieve wending van wetenschap en rechtspraak naar volledige toetsing van de *subsumptie,* d.w.z. naar een ruime controle door het Reichsgericht, verwezenlijkt door STEIN (103).

68. ANDERE OPVATTINGEN.

Er zijn nochtans juristen die menen dat slechts vragen van algemene kwalificatie aanleiding geven tot verbreking, en niet vragen van bijzondere kwalificatie (104). Anderen menen dat het Hof niet systematisch het toezicht op de kwalificatie uitoefent, maar, volgens een jurisprudentiële kwalificatiepolitiek (105), gebeurlijk de soevereine waardering van de kwalificatie overlaat aan de rechter ten gronde, zodat bepaalde kwalificaties als feitelijke kwesties, andere als rechtsvragen moeten beschouwd worden. Aldus VEEGENS (blz. 157) :

(101) „*La distinction entre le fait et le droit semble aisée à opérer*" (MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé,* Parijs, 1948, nr. 138).
(102) GARSONNET VI, nr. 377, MARTY, nr. 115 en WUNDERLI, blz. 23. Cfr. VEEGENS, nr. 85.
(103) STEIN, *Das private Wissen des Richters,* 1893. Cfr. VEEGENS, nr. 86.
(104) BAYART, A., in : *Le fait et le droit,* blz. 101 en 102.
(105) TERRE, Fr., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications;* proefschrift Parijs, 1956, nr. 607.

„De vraag, of de Hogere Raad leiding moet geven dan wel de lagere rechtscolleges hun gang moet laten gaan, is van dezelfde orde als die, of de wetgever een meer of minder gedetailleerde regel moet uitvaardigen. Het irrationele element in het recht, dat zich in beide gevallen doet gelden, laat zich nu eenmaal niet in een formule vangen. Niemand denkt eraan begrippen als goede trouw, overmacht en schuld uit onze wetgeving te bannen, omdat wij ze beter vanuit onze intuïtie kunnen benaderen dan met onze rede bevatten. Dat geldt ook voor de schending van de wet (of het recht) in het 2º nummer van art. 99 R.O.

Wil men deze opvatting van een etiket voorzien, dan zou men haar de functionele kunnen noemen. Zij verklaart een belangrijk deel van de inconsequenties, waaraan de Cour de Cassation en het Reichsgericht zich volgens hun critici zouden hebben schuldig gemaakt. Deze colleges, die zich door hun takt en praktisch inzicht hebben laten leiden, hebben van meer wijsheid blijk gegeven dan de schrijvers, die te zeer naar rationalisatie hebben gestreeft."

Aldus ook Ch. PERELMAN, P. FORIERS en de Zwitser H. DESCHENAUX.

"L'opération intellectuelle consistant dans la détermination du sens et de la portée des termes de la loi se fonde, à la fois, sur des éléments théoriques et sur des considérations pratiques qui justifient la décision du juge d'interpreter la loi de l'une ou de l'autre façon. C'est en tenant compte surtout de considérations de cette dernière espèce que la Cour de cassation ou le Tribunal Fédéral limite sa propre compétence par la distinction du fait et du droit, et qualifie de jugements en fait les décisions du juge du fond qu'elle ne désire pas soumettre à son contrôle, et celles où elle ne voit pas de raisons de substituer son appréciation à celle du juge du fond." (106)

„(. . .) Sous cet angle, les expressions ‚fait' et ‚droit' sont moins liées à un contenu interne objectivement réductible à des critères qui les transcendent qu'à un problème d'autodétermination de compétence. C'est pourquoi nous pensons qu'il subsistera toujours à leurs propos une certaine et nécessaire ambiguité." (107)

„On constate, à cet égard, des divergences entre les réactions des Cours suprêmes, qui s'expliquent souvent par des considérations politiques et historiques, et qui dépendent, en définitive, de la plus ou moins grande confiance qu'elles peuvent avoir dans les juges du fond. Cette confiance, ou son absence, peut aussi se manifester par la plus ou moins grande exigence quant à la motivation des jugements. (. . .) Pour le reste, en affirmant que le juge du fond a jugé en fait, elle (la Cour de cassation) signale uniquement aux intéressés qu'elle laisse à ce dernier la responsabilité de la qualification, aussi longtemps qu'elle ne lui paraît pas aberrante." (108)

(106) PERELMAN, Ch., in *Le fait et le droit*, blz. 278.
(107) FORIERS, P., in : *Le fait et le droit*, blz. 77.
(108) DESCHENAUX, H., *La distinction du fait et du droit dans la procédure de recours au tribunal fédéral, Etude critique de la jurisprudence*, Fribourg, 1948, blz. 60 en *Le fait et le droit*, blz. 276.

69. DE MOTIVERING VAN HET AANGEVOCHTEN VONNIS MOET HET KWALIFICERINGSTOEZICHT MOGELIJK MAKEN.

Zoals gezegd, verwerpt Prof. RIGAUX die zienswijze – althans wat betreft het Belgische Verbrekingshof. De arresten die hij aanhaalt bij zijn vaststelling hebben alle het vonnis a quo verbroken wegens een kwalificatievergissing. De verwerpingsarresten daarentegen verduidelijken niet met evenveel kracht de toezichtsmacht door het Hof uitgeoefend ; het zijn nu precies dikwijls zulke verwerpingsarresten geweest die, slecht begrepen, werden aangehaald om aan te tonen dat het Hof niet op systematische wijze toezicht hield op de kwalificatie. Het kwalificatietoezicht werd weliswaar vrijer, geredelijker uitgeoefend in 1954 dan in 1906, maar alhoewel wat onhandig en terughoudend, was het er toen niet minder doeltreffend om. Men mag niet eruit besluiten dat het Hof is overgegaan van verwerping tot uitoefening van het toezicht op de kwalificatie, meent Prof. RIGAUX.

> „Des explications qui précèdent, il résulte que le contrôle de la qualification n'a pas de frontières ‚naturelles' (le prétendu concret), qu'aucun concept qualificateur n'est, de par sa nature, soustrait au contrôle de légalité et enfin que la Cour n'en a pas fixé les limites grâce à une prétendue ‚politique de qualifications', lui permettant de rejeter le contrôle de qualifications ‚trop' spécifiques. Abstraction faite de décisions aberrantes ou d'erreurs d'appréciation dont, pas plus que les juridictions de fond, la Cour de Cassation n'est exempte, l'étendue de ce contrôle dépend essentiellement de la motivation de la décision attaquée." (109)

Van nature uit is een vraag als „Is er verkrachting geweest ? ", noch feitelijk, noch juridisch. Het is afhankelijk van de termen waarin de rechter ten gronde zich uitdrukte, het is te zeggen van de motivering van zijn vonnis. Indien hij vaststelt dat het materiële feit niet vaststaat, of indien hij het als vaststaande aanvaardt in de termen zelf van de strafwet, laat hij geen ruimte voor kwalificatietoezicht. Wanneer de rechter ten gronde integendeel beslist dat de door hem (met behulp van andere dan door de wetgever gebruikte woorden) vastgestelde feiten niet vallen onder de wettelijke kwalificatie „verkrachting", dan kan het Hof van verbreking toezicht uitoefenen op zijn kwalificatie. De uitoefening van het kwalificatietoezicht hangt wezenlijk af van de natuur van de motieven van het aangevochten vonnis, en tenslotte dus van de handigheid van de advocaat ten gronde die de rechter ten gronde kan ertoe brengen in de motieven stelling te nemen ten opzichte van de te kwalificeren feiten van het geding.

(109) RIGAUX, nr. 163. Zou het niet dezelfde verkeerde optiek zijn, die advocaat-generaal LAGRANGE ertoe gebracht heeft te zeggen dat een aanvraag van prejudiciële beslissing in de zin van artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag beperkt wordt tot „*une question d'interprétation abstraite*" ? Zo geformuleerd schijnt dat begrip te moeten geplaatst worden tegenover een concrete interpretatievraag. Het verschil tussen beide ? Men valt weer op de valse antinomie feit-recht. (Cfr. bijv. de zaak nr. 26-62 : N.V. Algemene Transport – en expeditieonderneming van Gend en Loos tegen de Nederlandse fiscale administratie).

70. HET KWALIFICEREN BIJ INDUCTIEVE RECHTSVINDING.

Het is hier de plaats op te merken dat in de common law dit kwalificatieproces in beginsel andersom zal gebeuren. De denkgewoonte van de Common law-rechter is inductief, althans zo hij geen wetteksten toepast. Hij gaat uit van het concrete geval.

> „Let us remind ourselves of Sir George Jessel's simple principle, that precedents are employed *in order to establish principles.*
> (. . .) The business of a Court in deciding any particular issue is to work its way by the inductive principle which I have mentioned to a relevant *rule.*" (ALLEN, p. 270)

Wat verder besluit de auteur na een voorbeeld te hebben gegeven van rechterlijke redenering :

> „in this typical example of judicial reasoning it will be seen that there is a blend of pure logics based on the facts of the case, and logic based on the analogy of authorities : both are subservient to the principal purpose of „subsuming" the case under a general rule. It must never be forgotten that the judge has to review every precedent cited to him, not as a precise formulation of a general, abstract rule of law (like an article of a code), but as a concrete application of, or as an argument in favour of, some real or supposed rule of law." (110)

Bij deze bedenkingen wordt even stil gehouden, omdat de rechtstoepassing in de inlandse rechtbanken op eenzelfde wijze gebeurt. (111) Zij kunnen worden geïllustreerd met de bekende „case" *Donaghue v. Stevenson* (House of Lords, 1932), waarin werd beslist dat een vrouw die ziek was geworden na de ontdekking van een slak in het gemberbier dat ze aan het drinken was, een aanspraak op schadeloosstelling kon laten gelden tegen de fabrikanten. Het geval levert volgens STONE (blz. 269) de volgende feiten (*„material facts"*) op :

a) de schadelijke factor : een dode slak, elke slak, elk schadelijk fysisch vreemd lichaam, of om het even welk schadelijk element.
b) de drager van de schadelijke factor : een ondoorzichtige fles gemberbier, of een ondoorzichtbare fles met drank, of elke fles met drank, of om het even welk vat of verpakking van om het even welk goed voor menselijk verbruik, of om het even welke verbruiksgoederen, of om het even welke zaak (land en gebouwen inbegrepen).
c) de identiteit van de verweerder : een fabrikant van goederen die nationaal verdeeld worden door middel van verspreide kleinhandelaars, of om het even

(110) ALLEN, G., blz. 157.
(111) Cfr. VERDIER, blz. 110 : „Le ‚jus dicere' africain est moins une déclaration de la coutume que sa mise en œuvre juridique. La coutume se présente sous la forme de principes généraux de notions fondamentales, de préceptes et d'interdits d'ordre religieux, moral et social, qui s'expriment dans les différentes institutions du groupe".

welke fabrikant, of om het even welke persoon die aan de zaak werkt, of om het even wie de zaak behandelt.

d) het potentieel gevaar van de schade veroorzakende factor : om het even welk voorwerp dat schadelijk kan worden door onachtzaamheid of niet.

e) de schade aan de eiser : fysische persoonlijke schade of nerveuse en fysische schade of om het even welke schade.

f) de identiteit van de eiser : een Schotse weduwe, of een Schotse vrouw, of een vrouw, of om het even welke volwassene, of om het even welke mens, of om het even welke juridische persoon.

g) de verhouding tussen de verweerder en de schade veroorzakende factor : ontvangen van een koper van een kleinhandelaar die rechtstreeks van verweerder kocht, of de koper van zulke kleinhandelaar, of de koper van om het even wie, of om het even wie in verhouding tot zulke koper of ontvanger, of andere persoon, of om het even welke persoon in wiens handen zulk voorwerp op rechtmatige wijze kwam, of om het even welke persoon in wiens handen het kwam.

h) de mogelijkheid tot ontdekking van de schade veroorzakende factor : het schadelijk element is niet te ontdekken door een inspectie van om het even welke tussenpersonen, of niet te ontdekken zonder de koopbaarheid van het goed te vernietigen, of niet te ontdekken door om het even welke tussenpersoon die een inspectieplicht had, of niet te ontdekken door om het even welke tussenpersoon die redelijkerwijze door de verweerder zou verwacht worden te inspecteren, of niet te ontdekken door de partijen waarvan redelijkerwijze het Hof of een jury een inspectie zou verwachten.

i) de datum van het geding : de aangevochten feiten waren voorwerp van geding in 1932, of elke tijd van 1932, of om het even wanneer.

Door het intuïtief gevonden precedent te vergelijken met de zich op analoge wijze voordoende feiten kunnen beide onder één regel gesubsumeerd worden, namelijk dat een persoon op redelijke wijze vooruitziend moet zijn (112), wanneer hij bewust hoort te zijn dat hij mogelijkerwijze schade kan toebrengen aan anderen. Wanneer precies de schade voorzien kan worden, is natuurlijk een moeilijke vraag.

§ 3. Het corrolarium : Een dubbelzinnig verbod

71. FEIT EN RECHT IN DE BEZIGHEID VAN DE RECHTER TEN GRONDE.

In de voorgaande paragraaf werd gezien hoe de dichotomie feit-recht, als gevolg van een te mechanische voorstelling van de logische activiteit van de rechter, (ten onrechte) procedurale betekenis kreeg. Wat er ook van zij, algemeen werd aanvaard dat de parketrechtbanken het kernachtig uitge-

(112) Over de „*reasonable man*" in het Afrikaanse gewoonterecht, zie : GLUCKMAN, *passim.*

drukte verbod „*Les tribunaux de parquet ne connaissent pas du fait*" hoorden na te leven, alhoewel dit in de praktijk soms met de voeten werd getreden. Slechts juridische fouten (*erreurs de droit*) mochten aan de censuur van de vernietigingsrechter onderworpen worden, terwijl de fouten van feitelijke aard (*erreurs de fait*) eraan onttrokken waren. Deze gedragslijn werd echter dikwijls verkeerd begrepen, om reden van de dubbelzinnigheid van het woord feit (113). In deze paragraaf zal stap voor stap de bezigheid van de rechter ten gronde gevolgd worden om te achterhalen wat er feitelijk in is, en wat juridisch. Het betoog wordt abstract gehouden om de vergelijking tussen cassatie en de Kongolese vernietiging mogelijk te maken. Wanneer het woord „feit" zonder nadere omschrijving voorkomt, wordt het woord gebruikt in de gewone filosofische zin waarin een historicus het woord zou verstaan.

72. SAMENSTELLING VAN DE RECHTBANK.

1° Eerst moet een rechter de titel onderzoeken krachtens welke hij zijn openbaar ambt uitoefent. Zonder bij de veronderstelling stil te staan van afwezigheid van hoedanigheid om recht te spreken, kan gedacht worden aan de vele fouten, die, zoals de onregelmatige samenstelling van de rechtbank, een vonnis nietig kunnen maken. Deze fouten zijn (historische) feiten. Het is bijvoorbeeld een feit dat tijdens de verschillende aan de zaak gewijde zittingen de rechtbank niet op dezelfde wijze was samengesteld. Zonder belang is het te weten of zulk feit *uit nalatigheid* geschiedde, dan wel omdat de rechter *de procedureregel verkeerd verstond.*

Het Belgische Hof van Cassatie meent dat het geen onderzoeksmaatregel mag bevelen om na te gaan of personen die gezeteld hebben de wettelijke hoedanigheid hiervoor hadden (114). De parketrechtbanken meenden dat ze dit wel mochten doen, zoals hoger gezien werd.

(113) „*La distinction du fait et du droit, qui semble aisée en théorie, fait naître dans l'application les doutes les plus embarrassants et donne lieu aux questions les plus métaphysiques*" (*Jurisprudence générale* Dalloz, V° *Cassation*, nr. 1 ; SCHEYVEN, nr. 100).
„De afbakening van de vaststelling van een feit en van de toepassing van het recht geniet een gevestigde faam van duisterheid, onzekerheid en twijfel", laat VEEGENS opmerken. In Nederland kwamen hierom zelfs stemmen op voor afschaffing van de cassatie. Deze auteurs hebben bij de verwarring door het dubbelzinnig verbod teweeg gebracht, er het bijltje bij neergelegd. Dit lijkt overdreven : fundamenteel blijkt het probleem van de restrictieve taakomschrijving van het Hoogste Gerechtshof (zie lager, titel II, inleiding). Beter is zoals RIGAUX het doet de dubbelzinnigheid uit de wereld te helpen en het Hoogste Gerechtshof een positieve taakomschrijving te geven die – om klaarder te zijn – er niet minder restrictief om is.

(114) Dit heeft ze vroeger wel gedaan bij interlocutoire arresten : een jurylid had de Belgische nationaliteit niet (Verbr., 29 mei 1845, 426) ; nazicht van de wettelijke voorwaarden die een suppleërend magistraat toelaat te zetelen in raadkamer als onderzoeksrechter (Verbr., 27 maart 1871, 109). Wat het Hof nu doet, is draconischer (ten minste indien het om een substantiële vorm gaat) : wanneer de stukken der rechtspleging niet toelaten na te gaan of de

73. ONBEVOEGDHEID EN MACHTSOVERSCHRIJDING.

2° In de veronderstelling dat de rechters de macht tot rechtspreken hebben, moeten ze die macht wettelijk uitoefenen met betrekking tot het voorwerp van het geding en met de wijze waarop het geding aanhangig werd gemaakt. Mogelijke fouten gebeuren hier in verband met de bevoegdheid, de machtsoverschijding, beslissingen over *non-petita,* enz. (Voor de onderzochte rechtspraak : zie verder, nr. 93v.) Soms, zoals in het geval van *non-petita,* kan het foutieve van de beslissing *slechts in verband met een feit* erkend worden, nl. met een akte der rechtspleging : dagvaarding of conclusie bijvoorbeeld. Die akten van de rechtspleging zijn historische feiten, wilsuitingen die uitgaan van partijen : „wat vroeg bijvoorbeeld de eiser precies aan de rechtbank ?" Dit blijkt duidelijk voor de inlandse rechtbanken : als er geen geschrift bestaat en in de voorziening wordt over zo'n fout geklaagd, kan er een instructie gedaan worden.

74. VONNIS OVER DE FEITEN VAN HET GEDING.

3° De rechter die op regelmatige wijze zijn macht uitoefent om recht te spreken over de feiten die hem in strafzaken voorgelegd worden of over het privaatrechtelijke geschil dat bij hem aanhangig wordt gemaakt, zal eerst *de feiten van het geding* moeten vaststellen. Deze vaststelling is een gezagsdaad waardoor hij *beslist* dat het feit zus of zo is.

„Quand le jugement du fait est exprimé dans les termes mêmes de la loi, on peut hésiter à dissocier l'opération de qualification, de la constatation du fait. Et cependant une telle dissociation est indispensable à qui a le souci de fixer des bornes au contrôle de légalité, encore que le jugement du fait ne soit pas intégralement soustrait à ce contrôle. Connaître du fait, c'est pour le juge, porter un jugement d'existence sur une situation vécue. Si déjà le fait ne s'offre pas au savant tel un donné brut, s'imposant de l'extérieur, à plus forte raison constitue-t-il, pour le juge, le terme d'opérations rigoureuses. L'expression française ‚constater le fait' induit en erreur sur la fonction propre du juge de fait'. Il ne s'agit pas de constatation mais de décision, et comme le jugement de fait est souvent exprimé dans les termes mêmes de sa qualification légale, la décision sur le fait emporte de manière presque automatique la solution en droit".

„*Connaître du fait*" is een gezagsdaad die – op voorwaarde dat de uitdrukking juist verstaan wordt – aan de rechter ten gronde is voorbe-

rechtbank regelmatig was samengesteld, bestraft het Hof het motiveringsgebrek dat hem belet zijn controle uit te oefenen.
Voor Frankrijk merkt ZAYTAY (nr. 110) op : „*Dans certains arrêts très anciens, la Cour a ordonné la production de preuves* (cfr. MARTY, blz. 178) ; *aujourd'hui, cette jurisprudence est abandonnée et il est acquis que la Cour de cassation ne peut recourir à aucune mesure d'instruction*".

houden. Het gaat er om een rechterlijke beslissing over feiten. Het besluit van het feitelijk oordeel ontsnapt aan de verbrekings- en vernietigingsrechter. Op dit plan zijn rechtsfouten nochtans niet uitgesloten. De wettelijkheid van de manier waarop de rechter ten gronde tot dit besluit kwam, moet nagegaan worden.

Indien de voorziening in verbreking of in vernietiging het vonnis over de feiten aanvecht, is de opperste rechter niet gebonden aan zogeheten soevereine vaststellingen van de rechter ten gronde, vermits het door hem te onderzoeken punt precies is : uit te maken of het feit niet op incorrecte wijze beoordeeld werd, zodat het resultaat van de gedachtengang, de wilsdaad, incorrect zou zijn en dus vernietigd zou moeten worden. Toezicht op de regels van bewijs en op de bewijslevering en toezicht op de motivering laten de opperste rechter toe in te grijpen indien de rechter ten gronde het feit dat hem op regelmatige wijze voorgelegd werd, verwaarloosde of over het hoofd zag, op incorrecte wijze – het feitelijk oordeel is namelijk onderworpen aan rechtsregels waarvan de schending door de opperste rechter moet bestraft worden – uitlegde of waardeerde.
Prof. RIGAUX noemt dit *„le contrôle de la légalité du jugement du fait* :

„Quand elle contrôle la qualification (dit zal de volgende stap van de rechter ten gronde uitmaken), la cour suprême tient pour établis les ‚faits souverainement constatés' par le juge du fond : en effet, pour vérifier sous quel concept qualificateur rentrent les faits de la cause, il faut nécessairement les supposer constants. Cela ne signifie pas que le jugement du fait échappe à tout contrôle de légalité : ce jugement est lui-même une œuvre juridictionnelle, qui obéit notamment à des règles de droit, dont il appartient à la cour de cassation de censurer la transgression. Que dans de nombreux arrêts relatifs au contrôle de la qualification ou de la légalité du dispositif, la cour de cassation se fonde sur les „constatations souveraines" du juge du fond ne signifie pas toujours que celles-ci sont, de par leur nature, inattaquables, mais que n'ayant pas été attaquées en l'espèce, elle sont tenues pour constantes." (nr. 166)

De volgende rechtsregels kunnen bij het beslissen over de feiten geschonden worden :

Regels nopens de bewijslast ten eerste ;

„Attendu que le tribunal a basé sa décision sur la maxime absolument coutumière que la partie demanderesse de première instance doit être capable de démontrer, voir même de prouver sa demande fondée, qu'elle fut défaillante à ce sujet :" (THYSSTAD 1958, 35).

Het is de rechter aldus verboden op persoonlijke gegevens te steunen ; een feit van het geding mag slechts als vaststaand aanvaard worden indien een bewijs ervan aangebracht werd.

Regels nopens de bewijsmiddelen en de hun toegekende bewijskracht ten tweede ; regels nopens de levering van het bewijs ten derde. Voorbeelden van vernietigingsvonnissen die op schending van die regels gegrond werden, vindt men verder in het hoofdstuk over de substantiële vormen.

75. EEN BIJZONDER GEVAL : DE BEWIJSKRACHT VAN GESCHREVEN STUKKEN.

Over de schending van de bewijskracht van geschreven stukken, waaraan door de Belgische cassatierechtspraak zo'n uitbreiding werd gegeven zoals zal aangetoond worden, moet hier een woord gezegd worden.

De schending van de bewijskracht van geschreven, vooraf opgestelde bewijsstukken – in de oorspronkelijke betekenis van die uitdrukking althans – hoort in het geschreven rechtsstelsel thuis bij de schending van bewijsregels : het gaat er om een rechtsfout waardoor de wettelijke bewijzenhiërarchie miskend wordt, die gegeven wordt in de artikelen 201 en 204 van het Boek Verbintenissen van het Kongolese Burgerlijk Wetboek (art. 1319 en 1322 van het Napoleontisch Wetboek). Maar in het gewoonterechtsstelsel gelden die artikelen niet, en mag men bijvoorbeeld met getuigenissen een geschreven bewijs terzijde doen leggen (115), zodat er geen vernietigingsgrond voorhanden is die analogisch zou op te vatten zijn met de genoemde cassatiegrond.

76. ANDERE THEORETISCH MOGELIJKE VERNIETIGINGSGRONDEN.

De genoemde cassatiegrond moet nochtans van de volgende gronden onderscheiden worden, en met deze zouden in theorie analogisch op te vatten vernietigingsgronden kunnen vergeleken worden :

1. *Schending van het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomsten :* de rechter moet een overeenkomst doen uitvoeren zoals zij bij haar ontstaan door de partijen werd gewild zelfs indien hem dit onbillijk lijkt ; doet hij het niet, en blijkt zijn weigering duidelijk uit de motivering, dan kan zijn vonnis verbroken worden.
In het gewoonterechtsstelsel blijken de parketrechtbanken het gezegde beginsel „pacta sunt servanda" opgelegd te hebben als van algemene openbare orde zijnde (cfr. Pauwels, nr. 424). Schending van dit beginsel kan theoretisch dus als mogelijke vernietigingsgrond beschouwd worden.

2. *Schending van het beginsel van de vrije beschikkingsmacht van de partijen :* indien de partijen het eens zijn over de uitleg die aan hun overeen-

(115) Boma, 16 mei 1916, *Jur. Col.*, 1927, blz. 175.

komst moet gegeven worden, is het de rechter verboden – indien althans de overeenkomst niet de openbare orde raakt – van de door partijen aanvaarde uitlegging af te wijken.
In het gewoonterechtsstelsel werd het genoemde beginsel door de parketrechtbanken opgelegd, zoals verder zal gezien worden. Een toepassing op het gebied van uitlegging van overeenkomsten ware dus mogelijk.

3. *Zwaar verkeerde uitlegging van betwiste doch „duidelijke" bepalingen van een rechtshandeling.*

77. ZWAAR VERKEERDE UITLEGGING VAN GESCHREVEN RECHTSHANDELINGEN.

Opgemerkt moet worden dat het bij verkeerde uitlegging om iets geheel anders gaat dan om schending van bewijsregels. Uitleggen is : de werkelijke, gemene wil van partijen opzoeken door duistere termen te verhelderen en tegenstrijdigheden op te lossen. Door bij uitlegging van een rechtshandeling een fout te begaan, schendt de rechter ten gronde *geen bewijsregel,* maar maakt hij een verkeerd gebruik van zijn *waarderingsmacht* over een bewijsmiddel. Kan dit echter tot cassatie aanleiding geven ?

Sinds het door Verenigde Kamers gewezen arrest LUBERT van het Parijse Hof van Cassatie van 8 februari 1808 werd in Frankrijk (116) – en ook in België (117) en Nederland (118) – steeds bevestigd dat uitlegging van rechtshandelingen aan de rechter ten gronde voorbehouden moest worden. Terwijl uitlegging van de algemene wet de wezenlijke opdracht van een Hof van Cassatie uitmaakt, weigert dit Hof toezicht uit te oefenen op de uitlegging van de contractuele bijzondere wet.
Door woordenuitlegging alleen naar het spraakgebruik is immers geen enkele interpretatie mogelijk (119) ; de betekenis van een overeenkomst kan afhangen van *uitwendige omstandigheden* die het Hof niet in beschouwing kan nemen zonder een proces ten gronde te heropenen. Wat de partijen

(116) Dalloz, *Jur. gén.*, V° *Cassation,* nr. 1571. Cfr. CARBONNIER, J., *Droit civil,* II, Parijs, P.U.F. 1967, nrs. 149 en 151.
(117) DEKKERS, R., *Handboek van burgerlijk recht,* II, nr. 110.
(118) VEEGENS, nr. 94, v. De Duitse leer is daarentegen begonnen met op ruime schaal de uitlegging te toetsen, en is eerst op de duur het toezicht van het Reichsgericht gaan beperken (SCHWINGE, G., *Grundlagen des Revisionrechts,* Bonn, 1935, blz. 166-174).
Ook in Zwitserland houdt het Federaal Gerechtshof nauw toezicht op de uitlegging van overeenkomsten (DESCHENAUX, H., *La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral,* Freiburg, 1948, blz. 61 v.). Een uitleg is hiervoor wellicht te vinden in de objectieve uitleggingsmethode die de Duitse en Zwitserse rechter ten gronde volgt (om een beding uit te leggen moet hij verwijzen naar objectieve gegevens : de gebruiken, de in het maatschappelijk midden aangenomen betekenis), terwijl in België en Frankrijk de subjectieve methode gevolgd wordt. Cfr. CARBONNIER, *op. cit.*, nr. 151.
(119) SCHOLTEN, Uitlegging van testamenten, *W.P.N.R.*, nr. 2057 e.v. ; *Verz. Geschr.* III, blz. 555.

precies gewild hebben, maakt aldus een feitelijke vraag uit : de rechter ten gronde is in de beoordeling ervan soeverein. Dit hoort zo, indien aangenomen wordt dat *de rechtseenheid* de opdracht is van een Hof van Cassatie, en niet het streven naar een juistere beslissing. Weinig belang vertoont het trouwens op dit gebied (120) eenheid van uitlegging na te streven, vermits het contract bij definitie instrument is van juridische verscheidenheid.

In deze stelling werd echter een bres geslagen : wanneer de rechter ten gronde het *onder voorwendsel van uitlegging* te bont maakt, namelijk wanneer hij, onder de mom van de interpretatie de overeenkomst in billijkheid hermaakt, of de bewijskracht van de vooraf opgestelde geschreven bewijsmiddelen van die overeenkomst negeert, blijken de Franse en Belgische Hoven van Cassatie toch het toezicht op de zogezegde uitlegging van de rechter ten gronde naar zich toe te trekken. Het criterium van hun tussenkomst is – naar het heet – de nauwkeurigheid en de helderheid van de betwiste clausules : uitlegging op soevereine wijze door de rechter ten gronde achten ze slechts mogelijk bij duistere en dubbelzinnige clausules : indien de overeenkomst op nauwkeurige en heldere manier de verbintenissen beschijft, valt er niets uit te leggen, maar slechts het bewezen zijn van de verbintenissen te aanvaarden en uit te voeren. Uitdrukkelijk verbieden de artikelen 1378 en 932 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek de rechter door uitlegging af te wijken van duidelijke bewoordingen. Wat is echter een heldere formulering ? Een naar algemeen spraakgebruik in bepaalde zin verstaanbare formulering. Houdt de rechter ten gronde zich niet aan die bepaalde betekenis, dan kan verbreking volgen (121).

Die rechtspraak over duidelijke termen begon in Frankrijk met het arrest *FOUCAULD ET COULOMBE* van 1872, en er werd sindsdien niet meer vanaf geweken. Langs een andere techniek dan de Franse – ze werd door procureur-generaal LECLERCQ beschreven – kwam men in België ook op die weg. Verbroken wordt dus indien de rechter ten gronde een naar algemeen spraakgebruik duidelijke beschikking vlakaf weigerde toe te passen (*refus d'appliquer une décision claire et précise*), of er ronduit de bewijswaarde, die ze wettelijk zou moeten genieten, negeerde. In Frankrijk wordt gesteld dat hij zodoende art. 1134 B.W. schendt, terwijl in België de constructie gebruikt wordt dat zodoende de art. 1319 en 1322 B.W.

(120) Voor standaardcontracten ligt dit anders, omdat tegenstrijdige vonnissen omtrent dezelfde bedingen vermeden moeten worden.

(121) De Hoge Raad is steeds huiverig gebleken zich op die weg te begeven. Cfr. Veegens, nr. 94 v. De nieuwe wet op de cassatie van 1963 laat daarentegen wel toezicht toe op de uitlegging van statuten, reglementen en standaardbedingen. *De lege ferenda* zou deze uitdrukkelijk gespecifieerde bevoegdheid in de Kongolese organieke wet moeten opgenomen worden.

geschonden worden (122). Het gaat hier oorspronkelijk om extreme gevallen van vermomde billijkheidsrechtspraak van de rechter ten gronde in de Franse visie, van grove feitelijke vergissing en verstrooidheid in de Belgische visie tot 1941. Men ging verder langs de ingeslagen weg. Sinds het vermelde arrest van 1872 wordt in Frankrijk eveneens verbroken wanneer een betwiste maar naar algemeen spraakgebruik duidelijke clausule door de rechter „gedenatureerd" werd, wezenlijk gewijzigd ; dit is – als men wil – minder erg dan de weigering om toe te passen, maar het is dezelfde constructie die tot verbreking leidt, want zodoende heeft de rechter ten gronde de wettelijke gevolgen van de rechtshandeling gewijzigd of teniet gedaan. MARTY toonde aan dat het er het Franse Hof van Cassatie niet om te doen is de gebruikelijke betekenis van de gebezigde termen te doen zegevieren (m.a.w. om als juridische taalakademie te fungeren), indien de rechter ten gronde in uitwendige omstandigheden ernstige redenen heeft gevonden om een meer subjectieve – de wil der partijen meer benaderende – uitlegging aan te nemen. De denaturatie zou dus slechts een aspect van het toezicht op de motivering zijn. (Het toezicht op de motivering nu hebben de parketrechtbanken, zoals gezien zal worden, stevig ter hand genomen.)

In België kwam men hier pas later toe, voortbouwend aan de eigen, hoger vernoemde constructie. Sinds 1941 wordt verbroken wanneer aan het door partijen vooraf opgesteld bewijsmiddel geen volle bewijskracht gegeven werd, doordat er een met de duidelijke termen strijdige uitleg werd gegeven, zonder dat dit gemotiveerd werd. De strijdigheid van de gegeven uitleg met de gebruikte duidelijke termen werd door het Belgische Hof van Cassatie allengs griffer aangenomen, en de gestelde vereisten aan de motivering van de afwijking van duidelijke termen werden zwaarder. Dat blijkt ook uit de terminologie van het Hof : eerst mocht de uitleg van de rechter ten gronde niet „duidelijk" of „uitdrukkelijk tegenstrijdig" zijn met de termen van de overeenkomst (123) ; later vielen de woorden „duidelijk" of „uitdrukkelijk" weg, en werd gesteld dat de uitleg niet „onverzoenbaar" mocht zijn met de termen van de overeenkomst, of deze niet mocht miskennen (124) ; sinds het arrest van 4 april 1941 werd aangenomen dat de rechter ten gronde van een „heldere" formulering een andersluidende uitleg mocht geven, indien hij dit maar (gelijk hoe) motiveerde (125) ; later werd geëist dat hij dit op vol-

(122) Procureur-generaal P. LECLERCQ heeft rond de jaren 1930 uitdrukking gegeven aan die theorie die duidelijk de oplossingen weergeeft die door het Belgische Hof van Cassatie aan het probleem gegeven werden in de eerste eeuw van zijn bestaan (RIGAUX, nr. 179 en 184).
Die cassatiegrond werd zeer beperkt opgevat. De procureur-generaal wou slechts feitelijke vergissingen en verstrooidheid van de rechter ten gronde aannemen. Tot 1941 was verbreking op die grond zeer zeldzaam.

(123) Verbr. 17 nov. 1932, *Pas.* 1933, 9, Verbr. 29 oktober 1931, 271.

(124) Bijv. Verbr. 18 april 1961, 884, Verbr. 2 mei 1960, 1011.

(125) Verbr. 15 juni 1939, 309 ; Verbr. 13 juli 1939, *Pas.*, 1939, 367 met noot R.H. ; Verbr. 4 april 1941, 133 (besluiten van procureur-generaal L. CORNIL).

doende, d.i. op voor het Hof bevredigende manier moet motiveren, zodat het Hof op de juistheid van de motivering ging toezicht houden (126).

Praktisch gezien komt het erop neer dat zowel in Frankrijk als in België het Hof de uitlegging van de rechter ten gronde nagaat, en dat het verbreekt indien het een zware fout bij de uitlegging ontdekt. Op twee constructies wordt een beroep gedaan, maar ze hebben dit gemeen dat het technieken zijn die de Hoven toelaten hun toezicht op de uitlegging van rechtshandelingen te verbinden aan wetteksten op de toepassing waarvan ze de opdracht hebben toezicht te houden.

De Franse onderscheiding tussen denaturatie (127) (waarvoor verbroken wordt) en verkeerde uitleg (die in cassatie onaanvechtbaar is), en van de Belgische onderscheiding tussen een met de heldere termen van de overeenkomst onverzoenbare uitleg, en een verkeerde maar verzoenbare uitleg, lijkt willekeurig. Bij denaturatie of bij een met de gebruikte formulering onverzoenbare uitleg, gaat het inderdaad om niets anders dan om een vergissing omtrent de draagwijdte van de overeenkomst, kortom om een verkeerde uitlegging, die weliswaar ongetwijfeld van bijzonder ernstige aard is ; de onjuistheid van de uitlegging loopt in het oog. Met de in cassatie onaanvechtbare uitlegging blijkt het echter slechts om een verschil in graad te gaan. Dit wordt geïllustreerd door het volgende feit : het gebeurt soms dat het openbaar ministerie een uitlegging verzoenbaar acht met de termen van het bewijsstuk, terwijl het Hof de tegenovergestelde mening is toegedaan (128).

De grens tussen duidelijke en onduidelijke uit te leggen wilsverklaringen is uiteraard evenmin scherp te trekken : eigenlijk hoort om 't even welke geschreven tekst uitgelegd te worden, en kan men een betwiste tekst steeds onduidelijk en dus vatbaar voor uitlegging noemen. Het Hof moet het bewuste stuk soms aan een nauwkeurige ontleding onderwerpen teneinde het in de ene of de andere categorie te kunnen rangschikken.

Zonderling mag het dus wel lijken dat de Hoven die tegen het aantal opkomende voorzieningen moeten vechten, soms weigeren toezicht te houden op de handhaving van de rechtseenheid, bijvoorbeeld bij verkeerde toepassing van rechtsgewoonten, maar anderdeels zich bezighouden met de juiste oplossing van een geding, door namelijk na te gaan of er op een juiste manier gezocht werd naar de werkelijke bedoelingen van partijen. Het is natuurlijk zeer menselijk : de uitgelegde overeenkomst steekt in het ter tafel liggend dossier en het is gemakkelijk hierover het laatste woord te hebben.

(126) Verbr. 5 november 1963, *Pas.*, 1964, 250.

(127) Denaturatie mag niet gezien worden als een bijzonder soort vergissing die de juridische natuur, de kwalificering van een overeenkomst zou betreffen ; de verkeerde kwalificering heeft trouwens altijd volstaan voor verbreking.

(128) Arresten van 26 september 1963, en van 25 november 1963, aangehaald door RIGAUX, nr. 186.

78. UITLEGGING VAN MONDELINGE OVEREENKOMSTEN.

De uitlegging van mondeling gesloten overenkomsten daarentegen werd volgens de cassatierechtspraak overgelaten aan de soevereine bevoegdheid van de rechter ten gronde (129). De gedingen voor de inlandse rechtbanken nu betroffen vooral mondeling gesloten overeenkomsten. Vastgesteld moet worden – en dit heeft zijn belang voor een vergelijking tussen de vernietigings- en cassatierechtspraak – dat in de onderzochte rechtspraak geen vonnissen werden gevonden die de uitlegging van overeenkomsten door de inlandse rechtbanken betroffen. In theorie kan hier nochtans gezegd worden dat de vernietigingsrechter toezicht had kunnen uitoefenen door gebruik van de Franse constructie van schending van de bindende kracht van de overeenkomsten, die zowel voor geschreven als voor mondelinge overeenkomsten kan gebruikt worden. De Belgische constructie kan hier echter niet helpen ; zelfs voor geschreven overeenkomsten had ze trouwens, zoals gezien werd, niet kunnen gebruikt worden, vermits in het gewoontrechtsstelsel het geschreven bewijs geen bevoorrechte plaats geniet.

79. VERKEERDE KWALIFICERING VAN RECHTSHANDELINGEN.

Bij verkeerde juridische kwalificering van de bepalingen van een overeenkomst (na bijvoorbeeld vastgesteld te hebben dat de partijen de eigendom van een zaak hebben willen overdragen tegen een prijs, heeft de rechter ten gronde geweigerd of nagelaten de regels over de koop-verkoop toe te passen) (130) werd in de Franse en Belgische cassatierechtspraak, zowel bij geschreven als bij mondeling (131) overeenkomsten, verbroken. Dit hoort zo, zoals hoger betoogd werd bij de behandeling van de kwalificering in het algemeen.

Aldus kan kritiek uitgebracht worden tegen een verwerpingsvonnis van de parketrechtbank van Leopoldstad, waar in zulk een kwalificering als een feitelijke kwestie beschouwd werd : „*attendu qu'en l'absence de convention écrite, le jugement a quo se fondant sur les caractères des prestations fournies conclut que la convention entre parties avait le caractère d'un contrat d'entreprise*" (Leopoldstad 1959, 40) . In de voorziening beweerde de eiser nochtans dat de schrijnwerkers onder huurcontract stonden.

(129) RIGAUX, nr. 188.
(130) RIGAUX onderscheidt hier wel de gevallen waarin het de partijen toegestaan is een bepaalde kwalificering te kiezen : indien het niet duidelijk is welke de kwalificerende wil was van partijen, valt men in het hoger behandelde probleem van de uitleg van wilsuitingen.
(131) id., nr. 188.

80. HET VONNIS OVER HET RECHT : KEUZE VAN DE RECHTSREGEL, KWALIFICERING, AFBAKENING VAN DE RECHTSHYPOTHESEN.

4° Na over de feiten het bestaansoordeel geveld te hebben dat aan de toepassing van de rechtsregel voorafgaat, moet de rechter die regel kiezen. Bij deze keuze kunnen de volgende juridische fouten begaan worden :

1. De rechter kiest de toepasbare regel verkeerd, hetzij door een niet-betwiste en voorgestelde rechtsoplossing terzijde te laten liggen (wat in privaatrechtelijke geschillen een schending uitmaakt van het beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen), hetzij door een dwingende of van openbare orde zijnde beschikking, ten gunste van de door de partijen weerhouden oplossing, niet toe te passen.

Bijvoorbeeld : de scheiding van tafel en bed wordt uitgesproken alhoewel de echtscheiding aangevraagd werd (KIKWIT 1958, 29 ; THYSSTAD 1958, 28 ; cfr. nr. 175 en 176).

Bijvoorbeeld : de gevraagde voogdij over een overspelig kind wordt toegekend (LEOPOLDSTAD 1958, 6) ; een ander voorbeeld : nr. 162 ; nr. 192 (niet toepassing van de ambtshalve toe te passen verordening van 12 juli 1917 over het krediet aan de inlanders).

2. De rechter geeft aan de door hem regelmatig toegelaten feiten hun wettelijk karakter niet ; hij begaat een fout bij het kwalificeren, hetgeen in de voorgaande paragraaf besproken werd. Deze fout is volgens Prof. RIGAUX steeds van juridische aard en wordt door het Hof van verbreking bestraft indien de motivering van het vonnis (en dus per slot van rekening, de vroegere conclusie ten gronde van de eiser in cassatie) dit mogelijk maakt.

Een paar voorbeelden uit de onderzochte rechtspraak : de vastgestelde feiten moeten als „poging tot verkrachting" of moeten als „verkrachting" gekwalificeerd worden (INONGO 1958, 5 en 32 ; THYSSTAD 1958, 2) of als verleiding (LEOPOLDSTAD 1959, 42).

3. Zonder zich bij het kwalificeren van de feiten te vergissen, past de rechter een rechtsregel toe waarvan hij *de hypothese* slecht interpreteerde. Deze fout bij de afbakening (*délimitation*), van hypothesen van verschillende rechtsregels onderscheidt Prof. RIGAUX (nr. 150) van de verkeerde kwalificering.

Een voorbeeld uit het strafrecht : een van zijn stemrecht beroofd persoon neemt toch aan de verkiezingen deel ; deze feiten worden terecht als overtreding gekwa-

lificeerd volgens artikel 1 en 8 van de wetsverordening van 19 september 1945 ; die juist gekwalificeerde feiten vallen tevens onder het begrip „politiek misdrijf" van artikel 98 van de Belgische grondwet. Bijgevolg is het Assisenhof bevoegd. (Verbr. 11 april 1947, 172). Een voorbeeld uit de onderzochte rechtspraak (zie verder nr. 192) : de beslissing nr. 118/A.I.M.O./54 van de districtscommissaris van Kwilu gaf de inlandse rechtbanken de bevoegdheid om kennis te nemen van de overtredingen van het decreet van 5 december 1933. Het vroegtijdig oogsten van maniok werd juist gekwalificeerd als een inbreuk op een districtsreglement genomen in uitvoering van de wetgevende verordening nr. 104 van 7 april 1942 (*Codes*, III, 263). Maar de hypothese van laatstgenoemde verordening die aanleg van zaadvoorraden verplicht stelde, is er een andere dan de hypothese van artikel 45 van het decreet van 1933. Ze valt er dus niet onder, en de inlandse rechtbanken zijn bijgevolg onbevoegd.

81. TOEPASSING VAN DE RECHTSREGEL : HET OPSTELLEN VAN HET BESLISSEND GEDEELTE VAN HET VONNIS.

5° De volgende stap bestaat erin de regelmatig gekozen rechtsregel toe te passen, door aan de juist gekwalificeerde feiten het juridische gevolg te geven dat krachtens de bevoegde regel eruit voortvloeit. Het aan de feiten van het geding aangepaste juridisch effect moet meestal „gebrouwen" worden ; het gerechtelijk dispositief verwerkelijkt het wettelijk dispositief. Terwijl de verkeerde keuze van de toepasbare regel het gevolg is van een verkeerde uitleg van de *hypothese* van de rechtsregels die de rechter ter beschikking staan, is het dispositief intrinsiek verkeerd indien de rechter aan de situatie die hij op juiste wijze aan de bevoegde rechtsregel heeft onderworpen, de *oplossing* die hij uit de rechtsregel haalt, verkeerd aanpast.

De mogelijke fouten zijn hierbij de volgende :

1. Schending van het beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen.

Een voorbeeld : er wordt als schadevergoeding op grond van de rechtsgewoonte betreffende de ontmaagding van een meisje zonder toestemming van haar rechthebbende, en haar bevalling, een hogere som toegekend dan gevraagd werd ; aldus wordt niet de toegepaste rechtsgewoonte geschonden, doch het rechtsbeginsel van de beschikkingsmacht van de partijen.

2. Schending van het wettelijk dispositief van de rechtsregel die toegepast wordt. Een voorbeeld : een boven het wettelijk maximum gaande straf wordt uitgesproken. (INONGO 1958, 36 ; zie verder nr. 201).

3. Onjuiste aanwending van ervaringsregels. Bij de toepassing van het recht houdt de rechter ten gronde inderdaad rekening met ervaringsregels, die hem toelaten uit bepaalde concrete feiten van het geding een op de ervaring gegrond besluit te trekken.

Op het belang van de ervaringsregels werd voor het eerst de aandacht gevestigd in Duitsland (waar handelsgebruiken bijvoorbeeld als ervaringsregels dienen voor uitlegging en aanvulling van overeenkomsten) en in navolging hiervan ook in Nederland. De ervaringsregels zijn algemene regelmatigheden, met een zuiver empirisch karakter, die zullen dienen om de feitelijke gegevens van een geding en de aangebrachte bewijzen te waarderen. Volgens MARTY zijn de „*maximes d'expérience*" : „*des idées générales fondées sur l'expérience courante auxquels fait appel le juge dans son raisonnement. Ces idées générales sont à distinguer des faits particuliers à l'espèce envisagée*" (132). Volgens STEIN (133) zijn het hypothetische oordelen, berustende op ervaring uit het verleden en geldende voor de toekomst. Zij behoren niet tot het recht, omdat ze niet een normatief, maar een empirisch karakter dragen. Hun gelding strekt echter verder dan de individuele gevallen waaruit ze door waarneming zijn afgeleid.

In Duitsland en in Nederland houdt het Hoogste Gerechtshof, wanneer een voorziening gegrond is op een beweerde schending van de wet, eveneens toezicht op de juistheid van de „Erfahrungssätze" waarvan de lagere rechter zich bediende. Beslissend is de vraag in hoever de resultaten van de toepassing van een bepaalde regel zich lenen tot veralgemening.

Een voorbeeld : de bepaling van de betekenis van een courante uitdrukking (N.J. 1923/951) ; de causaliteitsverhouding tussen fout en schade (N.J. 1929/1444 noot Meijers, N.J. 1932/157).

In Italië verbreekt het hoogste gerechtshof op grond van een logische fout, dit wil in feite zeggen op grond van onwaarschijnlijke premissen (134). Dit stilzwijgend verwerpen van al te onwaarschijnlijke premissen is niets anders dan de waardering van de probabiliteit van zekere feiten en het is een eigenaardige vaststelling dat de waarschijnlijkheid de logica overtreft, zoals in de moderne fysica de waarschijnlijkheidstheorie het gehaald heeft op de causaliteitswet.

In België merkt Prof. STORME (nr. 398) op dat „het Hof van Cassatie oog heeft voor de bewijswaardering van de rechter ten gronde, die een oordeel mag vellen aan de hand van zekere ervaringsregelen". Volgens Prof. RIGAUX (nr. 142) wordt slechts verbroken indien de ervaringsregel in een jurisprudentiële regel werd belichaamd. Wanneer de rechter ten gronde dus de bevoegdheid heeft tot vrije waardering, is deze waardering niet geheel

(132) MARTY, blz. 160.
(133) STEIN, *Das private wissen des Richters*, 1893, blz. 21.
(134) WIELENGA, B.E., *Essai sur la cassation civile aux Pays-Bas*, Den Haag, 1952, blz. 48, noot 2.

overgelaten aan zijn wijsheid. Hij moet houden aan bepaalde door de rechtspraak opgebouwde regels, die men ervaringsregels kan noemen. Op de eerbiediging van bepaalde van die regels wordt door het Hof van Cassatie toezicht uitgeoefend. Waar die jurisprudentiële regels niet voorhanden zijn zou volgens Prof. RIGAUX de lagere rechter dus niet in cassatie gecontroleerd worden.

Een voorbeeld : de rechter die om een toekomstige schade te vergoeden de verantwoordelijke ervoor veroordeelt tot onmiddellijke uitbetaling van een kapitaal, moet van het bedrag waarop hij de schade raamt de huidige waarde van de intresten aftrekken die overeenstemmen met de tijd die verlopen moet tussen de dag waarop het kapitaal geacht wordt toegekend te zijn en die waarop de schade zal ontstaan (135). De verbreking is op de schending van artikel 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek gegrond. Maar in die aangehaalde teksten wordt geen enkel element gevonden om de door het Hof besliste rechtsvraag te beantwoorden. Het Hof verheft op het niveau van rechtsvraag een manier van schadevergoedingsberekening.

In verband met de rechtspraak van de parketrechtbanken menen we op grond van die theorie te mogen schrijven dat niet zo maar een knoop doorgehakt kan worden zoals : *„L'évaluation faite par un tribunal indigène quant aux montants des dommages et intérêts est une question de fond qui échappe à la compétence du tribunal du parquet séant en matière d'annulation".* (136) Contra (o.i. terecht) langs het toezicht op de motivering om : LEOPOLDSTAD 1958, 7. In een geval van slagen en verwondingen die een werkonbekwaamheid van drie dagen tot gevolg hadden voor een man met een maandsalaris van 3.500 fr., vond de parketrechtbank dat de toegekende schadevergoeding van 1.700 fr. te hoog was : *„attendu que le montant est insuffisamment motivé."* Op het eerste gezicht zou men ook kunnen instemmen met KIKWIT 1958, 23 : *„attendu que le jugement ne justifie pas la condamnation à une peine dérisoire pour le vol d'un animal de valeur supérieure à 500 fr."* ; zie over dit bijzonder strafrechtelijk geval nochtans verder nr. 99.

32. HET BEGRIP FEIT IN FILOSOFISCHE ZIN EN IN DE ZIN VAN DE CASSATIERECHTSPLEGING.

Indien de bezigheid van de rechter ten gronde logisch ontleed wordt (137), kunnen vaststellingen (eigenlijk : beslissingen die het bestaan

(135) Beknopte weergave boven Verbreking 14 september 1964, *Pas.* 1965, 38 aangehaald door RIGAUX, nr. 142.
(136) Parketrb. Opper-Katanga, 18 februari 1957, *B.T.C.* 1961, 47.
(137) Deze ontleding werd gevolgd door RIGAUX, nr. 131.

aanvaarden) van feiten, en procedurale feiten, en deducties uit feiten – allen feiten in filosofische zin – aangewezen worden, waarover een vernietigings- of cassatierechter zich nochtans door zijn zending bevoegd moet achten (en, indien slechts de Belgische cassatierechtspraak nagegaan wordt, zich ook in werkelijkheid bevoegd acht (138)), een oordeel uit te spreken, en op grond waarvan hij eventueel verbreekt. Er kunnen anderdeels – zoals verder in titel II zal gezien worden in verband met de vreemde rechtsregel en de rechtsgewoonte – beslissingen van de rechter ten gronde over rechtsnormen gevonden worden die door een vernietigingsrechter als feiten in de zin der cassatierechtspleging behandeld worden, op grond van dewelke hij in beginsel weigert te verbreken. Bij het onderzoek van de cassatie- of vernietigingsrechtspraak blijkt m.a.w. dat sommige door een filosoof van het etiket „juridisch" voorziene uitspraken door de cassatie- of vernietigingsrechter niet getoetst worden, terwijl sommige uitspraken van de rechter ten gronde door een filosoof van een etiket „feitelijk" voorzien niettemin door de cassatie- of vernietigingsrechter getoetst worden. Indien dit zo is, moet er besloten worden dat in het procesrecht niet met het begrip feit in rechtsfilosofische zin gewerkt wordt, alhoewel dit begrip wel in het achterhoofd der rechters zit als herinnering uit de theoretische opleidingsjaren (*„men kan in elk vonnis, mijne Heren, een syllogisme zien*", enz.), en bijgevolg de „filosofische terminologie" in de vaktaal van de verbrekingsrechtpleging wel gebruikt wordt om procedurale behandelingen aan te duiden. Deze dubbelzinnigheid kan juristen parten spelen.

(138) De vraag moet inderdaad gesteld worden : „hoe vat het Hoogste Gerechtshof zijn taak op ? " en niet „wat zeggen de enkele bestaande wettelijke bepalingen hierover ? " We staan voor een ontwikkeling van publiekrechtelijk gewoonterecht.
„Avant tout, il n'est peut-être pas sans intérêt d'observer", schrijft GENY (II blz. 196), „qu'en fait tout ce qui concerne l'étude des pouvoirs de la Cour suprême dépend essentiellement de cette juridiction seule et que, n'étant soumise elle-même à aucun contrôle (sauf, évidemment, une intervention législative en cas d'abus), elle se trouve absolument maîtresse de sa compétence et de l'excercice de son pouvoir. Cela ne veut pas dire, assurément, qu'elle soit soustraite à toutes les règles supérieures. Mais son appréciation subjective de ces règles ne comporte pas, dans le for extérieur, de limites matériellement infranchissables à son action ; à défaut de loi précise, la souveraineté du pouvoir régulateur de la Cour suprême, dans toute la sphère juridique (réserve faite du domaine administratif), me paraît reposer inébranlablement sur une coutume qui, ayant à sa base les empiètements successifs de la Cour de cassation elle-même, a déterminé une conviction juridique. . .".
„L'imprécision des termes de la loi", stelt MARTY vast (blz. 23 en 78), „notamment celle des expressions ‚violation de la loi ou du fond des affaires', laisse la plus large liberté au travail des interprètes et il n'est pas douteux que, parmi ces derniers, il faut mettre hors pair la Cour suprême elle-même. Celle-ci est, en effet, de façon à peu près absolue, libre de préciser comme elle l'entend l'étendue de son pouvoir de contrôle ; . . . . la réglementation législative, fragmentaire, imprécise, vieillie, fournit une base fragile à la définition de l'étendue du pouvoir de contrôle de la Cour de cassation. Pour cette définition, le rôle essentiel et un pouvoir presque absolu appartiennent à cette dernière lorsqu'elle délimite dans sa pratique quotidienne le domaine dans lequel elle entend exercer son contrôle et les questions qu'elle se refuse à examiner". Ook LEWALD (blz. 228) meende : „Tandis qu'en France l'étendue actuelle du contrôle de la Cour suprême est le résultat d'une évolution jurisprudentielle et pour ainsi dire coutumière, en d'autres pays la sphère du contrôle de la juridiction suprême se détermine en vertu de dispositions législatives qui délimitent la *revisio in jure* dont la juridiction suprême est investie".

§ 4. Slotbeschouwingen

83. HET FEIT IN DE RECHTSTHEORIE.

In de rechtstheorie kan men een in abstracto opgestelde of door een gewoonterechtelijke jurisdictie op te stellen rechtsnorm onderscheiden van feiten, en in het bijzonder van de existentiële feiten van het geding, van het concrete geval namelijk dat om een norm vraagt. Bijvoorbeeld : volgens het Kongolese decreet van 9 juli 1936 is het samenleven met een onvolwassen meisje verboden. De gerechtelijke vaststelling van de feiten in geding (bijvoorbeeld KIKWIT 1957, 11 : hebben de echtgenoot en zijn onvolwassen bruid samengeleefd ?) (139) kan, mits inachtneming van de bewijs- en procedureregels, op dezelfde wijze gebeuren als die waarop een historicus dezelfde existentiële feiten zou vaststellen, met eventuele hulp van uit de algemene ervaring geputte vermoedens (140). Rechtsfilosofisch gezien zijn die ervaringsregels, hoewel qua bewijs onderscheiden van de feiten van het geding, echter eveneens feiten, evenals de feiten die voor de kennis van het recht nodig zijn, de algemeen bekende feiten (141) en de jurisprudentiële precedenten (142).

84. DE FEITEN VAN HET GEDING.

Omdat men uitging van een te mechanische – en dus onjuiste – voorstelling van het rechtersambt, werd op dit rechtstheoretisch onderscheid tussen feit en recht een beroep gedaan om de bevoegdheid van de cassatierechter – en op analogische wijze van de vernietigingsrechter – te bepalen. Van de cassatierechter wordt gezegd dat hij slechts mag verbreken indien in het vonnis een rechtsnorm geschonden werd die dit of dat voorschreef, maar niet indien hij verkeerd besliste dat een feit zus of zo was. In die zin werd van de parketrechtbanken eveneens gezegd : *„le tribunal de parquet ne peut connaître du fait"*. Deze bewering is – alhoewel dubbelzinnig, zoals werd gezien – in beginsel juist indien men bedoelt de feiten in geding ; de aandacht moet er toch op gevestigd worden, dat een bewering die erop lijkt, namelijk *„le tribunal de parquet ne peut connaître le fait"*, daarentegen verkeerd is. Hij moet de feiten van het geding wel degelijk kennen, dit is verstandelijk vatten (cfr. de vermelde richtlijnen van de procureur-generaal onder LEOPOLDSTAD 1958, 23 en 70 ; KIKWIT 1958, 24). Hoe zou hij

(139) Slechts samenleven wordt bestraft door dit decreet, het raakt niet aan de geldigheid van het huwelijk.
(140) Cfr. DABIN in de inleiding tot RIGAUX, blz. XII.
(141) STORME nr. 325.
(142) Die precedenten noemt Prof. RIGAUX normatieve feiten. Reeds BOBBIO sprak van het gewoonterecht als *„fatto normativo"*. (*La consuetudine come fatto normativo*, Padua 1942).

inderdaad kunnen uitmaken of de rechter ten gronde op juiste wijze het recht in het concreet geval heeft gesproken, indien hij over de bijzondere omstandigheden niet ingelicht was. Een procedurale regel wil in beginsel weliswaar dat de vernietigings- of cassatierechter die inlichtingen slechts in het aangevochten vonnis vinden kan, zodat hij niet in aanwezigheid van de existentiële feiten gebracht wordt. *„Pour autant que la légalité du jugement du fait ne soit pas elle-même contestée, la cour de cassation est liée par les constatations du juge de fond"* (143). Formeel voorwerp van zijn controle is inderdaad : de motivering van de aangevochte uitspraak, dit wil zeggen de woorden met behulp waarvan de rechter ten gronde zijn gezagsdaad, de verschillende dispositieven van zijn vonnis namelijk, verbonden heeft in zijn gedachtengang. Hierbij werden twee soorten materialen gebruikt : de gegevens waarop de rechter een beroep mag doen (zijn kennis van het positieve recht, maar ook van ervaringsregels zonder dewelke hij noch over de feiten een oordeel zou kunnen vellen, noch over de rechtsregel beslissen), en de gegevens die hij ontleende aan de overeenstemmende beweringen van partijen en de wettelijk geleverde bewijzen indien de partijen het niet eens waren over de wedersamenstelling van de feiten van het geding. Traditioneel spreekt men van rechtsmotieven en van feitelijke motieven.

85. DE EXISTENTIELE FEITEN.

De rechter ten gronde komt met het zuiver existentiële – onder de abstracte begrippen van de rechtsregel te brengen – feit evenmin in aanraking. De beslissing die „vonnis over de feiten" genoemd wordt, is gegrond op een kennis van het feit die op bewuste wijze gebeurde, die in de gegeven feiten de elementen zocht waarop de rechtsregel zou toegepast worden, en indien de situatie zelf beschreven werd door middel van abstracte termen, was het mogelijk de individuele bijzonderheden nauwkeuriger aan te geven door de abstracte begrippen te vermenigvuldigen. Een situatie met behulp van woorden beschrijven komt er noodzakelijk op neer er een abstracte voorstelling van te geven, en die voorstelling maakt voor de rechter ten gronde, evenals voor de vernietigings- of cassatierechter, het zogezegde concrete gegeven uit waarop de rechtsregel toegepast wordt. Trouwens, de beschrijving van de feiten onderging reeds de aantrekkingskracht van het begrip waardoor de rechtsregel die de magistraat intuitief reeds in het hoofd had, de hypothese aanduidt waarop ze van toepassing is. De eenheid van feit en recht is het werk van de taal, die als medium optreedt.

(143) Dit is trouwens de enige juiste betekenis van een misbruikte uitdrukking *„souvereine appreciatiemacht van de rechter ten gronde"*.

86. HET ONDERSCHEID FEIT-RECHT IS OP CASSATIE-PROCESSUEEL VLAK TE VERWERPEN.

Indien in de rechtstheorie het onderscheid feit-recht buiten kijf staat, moet anderdeels wel toegegeven worden dat de jurist er bij de cassatierechtspleging geen hulp van te verwachten heeft. In zijn rechtspraak volgt een cassatiehof inderdaad deze dichotomie niet nauwgezet. Er wordt in bepaalde gevallen wel verbroken om een onjuiste beslissing over een feit, bijvoorbeeld een ervaringsregel, en soms weer niet om een onjuiste beslissing over recht, bijvoorbeeld buitenlands recht. In het judiciaire recht moet het verwarrende onderscheid ter zijde gelegd worden.

De lege ferenda wordt eensdeels voorgesteld dat op positieve, gedetailleerde wijze (144) de redenen waarom vernietigings- en cassatierechter mag verbreken, aangeduid worden (zie lager nr. 78 v) ; anderdeels dat het verbod zich met de feiten van het geding bezig te houden gecodifieerd wordt in de regel : *„De feitelijke grondslag van de middelen kan alleen worden gevonden in de bestreden uitspraak en in de stukken van het geding. De cassatieafdeling van het Hoogste Gerechtshof (of de districtsrechtbank) is gebonden aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten van het geding is vastgesteld."* (145).

(144) En niet op de nietszeggende algemene wijze : *„wegens schending van het recht"* ; de oorsprong van deze formulering ligt zoals in de tweede paragraaf beschreven in een te mechanische opvatting van het werk van de rechter ten gronde. Cfr. Inleiding Titel II.

(145) Cfr. de noot (*Pas.*, 1951, 158) van procureur-generaal HAYOIT de TERMICOURT : *„La Cour, pour résoudre les questions de droit qui lui sont soumises par un pourvoi, ne peut tenir compte d'autre faits que ceux qui sont constatés par la décision attaquée, etc. . ."*. Juist was daarom het vernietigingsvonnis van de parketrechtbank van INONGO 1958, 19 die een vonnis vernietigde wegens verkeerde interpretatie van een reglement : *„il résulte du jugement même que Masenga n'est pas valide"*. Verkeerd was daarom het vernietigingsvonnis van de parketrechtbank van LEOPOLDSTAD 1958, 5, waarin tot vernietiging besloten werd na een rogatoire commissie aan de gewestbeheerder van COQUILHATSTAD om te weten of de vader van Demba Alice de bruidsprijs ontvangen had (zie nr. 182).

Titel II

GRONDEN VAN VERNIETIGING EN VAN CASSATIE

87. HERLEIDING VAN ALLE VERBREKINGSMIDDELEN TOT SCHENDING VAN HET RECHT

Alle verbrekingsmiddelen zijn volgens MARTY terug te voeren tot de schending van de wet (1). De verschillende door de auteurs voorgestelde classificaties zouden dus, welke steun ze ook in de wet schijnen te vinden (voor België bijvoorbeeld : art. 17 van de wet van 4 augustus 1832 ; art. 20 van de wet van 25 maart 1876), slechts belang hebben in de mate dat ze de rangschikking kunnen vergemakkelijken der verschillende manieren waarop de schending van de wet zich voordoet. Zo zou het zelfs niet nodig zijn een onderscheid te maken tussen schending van de vormen en schending van de wet.

Indien men echter alle verbrekingsmiddelen aldus tot de schending van de wet herleidt, verzaakt men het, zonder daarom een onjuistheid te begaan, op rationele en samenhangende wijze de grenzen voor het toezicht van het hoogste gerechtshof te trekken. De theorie der cassatiegronden, dit wil zeggen de theorie waarvan het voorwerp is uit te maken wat in een vonnis de gebreken zijn waarvoor het hoogste gerechtshof tot verbreking kan overgaan, kan niet ingesloten worden in deze louter formele opvatting van legaliteitscontrole.

Ze geeft een al te beperkte bepaling van het toezicht dat door het hoogste gerechtshof wordt uitgeoefend, zodat men onvermijdelijk terugvalt op de antinomie feit-recht : het Hof zou zich slechts met rechtsregels mogen bezighouden en niet met feiten. Als men echter geen logisch of teleologisch criterium kan vinden om duidelijk feit van recht te onderscheiden en niet anders kan, dan besluiten dat feit is wat het Hof als feit aanziet, dan staan we hier slechts voor een tautologie, en biedt deze delimitatieregel geen hulp voor de jurist die de theorie der cassatiegronden wil kennen.

In plaats van op negatieve wijze de taak van het hoogste gerechtshof te willen bepalen, wat voor vele gevallen de jurist onbevredigd laat, biedt het hem meer hulp op positieve wijze te zeggen wat het hof mag en moet doen.

Dit is de approach die in Kongo gevolgd werd voor de annulatierechtbanken : er worden vijf gronden aangeduid die tot vernietiging kunnen leiden. Een andere zaak is, dat die lijst hoofdzakelijk slechts *errores in procedendo* bevat, en dat ze *de lege ferenda* verlengd moet worden door er bepaalde *errores in judicando* aan toe te voegen. Hier komen we later op terug.

(1) MARTY, nr. 50, blz. 83, en V° Cassation, nr. 3. In dezelfde zin : GLASSON & TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et procédure civile*, III 1929, nr. 947.

88. DE TECHNIEKEN VAN HET BELGISCHE HOF VAN CASSATIE.

Prof. RIGAUX's ontleding van de rechtspraak van het Belgische Hof levert ons de zes volgende verbrekingsgronden, d.i. : technieken waardoor het Hof de wet heeft doen eerbiedigen door de rechtbanken die aan zijn toezicht onderworpen zijn (2) :

1) formele nietigheid van de bestreden uitspraak ;
2) nietigheid van de uitspraak over de feiten ;
3) schending van de bewijskracht van geschreven akten ;
4) gebrekkige motivering ;
5) intrinsieke onwettelijkheid van het dispositief ;
6) verkeerde toepassing van de wet.

89. DE ERROR IN JUDICANDO EN IN PROCEDENDO.

Hoewel we deze scherpe ontleding van de verbrekingsmiddelen algeheel bijtreden, zullen we nochtans voor het plan van deze titel een andere rangschikking volgen, omdat die een meer klare vergelijking tussen verbrekings- en vernietigingsmiddelen mogelijk maakt. Het plan zal worden getrokken langs de lijnen der classificatie van de fouten van de rechter ten gronde in *errores in procedendo* en *errores in judicando*, d.i. : in fouten gemaakt bij de toepassing van het recht op de feiten van het geding, en in fouten die de procedurale werkzaamheid zelve gebrekkig maken.

Dit onderscheid wordt door de Duitse en Italiaanse auteurs zinvol bevonden (3). Het is niet zonder analogie met het onderscheid dat traditioneel door de Belgische rechtsleer gemaakt wordt in schending van de wet en schending van de vormen. BRAAS drukt het als volgt uit : *„La violation de la loi a trait au fond des affaires. La méconnaissance des formes s'applique aux vices extérieurs, aux questions de procédure."* (4) Een rechtvaardiging ervoor kan men vinden in de omstandigheid dat het opsporen van de *error in procedendo* het hof rechter ten gronde maakt van de feiten der rechtpleging en het dus toelaat feiten *in concreto* te waarderen, wat hem ontzegd is in geval van *error in judicando* (5).

Indien cassatie slechts bij schending van de wet geboden is, en niet bij schending van het recht zoals in Nederland en Duitsland, heeft het onder-

(2) RIGAUX, nr. 247.
(3) CARNELUTTI, F., *Instituzioni del processo civile italiano*, Rome, 1956^5, II, nr. 575 ; ROSENBERG, L., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1961^9, blz. 703 ; de auteurs vermeld in de volgende voetnoot. Zie nochtans ANDRIOLI, V., *Commento al codice di procedura civile*, Napels, 1961^3, II, blz. 495 en 516.
(4) BRAAS, A., Précis de procédure civile, Brussel, Bruylant, 1944^3, nr. 1620. Zie eveneens : SCHEYVEN, nr. 68 ; PICARD, E., Quelques réflexions sur le droit et le fait en cour de cassation, inleiding tot deel CXI van *Pandectes belges*, Brussel, 1919, blz. XI en XII.
(5) SATTA, S., *Diritto processuale civile*, Padua, Cedam, 1959^6, nr. 282 ; ASCARELLI, T., *Le fait et le droit*, blz. 115 ; ENGISCH, K., *Le fait et le droit*, blz. 31. Contra : MARTY, V° *Cassation*, nr. 9.

scheid der *errores* ook wel in dit opzicht zin, dat de substantiële vormen niet noodzakelijk in een wettekst gevonden worden. In het decreet op de gewoonterechtbanken is vernietiging ook uitdrukkelijk wegens schending van de gewoonterechtelijke vormen mogelijk.

Op een ander belangrijk punt onderscheidt cassatie wegens vormverzuim zich van die wegens schending van de wet. De laatste leidt alleen tot vernietiging indien de bestreden uitspraak op haar, en op haar alleen, berust. De miskenning van een wettelijk voorschrift moet tot de beslissing staan zoals oorzaak tot gevolg. Bij vormverzuim integendeel kan nooit met zekerheid vastgesteld worden dat de beslissing anders zou zijn uitgevallen indien het verzuim niet had plaatsgehad. Indien bijvoorbeeld de samenstelling van de rechtbank verandert in de loop van het geding, en op het zittingsblad niet vermeld wordt dat het geding van voren aan hernomen werd, is een vorm niet nageleefd. Nu is het helemaal niet zeker dat de beslissing anders ware uitgevallen indien de samenstelling van de rechtbank niet was veranderd. Toch volgt op niet-naleving van deze vorm onverbiddelijk vernietiging en verwijzing.

90. ANDERE CLASSIFICATIES.

Het hier gevolgde onderscheid is alleszins systematischer dan de rangschikking (6) die uit het oud-Franse recht stamt in :

1) schending van de wet ;
2) onbevoegdheid en overschrijding van rechtsmacht ;
3) niet naleving van de voor een uitspraak vereiste vormen ;
4) tegenstrijdigheid van uitspraken (7).

Waar TARBE niet minder dan elf soorten cassatiegronden had onderscheiden (8), onderscheidt FAYE slechts *contravention à la loi, violation des formes, défaut de base légale* (9). SIMONT houdt het bij schending van de wet, onbevoegdheid en overschrijding van rechtsmacht, niet-naleving van de vormen of van de verplichting tot motiveren (10).

(6) BESSON, nr. 1367 ; MARTY, nr. 49, en V° Cassation, nr. 3 ; GLASSON & TISSIER, III, nr. 947 : Deze auteurs laten vijf gronden gelden daar ze de onbevoegdheid scheiden van de overschrijding van rechtsmacht ; CEZAR-BRU, *Précis de procédure civile et commerciale*, nr. 688, blz. 402 ; CUCHE, *Précis de procédure civile et commerciale*, nr. 400 ; CREPON, II, nr. 1712. Zie reeds BOITARD, *Code de procédure civile*, Belgische uitgave van 1842, II, blz. 272. Vergelijk : FABREGUETTES, M.P., *La logique judiciaire et l'art de juger*, Parijs, 1926[2], blz. 297, die ten onrechte de verkeerde toepassing van de verkeerde interpretatie van de wet scheidt. Dit laatste wordt ook gedaan in artikel 5 van de wet nr. 61-013 van 19 juli 1961 van Madagascar : „*La violation de la loi comprend notamment : l'incompétence, la fausse application ou la fausse interprétation*". Verkeerde interpretatie van een tekst is een ruimer begrip dan verkeerde toepassing ervan ; slechts de laatste uitdrukking duidt op verkeerde kwalificatie (RIGAUX, blz. 231).

(7) Geschrapt door de Belgische wet van 25 maart 1876 en door de nieuwe Nederlandse wet op de cassatie.

(8) TARBE, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de Cassation*, Parijs, 1840 ; blz. 50 tot 58.

(9) FAYE, nr. 58.

(10) SIMONT, nr. 199 en v. ; *R.P.* V° Pourvoi, nr. 483.

91. DE GRONDEN VAN VERNIETIGING.

De vijf redenen tot vernietiging van de door gewoonterechtbanken gewezen vonnissen, kunnen als volgt teruggebracht worden tot ons tweeledig onderscheid. Als *errores in procedendo* kunnen de gebreken beschouwd worden die de rechtspraak der parketrechtbanken ter wille van de vernietiging vastgehaakt hebben aan artikel 35, 1°, 2° en 3° van het decreet op de inlandse rechtbanken, namelijk de onregelmatige samenstelling van de rechtbank, de onbevoegdheid ratione materiae en de schending van de substantiële, door wet of gewoonte voorgeschreven vormen. Alle door de cassatiehoven achterhaalde *errores in procedendo* kunnen aldus, zoals we zullen zien, eveneens door de vernietigingsrechtbanken gesanctioneerd worden.

De fouten van de rechter die de rechtspraak van de parketrechtbanken ter wille van de vernietiging vastgeknoopt heeft aan art. 35, 4° en 5° (het uitspreken van niet door het decreet voorziene sancties, en het toepassen van een gewoonterechtsregel die strijdig is met de wetgeving) zijn daarentegen *errores in judicando.* De huidige tekst laat echter niet toe alle *errores in judicando* te bestraffen, verre van daar. De vernietiging wegens toepassing van een gewoonterechtsregel die strijdig is met de algemene orde (art. 35, 5°) past anderdeels niet in dit tweedelige kader.

92. PLAN.

Hieruit vloeit onze indeling voort. In deze tweede titel zullen we de rechtsgronden behandelen die gemeen zijn aan de cassatie en aan de vernietiging. Hoofdstuk I zal namelijk handelen over de *error in procedendo,* terwijl hoofdstuk II aan de *error in judicando* zal gewijd zijn. Alle door het Belgische Hof van cassatie gesanctioneerde *errores in procedendo* werden in beginsel eveneens door de parketrechtbanken bestraft.

Op grond van de huidige tekst kan niet hetzelfde gezegd worden van de *errores in judicando.* De vreemde eend in de bijt der cassatiegronden, de toepassing namelijk van een met de algemene orde strijdige gewoonterechtsregel, krijgt wegens haar belang voor de ontwikkeling van het gewoonterecht en ook wegens het feit dat ze zelden grondig bestudeerd werd, hetgeen de uitgebreidheid van onze behandeling rechtvaardigen mag, de hele derde titel toegewezen.

HOOFDSTUK I

DE ERROR IN PROCEDENDO

Afdeling 1. DE ONBEVOEGDHEID EN DE OVERSCHRIJDING VAN DE RECHTSMACHT

§ 1. De onbevoegdheid

93. DE VERNIETIGING WEGENS ONBEVOEGDHEID.

De vonnissen van de gewest- of stadsrechtbanken, van de gemeentelijke of hoofdijrechtbanken kunnen vernietigd worden, zelfs ambtshalve, indien die rechtbanken ratione materiae onbevoegd waren (art. 35, 2° Decreet). Onbevoegd in enge zin zijn de coutumiere rechtbanken indien ze, zonder daarom buiten de attributies die aan de gerechtelijke macht zijn toebedeeld te treden, kennis nemen van zaken die door het decreet op de inlandse

TABEL 9

DE VERNIETIGINGEN OP GROND VAN DE ONBEVOEGDHEID.

Parketrechtbank	*jaar*	*Totaal aantal vernietigingen*	*vernietigingen op grond van onbevoegdheid*	*hiervan ambtshalve aanhangig gemaakte gevallen*
Leopoldstad	1957	17	1	(1)
	1958	38	4	(2)
	1959	19	2	(2)
Kikwit	1957	15	3	(3)
	1958	26	8	(8)
	1959	26	1	(1)
Thysstad	1957	24	5	(4)
	1958	35	1	(1)
Boma	1957	31	4	(3)
	1958	38	4	(1)
Matadi	1959	12	2	(2)
Inongo	1957	47	8	(8)
	1958	60	32	(32)
	1959	10	8	(8)
Kenge	1958	1	1	(1)

rechtbanken aan een andere rechtbank zijn voorbehouden. In de hierbijgevoegde tabel kunnen de cijfers afgelezen worden betreffende het aantal vernietigingen wegens onbevoegdheid in de onderzochte rechtspraak. Er wordt insgelijks in aangeduid hoeveel van die vernietigingen ambtshalve gebeurden.

A. DE ONBEVOEGDHEID RATIONE MATERIAE VAN DE GEWOONTERECHTBANKEN

94. DE SCHABINALE AKTEN.

De samengeordende decreten kennen de coutumiere rechtbanken de macht toe, uitspraak te doen in de geschillen ontstaan tussen Kongolese onderhorigen (artikel 11).

De tekst spreekt van geschillen, en de vraag kan dus worden gesteld of vrijwillige rechtspraak tot de bevoegdheid van deze rechtbanken hoort. Daden van voluntaire jurisdictie zijn inderdaad een speciaal soort door de rechter verrichte bestuursdaden, in de engere zin van het woord, die niet omvat de rechterlijke uitspraak tot beslissing van geschillen (11). De oneigenlijke rechtspraak bestaat in administratieve functies aan de rechter opgedragen : *„au fond des actes d'autorité et non de juridiction"* (12).

Feit is echter dat schabinale akten (13) door de inlandse rechtbanken verleend worden, in voogdijzaken bijvoorbeeld, na een schijnproces ingeleid in de vorm van een uitdaging tot tegenspraak. Dit vraagstuk raakt wezenlijk dat der procesgelding van de civiele uitspraken van de inlandse rechtbanken. Het wordt aangeraakt in een verwerpingsvonnis van de parketrechtbank van THYSSTAD (1957,8), en in de hierop betrekking hebbende aantekeningen van procureur en procureur-generaal. Tussen Hélène Tutedi en Kitemona was echtscheiding uitgesproken en de twee kinderen waren aan de voogdij van de moeder toegekend. Twee jaren later dagvaardt Hélène haar ex-echtgenoot. Ze verklaart niet meer in staat te zijn de kinderen te onderhouden en vraagt dat ze aan de hoede van haar ex-echtgenoot zouden toevertrouwd worden. De gewestrechtbank overweegt dat, door het echtscheidingsvonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan en door de teruggave van de dotale waarden, Kitemona al zijn rechten op de kinderen heeft verloren : *„attendu qu'il n'y a eu en la cause aucune contestation ; qu'une jurisprudence constante admet que les juridictions indigènes puissent rendre les jugements à titre gracieux ; qu'elles ne sont toutefois pas tenues de le faire ; qu'il est clair qu'en fait*

(11) Cfr. RÖDER, J.C.L., *De grondtrekken van het procesrecht der vrijwillige rechtspraak*, proefschrift Leiden, 1939, blz. 2 en 10.
(12) PLANIOL-RIPERT, II, nr. 2860, nt. 5 blz. 971.
(13) De naam schabinale akten wordt gebruikt in : VISSER J.L.A., *Procesgelding van civiele uitspraken*, proefschrift, Leiden, 1952, in navolging van NEYTZELL de WILDE A.

Kitemona cherche à obtenir des allocations familiales ; que le tribunal doit s'en tenir à la coutume ; déboute Tutedi Hélène, dit qu'il est loisible aux parties de s'arranger comme ils le désirent en ce qui concerne la garde." Tutedi gaat in vernietiging, en beweert dat de vader nooit zijn vaderlijk recht op de kinderen verloor. De voorziening wordt verworpen : *„attendu qu'il n'appartient pas aux juridictions indigènes d'aller à l'encontre de la coutume même si les parties intéressées sont désireuses de la transgresser."*

Hiermee gaat de procureur niet akkoord : *„Si nonobstant la décision du tribunal indigène lors du divorce, toutes les parties y compris les représentants légaux coutumiers du clan maternel sont d'accord pour confier la garde et l'éducation des enfants au père, et si celui-ci n'est pas indigne de cette charge pour des motifs d'ordre public, il n'y a pas de raison de ne pas satisfaire à la demande de tous les intéressés. Il s'agit en somme d'un acte de juridiction gracieuse qui n'est pas contraire à l'ordre public. La coutume invoquée n'est pas elle-même d'ordre public obligatoire, en ce sens qu'il n'y puisse pas être dérogé. En réalité les parties auraient pu décider elles-mêmes de la modification du droit de garde, mais elles voulaient un titre qui rendait la nouvelle situation officielle vis à vis des autorités."* De opvatting van de procureur-generaal is de volgende : *„Les jugements intervenus auraient pu, tout en marquant la coutume comme il se devait, et le chef du clan maternel ayant été appelé, constater l'accord intervenu sur la garde provisoire des enfants par le nommé Kitémona. Le mot ‚provisoire' aurait sauvegardé le statut coutumier des enfants et se serait entendu par la période sur laquelle les allocations familiales peuvent être dues. La matière me paraît à raison des intérêts opposés en présence relever de la juridiction contentieuse plutôt que la juridiction gracieuse."*

95. DE RECHTSPERSONEN.

Verder gaat het om geschillen tussen Kongolese fysische personen, en niet tussen een individu en een rechtspersoon. Aldus weigerde de gewestrechtbank een oordeel te vellen in het geschil tussen Luozolo en het gewoonterechtelijk centrum in de persoon van het adjunct-hoofd in verband met de wederrechtelijke verkoop door het centrum van zijn geit. De voorziening werd door de parketrechtbank verworpen : *„attendu que ces tribunaux ne peuvent connaître des contestations entre une personne juridique tel le centre extra-coutumier et des tiers indigènes sauf dérogation expresse du législateur"* (THYSSTAD 1957, 19). Een uitzondering hierop voorzag bijvoorbeeld het decreet van 16 augustus 1949, met betrekking tot geschillen met inlandse coöperatieven.

De aandacht moet er wel op gevestigd worden dat men, waar men hier spreekt van rechtspersonen, rechtspersonen van geschreven recht bedoelt, zoals een coöperatief, een sector, een gemeente. Voor de gewoonterecht-

banken zijn de partijen inderdaad dikwijls gewoonterechtelijke rechtspersonen, zoals clans in grondenzaken. Een greep – lukraak – uit de bestudeerde rechtspraak kan dit punt illustreren : het geding (over een voorrecht bij een krokodillenvangst) wordt gevoerd tussen het groeperingshoofd van Mweni-Gungu en het hoofd dat het dorp Kibola Matari vertegenwoordigt (KIKWIT 1958, 8) ; het geding wordt gevoerd tussen Mangumbu (clan Nsita-Suta) en Mbengo (clan Lemfu) over grondeigendom (THYSSTAD 1957, 1) ; tussen Manzala (clan Sengele Kie Nsundi) en Lubaki (clan Nzinga), en het dispositief luidt dat *„les terres appartiennent au clan Nzinga"* (THYSSTAD 1957, 7) ; *„confirmons que la forêt appartient à x, représentant actuel du clan y"* is een gewone formule voor een dispositief (KIKWIT 1958, 51) ; *„confirme que la forêt Dembo appartient au clan Ninzinga de Tungululu"* (THYSSTAD 1958, 16) ; *„dit pour droit que les gens de Zumba, clan Nsaku, peuvent récolter leurs cultures sur le terrain litigieux sans toutefois pouvoir en aménager des nouvelles et que les maisons y érigées peuvent subsister sans qu'ils puissent réaliser de nouvelles constructions"* (THYSSTAD 1958, 17) ; het dispositief luidt : *„disons pour droit que le clan Nkuwu Ntinu est composé comme suit : a) lignée Kiaku* (de verweerder) *b) lignée Muzekila c) lignée Luaka* (de eiser)" (THYSSTAD 1957, 39). In strafzaken zal eveneens een rechtspersoon kunnen optreden : bijvoorbeeld de sector der Bahumbu tegen Pinzi (LEOPOLDSTAD 1958, 99). In andere gevallen wordt de vervolgende partij niet genoemd, maar het is duidelijk dat het de hoofdij is, bijvoorbeeld bij vervolging wegens het zich-onttrekken aan de gemeenschappelijke werken die aan de mannen van een hoofdij door het hoofd worden opgelegd (secundaire rechtbank van de noord Bateke : *„vous, Mpula Paul, il y a quatre ans que vous ne travaillez pas pour l'état, ni pour la chefferie."* Idem voor de secundaire rechtbank van Lukenga (INONGO 1958, 17 en 13).

Enkele voorbeelden uit de gepubliceerde rechtspraak : de inlandse rechtbanken zijn onbevoegd om de grenzen tussen twee groeperingen te bepalen, wijl artikel 20 van het decreet van 5 december 1933 dit recht aan de districtscommissaris voorbehoudt (14). Ongetwijfeld blijken ze anderdeels onbevoegd om over revindicatie van gronden door een groepering der hoofdij tegen een andere groepering van dezelfde hoofdij uitspraak te doen (15). Ze zijn bevoegd om uitspraak te doen over de visserijrechten waaraan een waterloop van een groepering onderworpen is (16) ; eveneens over de grens tussen domeinen die door verschillende dorpshoofden beheerd worden, hiermede de beslissing bevestigend van het politieke opperhoofd dat ter zitting gehoord werd (17).

(14) Parketrb. Elizabethstad, niet genoteerd, *B.J.I.* 1939, 90, noot.
(15) Gewestrb. Bakwanga, 5 augustus 1952, *J.T.O.* 1953, 92, noot A.S.
Parketrb. Elisabethstad, niet genoteerd, *B.J.I.* 1939, 90, noot.
(16) Gewestrb. Kasenga, 4 december 1936 ; Parketrb. Elizabethstad, niet genoteerd, *B.J.I.* 1939, 90, noot.
(17) Gewestrb. Kasenga, 20 september 1950, *B.J.I.* 1952, 218, noot.

96. TOEPASSING VAN GESCHREVEN RECHT DOOR GEWOONTERECHTBANKEN.

De geschillen tussen Kongolese onderhorigen moeten verder – indien de inlandse rechtbanken bevoegd willen zijn – opgelost kunnen worden door toepassing van andere rechtsnormen dan die welke in het geschreven recht zijn vervat, of liever : het geding moet integraal aan een gewoonterechtelijk systeem aangeknoopt kunnen worden, op straffe van onbevoegdheid. In Kongo bestaan, zoals in de inleiding gezegd werd, niet alleen twee feitelijk gescheiden rechtsordes (namelijk de zogezegd geschrevenrechtelijke en de gewoonterechtelijke), doch eveneens complexe materieelrechtelijke systemen.

Op het gebied van het burgerlijk recht bestaan er drie belangrijke uitzonderingen op dit verbod :

a) De teksten die *uitdrukkelijk* in een gewoonterechtelijke materie gelden en die gewoonterechtsregels afschaffen of vervangen. Bijvoorbeeld het decreet van 1950 op de veelwijverij.

b) De teksten die inlandse rechtbanken *uitdrukkelijk* bevoegdheid geven, zelfs indien ze geen gewoonterechtelijke materie behandelen.
Bijvoorbeeld het decreet van 24 maart 1956 op de inlandse coöperatieven.
Men mag zeggen dat de vernietigingsrechter toezicht kan uitoefenen op de wettelijkheid van een reglementaire akte, door bij onregelmatigheid ervan het vonnis dat erdoor gemotiveerd wordt, te vernietigen wegens onbevoegdheid. Aldus werd geoordeeld dat de raad van een centrum geen regels kan uitvaardigen betreffende het lot der kinderen bij ontbinding van het huwelijk van personen van verschillende oorsprong (19).

c) De teksten die, zonder het uitdrukkelijk te zeggen, toepasselijk zijn zowel in het bijzonder geschrevenrechtelijk systeem als in de bijzondere gewoonterechtelijke systemen.
Bijvoorbeeld de wet van 25 juni 1963 op de huurprijzen, volgens de interpretatie van het Hof van Beroep van Kinshasa (20).

De gewoonterechtbank is nochtans onbevoegd de zaak te verwijzen naar de bevoegde rechtbank (21). We halen enkele voorbeelden aan uit de gepubliceerde rechtspraak : de inlandse rechtbanken zijn onbevoegd om over de

(18) Cfr. het Ghanese geval *Ocquaye v. Sampson* (1927) aangehaald door ALLOTT, blz. 248, waarin gesteld werd dat, indien de rechten van de partijen uitsluitend door Engels recht beheerst werden, de *native courts* niet bevoegd waren.
(19) Parketrb. Elizabethstad, 9 november 1939, *B.J.I.* 1941, 26.
(20) Beroep. Kinsjasa, 23 februari 1965, *Rev. jur. du Congo* 1965, 370, noot J.H.
(21) Parketrb. Kasaï, 4 juli 1951, *J.T.O.* 1951, 200, noot ;
Parketrb. Opper-Katanga, 28 september 1950 *J.T.O.* 1951, 113, noot.

inbreuken op het decreet op het arbeidscontract uitspraak te doen (22) ; eveneens om de prijscontrole, ingevoerd door de wetgevende verordening van 11 augustus 1949, toe te passen (23) ; om van een geding nopens het huwelijk van een geïmmatriculeerde kennis te nemen, omdat het aan het geschreven recht onderworpen is (onbevoegdheid zowel ratione materiae als ratione personae, dus) (24).
Ze zijn anderdeels wel bevoegd indien de betwistingen een handelskarakter dragen (25) ; in de onderzochte periode vonden we in de rechtspraak tal van gedingen waarvan wisselbrieven, cheques, handelsvennootschappen, vrachtwagens het voorwerp uitmaken.

97. DE ONRECHTMATIGE TOEPASSING VAN GESCHREVEN RECHT DOOR GESCHREVENRECHTELIJKE JURISDICTIES.

Het past hier – in de optiek van een hoogste gerechtshof – te betogen dat dit probleem breder kan gezien worden. Inderdaad moet niet enkel een vonnis van een coutumiere rechtbank die zonder bevoegdheid geschreven recht toepaste, vernietigd worden ; er moet eveneens een uitspraak van een rechtbank van geschreven recht gecasseerd worden, indien op een geschil dat onder toepassing van het gewoonterecht viel, geschreven recht werd toegepast. Een voorbeeld van zulk verbreekbaar arrest levert het Hof van beroep van Kinshasa, dat bij een geding omtrent de verkoop van een perceel dat aan het stadsgewoonterecht onderworpen was, de normen van het burgerlijk wetboek toepaste en het vonnis van de lagere rechtbank aldus ten onrechte hervormde (26).

98. DE STRAFRECHTELIJKE BEVOEGDHEID VAN DE GEWOONTERECHTBANKEN.

Het decreet geeft de coutumiere rechtbanken eveneens de bevoegdheid strafrecht toe te passen, dit wil zeggen : de feiten te bestraffen die door het gewoonterecht verboden zijn, of door het geschreven recht, indien in laatstgenoemd geval de bevoegdheid van de coutumiere rechtbanken uitdrukkelijk voorzien werd (art. 12 en 13). De strafrechtelijke bevoegdheid van de inlandse rechtbanken is niet groot. Grotendeels mag het gewoonterechtelijk strafrecht niet meer toegepast worden, in tegenstelling tot de burgerlijke bevoegdheid, die, zoals we zagen, onbeperkt is.

(22) Parketrb. Kivu, 7 maart 1950, *B.J.I.* 1951, 87.
(23) Parketrb, Lualaba, 18 juli 1951, *B.J.I.* 1952, 271, noot ; *J.T.O.*, 189, noot ; *B.T.C.* 1960, 386.
(24) Zie Gewestrb. Basankusu, 15 juli 1935, *B.J.I.* 1937, 162, noot.
(25) Leopoldstad, 3 maart 1942, *Rev. Jur.*, 318 ; Luluaburg, 26 juni 1951 ; Parketrb. Kasaï, 4 juli 1951, *J.T.O.* 1951, 200, met noot betreffende het beginsel van de wilsautonomie ; Leopoldstad, 11 april 1951, *J.T.O.* 1952, 49, noot ; cfr. Parketrb. Lualaba, 12 april 1951, *J.T.O.* 1954, 24, noot.
(26) Beroep Kinsjasa, 23 februari 1965, *Rev. Jur. du Congo*, nr. 4, 1965, 370, noot HERBOTS J.

Drie gevallen kunnen zich voordoen :

1. Een feit is strafbaar naar gewoonterecht, maar niet volgens het geschreven recht. Voorbeelden zijn het overspel van een gewoonterechtelijk gehuwde vrouw, bloedschande, oneerbiedigheid jegens de rechters.
   Uitgesproken kunnen dan worden :
   a) Een hoofdstrafdienst : niet meer dan één maand (twee maanden in geval van samenvoeging). Dit gaat tot twee maanden (vier maanden in geval van samenvoeging) indien de gewest- of stadsrechtbank voorgezeten wordt door de voorzitter of een vice-voorzitter.
   b) Een boete : niet meer dan 1.000 fr (2.000 fr in geval van samenvoeging). Dit gaat tot 2.000 fr (4.000 fr in geval van samenvoeging) indien de gewest- of stadsrechtbank voorgezeten is door de voorzitter of een vice-voorzitter. Een bijkomende strafdienst in geval de boete niet betaald zou worden. Het voorziene maximum is 15 dagen (één maand in geval van samenvoeging). Dit gaat tot één maand (en twee maanden in geval van samenvoeging) indien de voorzitter of een vice-voorzitter van gewest- of stadsrechtbank zetelen.
   c) De inbeslagneming van de zaken die aan de veroordeelde toebehoren en met de hulp waarvan hij het strafbare feit beging, indien tenminste het gewoonterecht die inbeslagneming voorziet.
2. Een feit wordt niet strafbaar gesteld in het gewoonterecht, maar wel in een tekst die de gewoonterechtbanken uitdrukkelijk (27) bevoegdheid geeft. De voorziene straf zal dan moeten toegepast worden, binnen de grenzen echter van de hierboven uiteengezette bevoegdheid. Voorbeelden van algemene verordeningen zijn : de verordening van 1 juli 1914 op de bescherming van bronnen en waterlopen, de verordening van 23 mei 1953 op de broussevuren, de verordening van 10 oktober 1940 op de hygiëne, de verordening van 24 november 1952 op de openbare markten, het decreet van 12 juni 1951 op de wederrechtelijke inbezitneming van gronden.
   Voorbeelden van plaatselijke verordeningen :
   Een provinciaal besluit progouv. 21/342 van 4 augustus 1955 over het schoonhouden van de centra ; en beslissing nr. 13/agri/1956 van de districtscommissaris over de voortijdige oogst van maniok ; een hoofdij- of centrumreglement.
   De parketrechtbanken konden weigeren de wettelijkheid van een reglement te erkennen, door het vonnis van de inlandse rechtbank dat erop gegrond was, wegens onbevoegdheid te vernietigen.

(27) Indien de bevoegdheid niet uitdrukkelijk voorzien is, mag de inlandse rechtbank niet straffen. Voorbeeld hiervan is het geen gevolg geven aan een geneeskundige oproeping : Parketrb. Lualaba, 15 februari 1951, *J.T.O.*, 211, noot ; 28 augustus 1941, *B.J.I.* 1942, 92.

Aldus moest een centrumreglement naar luid van artikel 25 bis van het decreet van 17 juli 1914 goedgekeurd worden door de districtscommissaris (28) ; kon een hoofdijreglement geen maximumprijzen opleggen, daar dit bij wetgevende verordening van 11 augustus 1949 aan de provinciegouverneur voorbehouden was (29). Er werd geoordeeld dat een centrumreglement wel huurprijzen kon reglementeren (30), en dat een hoofdijreglement wel onderhoudsvoorschriften kon uitvaardigen voor inlandse palmerijen (31).

3. Een feit wordt en in het gewoonterecht en in het geschreven recht strafbaar gesteld. De coutumiere rechtbanken zijn *a priori* onbevoegd als de tekst in abstracto een gevangenisstraf voorziet van meer dan vijf jaren. Er werd bij voorbeeld ambtshalve vernietigd wegens onbevoegdheid voor een gekwalificeerde diefstal, waarvoor de straf maximum 10 jaren kan bedragen ; in casu ging het om een nachtelijke diefstal in een bewoond huis (BOMA 1958, 29). Indien voor het wettelijk genoemd feit dit maximum niet voorzien werd (over het minimum wordt niet gesproken), zijn de coutumiere rechtbanken onbevoegd als de met het oog op de omstandigheden toe te passen straf hoger moet zijn dan wat zij krachtens de hierboven uiteengezette bevoegdheid mogen uitspreken. Een voorbeeld is poging tot vrijwillige vergiftiging (32). Indien de gewoonterechtbank bevoegdheid heeft, mag zij kiezen tussen de toepassing van de straf voorzien in de tekst of de gewoonterechtelijke straf. Men kan moeilijk instemmen met een vernietigingsvonnis van de parketrechtbank van Lualaba (33) volgens hetwelk de inlandse rechtbank onbevoegd is in weerwil van het feit dat het gewoonterecht het misdrijf bestraft, als de feiten in de tekst als bijzonder misdrijf genoemd worden, zoals diefstal in het kamp of in het kantonnement. Anderdeels moet opgemerkt worden dat het feit dat een gewoonterechtelijk misdrijf uitmaakt, en tevens voorzien werd door een tekst, geen aanleiding meer kan geven tot een geding voor een inlandse rechtbank (artikel 17, decreet), indien het op basis van die tekst aanhangig gemaakt werd bij een geschrevenrechtelijke jurisdictie ; zelfs indien na onderzoek door het parket de beslissing genomen werd, de zaak zonder gevolg te classeren (Parketrechtbank Kasaï, 21 februari 1952, J.T.O., 83, waar het ging om de onwettelijke inbezitneming van inlandse gronden). Omgekeerd mag een rechtbank van geschreven recht evenmin veroordelen voor feiten die reeds door een inlandse rechtbank bestraft werden (34).

(28) Parketrb. Alb. 26 september 1936, *B.J.I.* 1937, 92.
(29) Parketrb. Lualaba, 18 juli 1951, *B.J.I.* 1952, 271, noot.
(30) Parketrb. Opper-Katanga, 28 juli 1950, *B.J.I.* 1951, 88.
(31) Sectorrb. Ihana (Masisi) nr. 1163, *B.J.I.* 1940, 79, noot.
(32) Parketrb. Kivu, 17 juni 1938, *B.J.I.* 1940, 315, noot.
(33) Parketrb. Lualaba, 24 oktober 1944, *B.J.I.* 1945, 159.
(34) Eerste aanleg Kasaï, 15 april 1953, *Rev. Jur.* 1953, 302.

In geval van onbevoegdheid moet de parketrechtbank vernietigen, maar indien de vordering in vernietiging alleen uitging van de veroordeelde partij, mag het algemeen rechtsbeginsel niet uit het oog verloren worden volgens hetwelk de toestand van een partij door haar enkel beroep niet verergerd kan worden (35).

99. DE DISCRETIONAIRE MACHT VAN DE STRAFRECHTER TEN GRONDE.

De vraag of de strafbare feiten gezien de omstandigheden al dan niet meer dan 1 maand of 1.000 fr boete verdienen, mag door de vernietigingsrechter niet beantwoord worden. Om dit uit te maken heeft de rechter ten gronde discretionaire macht : *„lorsque le tribunal indigène se déclare compétent à propos d'une infraction de vol, estimant qu'en raison des circonstances, la peine méritée ne doit pas dépasser deux mois, il fait une appréciation de fait. Le tribunal du parquet, qui ne peut statuer au fond, n'a pas le pouvoir de déclarer que le juge aurait dû se déclarer incompétent, ce qui substituerait son appréciation de fait à celle du juge du fond"* (36) ; *„le tribunal du parquet n'a pas à vérifier les faits déclarés constants par le juge de fond et il ne peut discuter l'appréciation de celui-ci quant à leur gravité. Ainsi lorsqu'il est saisi en annulation par un prévenu que le tribunal indigène a déclaré coupable de certains faits qui, constitutifs d'abus de confiance, sont aussi constitutifs d'une infraction coutumière, le tribunal du parquet ne peut, ni déclarer les faits non établis, ni déclarer que ces faits étaient plus graves que le tribunal ne l'avait estimé et qu'il s'est à tort déclaré compétent, la peine prononcée devant être plus forte"* (37).

Er werd nochtans in tegenovergestelde zin geoordeeld : *„Le vol de bicyclette est une infraction qui doit entraîner, sauf circonstances exceptionnelles, une peine supérieure à un mois de servitude pénale. Ainsi elle dépasse la compétence du tribunal de chefferie et le jugement qui statue sur une telle prévention doit être annulé"* (38) ; *„doit être annulé pour incompétence le jugement rendu pour des faits prévus par la loi écrite lorsque le tribunal du parquet estime qu'à raison des circonstances la peine devait dépasser un mois de servitude pénale"* (39).

We raken hier het probleem aan van het toezicht van de vernietigingsrechter op de aan het aangevochten vonnis ten grondslag liggende ervaringsregels (40). Ervaringsregels zijn van huis uit geen rechtsregels, maar kunnen

(35) Parketrb. Lualaba, 18 februari 1952, *J.T.O.* 1953, 107, noot ; cfr. Parketrb. Opper-Katanga, 2 juni 1956, *J.T.O.* 1957, 184 ; Parketrb. Stanleystad, 18 februari 1956, *J.T.O.* 1957, 28.
(36) Parketrb. Urundi, 3 juni 1957, *J.T.O.* 1957, 173. Naar dit vonnis werd verwezen in een aantekening van de procureur onder Leopoldstad, 1957, 68.
(37) Parketrb. Opper-Katanga, 8 juli 1959, *J.T.O.* 1960, 25.
(38) Parketrb. Lualaba, 25 oktober 1952, *J.T.O.* 1954, 135.
(39) Parketrb. Opper-Luapula, 13 augustus 1955, *J.T.O.* 1956, 137.
(40) RIGAUX, nr. 143.

hulpfiguren bij de rechtstoepassing worden. Zij ontlenen dan hun bindende kracht aan de rechtsnorm die uitdrukkelijk of stilzwijgend ernaar verwijst. Aan de wettelijke classificatie van de cassatiegronden vreemd, is het begrip ervaringsregel zuiver doctrinaal, maar zijn nut is onbetwistbaar. Het maakt het mogelijk, het mechanisme van de toepassing van het recht op de feiten beter te begrijpen, en een scherpere ontleding te geven van het toezicht dat het hoogste gerechtshof houdt op de werkzaamheid van de rechter ten gronde. Aldus zou, volgens PERELMAN (41), de strafkeuze binnen het wettelijk voorziene minimum en maximum bij herhaling van analoge gedingen aan de oorsprong liggen van de uitwerking van pretoriaanse tarieven, die zouden bijdragen tot *„l'objectivation de ce qui, au premier abord, se présente comme une pure question de fait, abandonnée à la discrétion du juge du fond."*

Langs de schending van ervaringsregels om houdt het hoogste gerechtshof in Zwitserland en Duitsland zoals de parketrechtbanken van de Lualaba en Luapula in de zo juist aangehaalde vernietigingsvonnissen, toezicht op elk misbruik van de appreciatiemacht over de strafmaat ; er is schending van de strafwet als de rechter ten gronde een straf oplegt die, hoewel boven het voorziene minimum gaande, blijkbaar onevenredig is met de zwaarte van het misdrijf (42).

Volgens Prof. RIGAUX (nr. 144) echter mag men hieruit niet besluiten dat elk dispositief aan het legaliteitstoezicht onderworpen is dank zij de systematisatie van de ervaringsregels. De plicht die de rechter ten gronde, in casu de repressieve rechter, kan hebben om het beschikkend gedeelte van zijn vonnis aan te passen aan de bijzondere omstandigheden van het geval, verhindert dit. Terecht eerbiedigen het Belgisch Hof van Cassatie en de parketrechtbanken van Urundi en Opper–Katanga, de discretionaire macht van de rechter ten gronde : de wet geeft aan de rechter die macht telkens de keuze van het beschikkend gedeelte van het vonnis afhangt van een subjectieve waardering die ontglipt aan het begripsmatige toezicht op de gelijkvormigheid met een algemene regel. Terecht wordt dus toezicht geweigerd op de keuze van de straf tussen het wettelijk minimum en maximum. De aanwending van ervaringsregels zou hier inderdaad leiden tot een denaturatie van de strafrechtstoepassing. Ze zou leiden tot de opbouw van een straftarief dat uitsluitend aan de objectieve zwaarte van het misdrijf zou verbonden zijn (de diefstal van 10.000 fr verdient een straf die tienmaal hoger moet zijn dan die welke de dief van 1.000 fr moet oplopen), en ze zou hieraan de persoonlijke en morele elementen van de criminaliteit opofferen.

(41) PERELMAN, blz. 276.
(42) DESCHENAUX, blz. 49 en v. ; ENGISCH, blz. 47 tot 49.

Te dikwijls trouwens werd door de rechtsleer in die vrije discretionaire macht van de rechter ten gronde het zuiver negatieve aspect gezien, het verhinderen van de legaliteitscontrole namelijk. Dat negatieve karakter bezit *de souvereine appreciatiemacht* van de rechter. Dat de rechter een *vrije macht* heeft anderdeels betekent dat hij de plicht heeft het besluitgedeelte van zijn vonnis aan te passen aan de bijzondere omstandigheden van het geval, en dat er zelfs kan vernietigd worden zo eventueel uit de motivering kon blijken dat de rechter ten gronde die plicht heeft verzaakt.

100. DE AAN DE GEWEST- OF STADSRECHTBANK VOORBEHOUDEN GEDINGEN.

De inlandse rechtbanken tenslotte, andere dan de gewest- of stadsrechtbanken, zijn onbevoegd indien het geding een materie betreft die deze hogere rechtbanken zich bij beslissing van inwendige orde hebben voorbehouden, op grond van artikel 15 van het decreet (43).

In Leopoldstad bijvoorbeeld zijn de volgende gedingen voorbehouden aan de stadsrechtbank : die welke betrekking hebben op een huwelijk dat kerkelijk en gewoonterechtelijk voltrokken werd, op het bezettingsrecht van percelen binnen de grenzen van de oude inlandse stad, op geldsommen waarvan het bedrag een bepaalde grens overschrijdt.

In de onderzochte rechtspraak vonden we op 84 vernietigingen wegens onbevoegdheid 2 vernietigingen op grond van voorbehouden materies : LEOPOLDSTAD 1958, 14 (perceelzaak ; op aanvraag) en BOMA 1957, 53 (diefstal van palmvruchten op stam ; op aanvraag). Dit laatste geval gaf het omgekeerde beeld te zien : de gewestrechtbank van Lukula had in eerste aanleg uitspraak gedaan, zonder in de motieven te melden dat het misschien om een voorbehouden materie ging. Deze vernietiging wordt in zijn antwoord op de transmissiebrief bekritiseerd door de procureur-generaal : „Les diverses juridictions indigènes ont toutes en principe la même compétence matérielle, ont toutes un titre égal à juger toutes les affaires dont la connaissance leur est réservée. Elles ne diffèrent que pour certaines exceptions, certains droits spéciaux (cfr. MAGOTTE, *Les juridictions indigènes,* nr. 88, 93, 105, 179)" (44).

(43) Rechtbank van de Mwami, 25 januari 1947, *B.R.u.* 1950, 509, noot.
(44) Contra : Parketrb. Opper-Katanga, 26 november 1955, *J.T.O.* 1957, 47. Er moet vernietigd worden indien zonder wettelijke reden de dubbele graad niet geëerbiedigd werd.

B. DE ONBEVOEGDHEID *RATIONE PERSONAE ET LOCI* VAN DE GEWOONTERECHTBANKEN

101. DE ONBEVOEGDHEID WEGENS HET PERSONEEL STATUUT.

Ratione personae zijn de inlandse rechtbanken onbevoegd indien één der partijen of haar lastgever (45) van niet-Kongolesen bloede (46) of geïmmatriculeerd is. Op een totaal van 84 vernietigingsvonnissen wegens onbevoegdheid vonden we in de onderzochte rechtspraak 2 vernietigingen wegens immatriculatie van een partij : LEOPOLDSTAD 1958, 146 (op vordering) en MATADI 1959, 26 (ambtshalve). Alhoewel van niet-Kongolesen bloede, worden onderdanen van een „naburig land" met hen gelijkgesteld (47).

Een instructieve vergelijking kan gemaakt worden met andere Afrikaanse rechtstelsels. *„Le principe est que la compétence dépend du statut civil des justiciables, sans considérations de l'objet du procès. Mais certaines matières sont réservées aux tribunaux de droit moderne, quel que soit le statut civil des parties"*, meent LAMPUE in een noot onder een arrest van het Hof van beroep van Gabon van januari 1963 (48). Het voornaamste aan het Hof gestelde probleem bestond erin, uit te maken welke rechten een man van gewoonterechtelijk statuut bezat op grond van een bestuurlijke beslissing die genomen was in het kader van de reglementen op de domaniale gronden. Het Hof stelt vast dat dergelijke rechten aan het gewoonterechtelijk gebied ontsnappen. *„Or, les matières qui ne ressortissent pas de la coutume appartiennent au droit moderne."* Vermits het geschil voornamelijk regels van dit recht inriep, besluit het Hof dat slechts de geschrevenrechtelijke jurisdicties bevoegd zijn. *„Cette compétence réservée, définie en fonction des matières"*, gaat LAMPUE verder, *„est déterminée par des textes. Est-il possible de l'étendre, comme l'a fait notre arrêt à toutes les questions qui doivent être réglées sur la base d'une législation moderne ? "* Hij antwoordt in zijn besluit afwijzend : *„En réalité à l'exception des matières expressément réservées aux tribunaux de droit moderne, la répartition des compétences s'opère en fonction non de la loi applicable, mais du statut civil des parties."*

(45) Parketrb. Opper-Katanga, 4 oktober 1950, *J.T.O.* 1951, 113, noot.

(46) De halfbloed wordt als zodanig beschouwd : Stanleystad, 24 juni 1952, *Rev. jur.* 1952, 308, noot contra.

(47) Parketrb. Elisabethstad, 21 november 1933, *Rev. jur.* 1934, 21, noot ; Elizabethstad, 24 april 1934, *Rev. jur.*, 85, noot ; *B.J.I.* 197, noot ; Leopoldstad, 23 februari 1937, *Rev. Jur.* 1946, 125, noot.
Is geen naburig land : Dahomey (Leopoldstad, augustus 1947, *Rev. Jur.*, 56) ; Kaap Verde (BOMA 1957, 108).
Is een naburig land : Nyassaland (Gewestrb, Kasenga, 10 juli 1935, *B.J.I.* 1936, 227) ; Frans Soedan (Elizabethstad, 10 februari 1947, *Rev. Jur.*, 1947, 70) ; Kameroen (Cocquilhatstad, 7 oktober 1947, *Rev. Jur.* 1948, 143, noot ; Stanleystad, 1 juni 1948, *Rev. Jur.* 1949, 33, noot) ; Frans Equatoriaal Afrika (Leopoldstad, 18 maart 1948, *Rev. jur.* 1948, 171) ; Senegal (Parketrb. Opper-Katanga, 6 februari 1952, *J.T.O.* 1952, 99, noot).

(48) *Penant*, nr. 698-699, 1963, blz. 551.

In het onderzochte materiaal werden de volgende gevallen gevonden. Bij vonnis van een gewoonterechtbank werd het kind van een ongehuwde vrouw aan de lineage van de moeder toevertrouwd. Aan de vader die de vernietiging van dit vonnis vorderde, werd geantwoord : „qu'il invoque des prescrits de droit écrit auxquels il ne lui est pas possible de s'en appeler faute d'être revêtu du statut d'immatriculé" (LEOPOLDSTAD 1958, 138). In een ander geval van toekenning van kinderen waarvan de vader in 1943 als soldaat geïmmatriculeerd werd, maar gewoonterechtelijk gehuwd was, werd eveneens verklaard dat het kind volgens het gewoonterecht moest toegekend worden (LEOPOLDSTAD 1958, 128).

102. DE ONBEVOEGDHEID WEGENS DE FUNCTIE.

Verder zijn de inlandse rechtbanken, andere dan de gewest- of stadsrechtbank, onbevoegd indien :

a) de beschuldigde of de verweerder soldaat, ambtenaar, agent van de gerechtelijke orde, politieman, rechter, gezagdrager in gemeente, stad of hoofdij zijn ;
b) de eiser rechter of gezagdrager in gemeente, stad of hoofdij is (49).

De onderzochte rechtspraak levert ons drie vernietigingen op wegens deze onbevoegdheid ratione personae : LEOPOLDSTAD 1958, 61 (onderhoudsvergoeding ; soldaat ; ambtshalve) ; KIKWIT 1958, 45 (Sectorrechter ; ambtshalve) ; KIKWIT 1958, 18 (beledigingen ; ambtshalve ; sectorhoofd). We vonden dan nog één geval waarin het vonnis van de centrumrechbank ambtshalve vernietigd werd, omdat het wegens overspel veroordeelde meisje minderjarig was (LEOPOLDSTAD 1959, 70 ; cfr. Decreet van 6 december 1950 op de kinderrechtbanken).

103. DE TERRITORIALE ONBEVOEGDHEID.

Wat de territoriale bevoegdheid betreft, is een inlandse rechtbank slechts bevoegd indien de verweerder of zijn lasthebber (50) zich in zijn rechtsgebied bevindt. Voor het repressief vonnis komt daar als voorwaarde bij dat het strafbare feit in het rechtsgebied begaan werd. In de onderzochte rechtspraak vonden we slechts één vernietiging wegens het feit dat de verweerder zich buiten het rechtsgebied bevond : KIKWIT 1958, 14 (echtscheiding, ambtshalve).

Gevonnist werd dat de gewestrechtbank, in tweede aanleg slechts bevoegdheid heeft ten opzichte van rechtbanken die zich in haar rechts-

(49) Parketrb. Lualaba, 29 april 1958, *J.T.O.* 1959, 62 ; Parketrb. Kibuli-Ituri, 7 mei 1951, *J.T.O.* 1952, 98, noot.
(50) Parketrechtbank Alb., 28 juli 1947, *B.J.I.* 1948, 259, noot.

gebied bevinden (51). Hetzelfde geldt voor de parketrechtbank (LEOPOLDSTAD 1959, 37). De vraag werd in *Mbala t. Dikanda* (LEOPOLDSTAD 1957, 8) gesteld of onroerende goederen die het voorwerp uitmaken van een geding, zich in het rechtsgebied van de gewoonterechtelijke rechtbank moeten bevinden. De gewestrechtbank van Leopoldstad had in herziening uitspraak gedaan in een geding betreffende de verkoop van een perceel dat gelegen was in het suburbaine gebied Binza. Op aanvraag van de suburbaine gewestbeheerder, volgens dewelke de gewestrechtbank van Leopoldstad onbevoegd was om uitspraak te doen over het bezettingsrecht van een op suburbain gebied gelegen grond, nam de parketrechtbank ambtshalve kennis van het vonnis. Substituut CASIER was echter de mening toegedaan dat er geen reden tot vernietiging was, aangezien de bevoegdheid *ratione loci* van de gewestrechtbank niet bepaald wordt door het voorwerp van het geding, maar door het feit der aanwezigheid van de verweerder in het rechtsgebied ; hij meende trouwens eveneens dat onbevoegdheid *ratione loci* geen reden tot vernietiging uitmaakt. In de transmissiebrief bekritiseert de procureur des konings LAFONTAINE dat vonnis, en oordeelt dat de uitspraak van de gewestrechtbank betreffende een zaak die tot een ander rechtsgebied hoort, strijdig is met de openbare orde. Procureur-generaal DUMONT is het daarentegen eens met de parketrechtbank.

104. DE VERNIETIGING OP GROND VAN DE ONBEVOEGDHEID RATIONE LOCI ET PERSONAE.

Over de vraag of nu de onbevoegdheid *ratione loci* of *personae* grond tot vernietiging kan vormen, kan het volgende gezegd worden. Artikel 35, 2° spreekt slechts over onbevoegdheid *ratione materiae.* Volgens SOHIER en een deel der rechtspraak kan echter ook wegens onbevoegdheid *ratione personae et loci* vernietigd worden (52). Er werd gevonnist dat wegens verweerders afwezigheid uit het rechtsgebied vernietigd kan worden, maar dan alleen indien een partij dit middel opwerpt (53).
De vragen zijn dus veelvuldig : Kan er vernietigd worden ? Mag het ambtshalve ? Moet de vernietiging op deze grond gevorderd worden ? Mag het voor de eerste maal in vernietiging opgeworpen worden ?

Men weet dat de moderne rechtsleer en rechtspraak (54) het vroeger gemaakte onderscheid verwerpen volgens hetwelk de regels van toekenningsbevoegdheid steeds een openbare-ordekarakter zouden vertonen en steeds volstrekte onbevoegdheid zouden teweegbrengen, terwijl de bevoegdheids-

(51) Parketrb. Sankuru, 5 februari 1953, *J.T.O.*, 121, noot.
(52) Parketrb. Opper-Katanga, 4 oktober 1950, *J.T.O.* 1951, 113, noot.
(53) Gewestrb. Dilolo, 3 maart 1950, *J.T.O.* 1951, 114, noot.
(54) *Répertoire de proc. civ. et com.*, Dalloz, V° *Compétence,*

regels *ratione personae et loci* slechts uitgevaardigd in het private belang van de partijen, in geval van schending slechts relatieve onbevoegdheid zouden teweegbrengen. Indien in strafzaken de bevoegdheid steeds een kwestie is die tot de openbare orde behoort, waarop elke partij het recht heeft kritiek uit te brengen, moeten in burgerlijke zaken niet alle regels van toekenningsbevoegdheid als tot de openbare orde behorend beschouwd worden. De schending van sommige ervan levert slechts betrekkelijke onbevoegdheid op. Omgekeerd kan de schending van zekere regels omtrent de bevoegdheid *ratione personae et loci* een volstrekte onbevoegdheid teweeg brengen.

105. DE ONDERZOCHTE RECHTSPRAAK.

Tot besluit van deze twee paragrafen gewijd aan de onbevoegdheid, willen we de rechtspraak uit de onderzochte rechtbanken nagaan om ons een idee te vormen over de aard van de onbevoegdheid in de gevallen waarin wegens die grond vernietigd werd.

Leopoldstad 1957 : onbevoegdheid wegens de zwaarte van het misdrijf, misbruik van vertrouwen namelijk (1 geval).

Leopoldstad 1958 : zwaarte van het misdrijf, verkrachting namelijk (1 geval) ; geschil voorbehouden aan de gewestrechtbank (1 geval) ; ratione personae : een geïmmatriculeerde (1 geval), een soldaat (1 geval).

Leopoldstad 1959 : zwaarte van het misdrijf, verkrachting namelijk (1 geval) ; ratione personae : een minderjarige als medeplichtige bij overspel (1 geval).

Kikwit 1957 : zwaarte van het misdrijf, diefstal namelijk (2 gevallen) ; toepassing van een afgeschafte geschreven tekst (1 geval).

Kikwit 1958 : zwaarte van het misdrijf, namelijk diefstal, slagen en verwondingen, verkrachting (4 gevallen) ; toepassing van geschreven recht, de wegcode namelijk (1 geval) ; ratione personae : een sectorhoofd (1 geval), een sectorrechter (1 geval) ; ratione loci : de verweerder was buiten het rechtsgebied (echtscheidingszaak, 1 geval).

Kikwit 1959 : toepassing van geschreven recht, namelijk het decreet op de vuurwapens (1 geval).

Thysstad 1957 : zwaarte van het misdrijf, namelijk misbruik van vertrouwen, verduistering van fondsen, diefstal (vier gevallen) ; ratione personae : geschil met het lokaal bestuur (1 geschil).

Thysstad 1958 : zwaarte van het misdrijf, namelijk verkrachting (1 geval).

Boma 1957 : zwaarte van het misdrijf, namelijk valsheid in geschriften en diefstal (2 gevallen) ; miskenning van de twee graden van rechtspleging in een geding dat niet tot de aan de gewestrechtbank voorbehouden zaken hoorde (1 geval).

Boma 1958 : zwaarte van het misdrijf, namelijk diefstal (1 geval) ; niet-naleving van de revisietermijn (3 gevallen).

Matadi 1959 : zwaarte van het misdrijf, verduistering van fondsen namelijk (1 geval) ; ratione personae : een geïmmatriculeerde (1 geval).

Inongo 1957 : zwaarte van het misdrijf, namelijk verkrachting, heling, misbruik van vertrouwen, verduistering van fondsen (6 gevallen) ; toepassing van geschreven recht, namelijk de wegcode (1 geval) ; bevestiging door de gewestrechtbank van een ondertussen buiten zijn weten vernietigd vonnis van een centrumrechtbank (1 geval).

Inongo 1958 : zwaarte van het misdrijf, namelijk verkrachting, slagen en verwondingen, diefstal, aanslag op de goede zeden (6 gevallen) ; toepassing van geschreven recht : arbeidscontract, belastingen, opgelegde beplantingen, hygiëne, ongehoorzaamheid aan het hoofd (25 gevallen);
litispendentie :
bij behandeling van de zaak waarin uitgesproken werd door de gewestrechtbank was reeds een voorziening in vernietiging hangende (1 geval).

Inongo 1959 : zwaarte van het misdrijf, namelijk verkrachting en verduistering van fondsen (2 gevallen).

Kenge 1958 : toepassing van geschreven recht, de wegcode namelijk (1 geval).

Op te merken valt dat het merendeel der vernietigde vonnissen uitgesproken werd in eerste en laatste aanleg door de lagere inlandse rechtbanken, namelijk 73 op een totaal van 84 vonnissen. Drie werden in eerste aanleg door de gewestrechtbank geveld, en acht kenden de twee trappen van rechtspleging.

Op te merken valt tevens dat de meeste vernietigingen ambtshalve gebeurden. De enkele gevallen waarin op vordering van een partij werd vernietigd zijn de volgende, en dan nog werd deze grond behalve voor de parketrechtbank van Leopoldstad door de vernietigingsrechter zelf geleverd :

te Leopoldstad : in een zaak van geldschulden (wegens immatriculatie), en in een perceelszaak (omdat deze gedingen aan de stadsrechtbank zijn voorbehouden) ;

te Thysstad : in een zaak waarin het lokaal bestuur verantwoordelijk gesteld werd (omdat een rechtspersoon van geschreven recht geen partij in het geding mag zijn) ;

te Boma : in drie grondgedingen (revisietermijn verlopen), en in een zaak van diefstal van palmvruchten (miskenning door de gewestrechtbank van de dubbele graad van rechtspleging).

§ 2. De overschrijding van rechtsmacht

106. DE UITBREIDING VAN DIT BEGRIP.

Er werd reeds vaak gewezen op het duister karakter, van de overschrijding van rechtsmacht als grond voor cassatie (55). Bij de totstandkoming van de *Code d'instruction criminelle* noemde de regeringswoordvoerder het *„un mot vague et qui n'a jamais été bien défini* (56)". Het begrip verscheen pas bij de Franse omwenteling (57), en zou uit die context moeten verstaan worden als dienend om de strooptochten van de rechterlijke macht op het domein der wetgevende en uitvoerende te verhinderen. Dit is de enge bepaling. In zijn openingsrede van 1964 (58) heeft Procureur-Generaal HAYOIT de TERMICOURT uiteengezet hoe in de Belgische rechtspraak het begrip overschrijding van rechtsmacht werd uitgebreid.

Het omvat namelijk bepaalde gevallen van schending van de wet : schending van een grondwettelijk of publiekrechtelijk beginsel ; schending van een fundamentele regel van de rechterlijke organisatie of van de rechtsbedeling ; openlijk verzet tegen de wet door het tegenspreken van een volkomen ondubbelzinnige tekst, hetgeen op het misprijzen van de wil van de wetgever neerkomt. Een voorbeeld van dit laatste geeft ons een arrest van 16 juli 1906 (blz. 349), waardoor een uitspraak, waarbij een conflictsregel die voorkwam in artikel 1 van de conventie van Den Haag van 12 juni 1902 over de voogdij van minderjarigen veronachtzaamd was, verbroken werd wegens overschrijding van rechtsmacht, op aanvraag van de procureur-generaal en op bevel van de minister van Justitie.

(55) Cfr. VAN DELDEN, *Beschouwingen over het cassatiemiddel van overschrijding van rechtsmacht*, proefschrift, Leiden, 1889.

(56) LOCRE, XXVII, blz. 66.

(57) De gewone voorstelling volgens welke de overschrijding van rechtsmacht een produkt is van de leer van MONTESQUIEU van de *trias politica*, lijkt aan twijfel onderhevig, daar het „excès de pouvoir" in het rapport van Gilbert de VOISINS van 1762 (HENRION de PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Parijs, 1818, blz. 416) wordt vermeld als een reeds lang bestaande cassatiegrond voor een rechterlijke uitspraak die inbreuk maakte op 's konings gezag ; wel past die cassatiegrond in het schema van de *trias* en zal hij daarom behouden zijn.

(58) HAYOIT de TERMICOURT R., *Les pourvois dans l'intérêt de la loi*, nr. 15 tot en met 19.

107. DE CASSATIE OP BEVEL VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE.

Het belang van deze uitbreiding van het begrip ligt in het feit dat de overschrijding van rechtsmacht de enige grond is waarop de minister van Justitie kan steunen om in burgerlijke zaken een vonnis of arrest te doen vernietigen. Op gewoonterechtelijk gebied vinden we een mooi voorbeeld daarvan in de rechtspraak van het Hoogste Gerechtshof van Kameroen.
Op grond van artikel 39 van de Kameroense verordening nr. 59-86 van 17 december 1959 „fixant l'organisation judiciaire de l'état" (59) werd een verordening van de minister van justitie tot vernietiging van een gewoonterechtelijk vonnis wegens machtsoverschrijding door het Hoogste Gerechtshof ingewilligd. In feite had de lagere rechter het recht verkeerd toegepast : *„attendu, par contre, qu'en décidant que les droits de la personne résultant de la paternité peuvent faire l'objet de transaction constatée, par la Convention entre Africains susvisée, le tribunal a violé un principe supérieur d'ordre public découlant du droit naturel et, par là, excédé ses pouvoirs"* (60).

Voor de cassatie in burgerlijke zaken bestaat eveneens een ruime leer volgens dewelke overschrijding van rechtsmacht zou aanwezig zijn in gevallen waarin de rechter de grenzen te buiten is gegaan die aan de rechterlijke macht *in het algemeen* bij de wet zijn gesteld. Voordat de mogelijkheid van voorziening in cassatie tegen de vonnissen van de vrederechters wegens wetschending bestond, had deze ruime leer haar belang : de rechtspraak heeft het begrip overschrijding van rechtsmacht gebruikt om de ergste uitwassen te ondervangen (61). Nu heeft de leer haar praktisch belang verloren. De Nederlandse nieuwe wet op de cassatie noemt de overschrijding van rechtsmacht niet meer als afzonderlijke cassatiegrond, door de algemene formule „schending van het recht" als grond voor cassatie aan te nemen.

108. DE ONBEVOEGDHEID EN DE OVERSCHRIJDING VAN RECHTSMACHT.

Voor de Kongolese districtsrechtbanken heeft de bepaling van het begrip wel praktisch belang, en meer bepaald de vraag of de overschrijding van rechtsmacht gerekend mag worden tot de onbevoegdheid, vermits deze laatste in artikel 35, 2°, als vernietigingsgrond genoemd wordt. Elke machtsoverschrijding is een onbevoegdheid, volgens SIMONT, zoals elke onbevoegdheid een machtsoverschrijding in zich sluit, vermits in beide gevallen de

(59) *„Le garde des sceaux, ministre de la justice, peut prescrire au procureur général de déférer à la cour suprême les actes par lesquels les juges excèdent leurs pouvoirs. Les parties sont mises en cause par le procureur général qui fixe les délais pour produire leur mérite ampliatif de défense ; le ministère d'avocat n'est pas obligatoire. La cour suprême annule ces actes, s'il y a lieu, et l'annulation vaut à l'égard de tous."*

(60) Cour suprême du Cameroun, 1 februari 1966, *Penant*, nr. 713-714, 1966, blz. 485.

(61) GARSONNET, VI, nrs. 347-351 ; MARTY, nr. 51 en BESSON, nrs. 2542-2548 en 2558-2568, SIMONT, nrs. 221 en 249 ; Verbr. 12 november 1942, *Pas.* 1942, I, 284. VEEGENS, nr. 71.

rechter de kring van zijn attributies heeft overschreden. SIMONT merkt hierbij op, dat het woord onbevoegdheid meer in het bijzonder voor vonnissen past, terwijl machtsoverschrijding op acten slaat. Voor FAUSTIN HELIE is machtsoverschrijding iets meer dan onbevoegdheid, in de zin dat de rechter bevoegd is, maar handelt boven of buiten de machten hem door de wetgever gegeven. Voor SCHEYVEN is het eveneens meer dan onbevoegdheid, in de zin dat het de onbevoegdheid in zich sluit. De rechter, wiens enige functie erin bestaat recht te vinden en uitspraak te doen in de geschillen betreffende burgerlijke rechten, en betreffende politieke rechten voor zover de wet hierop geen uitzonderingen voorziet, eigent zich een jurisdictie toe die hem niet toebehoort. Die usurpatie wordt onbevoegdheid indien ze geschiedt ten nadele van een andere gerechtelijke autoriteit.

Indien de districtsrechtbank het woord onbevoegdheid in de ruime zin van overschrijding van rechtsmacht opvat, kan zij met art. 35, 2°, reeds veel doen. De overschrijding van rechtsmacht in ruime zin bestaat in al wat de rechter doet hoewel het niet mocht, en al wat hij verzuimt te doen hoewel het gedaan moest worden. Dit sluit in de onbevoegdheid in enge zin, de rechtsweigering, het beslissen over non-petita en ultra-petita, de strooptochten op wetgevend of uitvoerend domein, en naar het besluit van de ontleding van procureur-generaal HAYOIT de TERMICOURT zelfs bepaalde gevallen van schending van de wet.
Uit de gepubliceerde rechtspraak en uit die van de onderzochte parketrechtbanken zullen we nu verschillende gevallen onder ogen nemen.

109. DE SCHENDING VAN EEN PUBLIEKRECHTELIJK BEGINSEL.

De overschrijding van rechtsmacht kan eerst en vooral bestaan uit de schending van een *publiekrechtelijk beginsel* door de rechter ten gronde. Aldus werd geoordeeld dat de inlandse rechtbanken onbevoegd zijn om inschrijvingen te bevelen in de identiteitsboekjes, en bevelen tot het bestuur te richten (62) ; om uitspraak te doen over een kerkelijk huwelijk.

Naar Luba-gewoonte is de inlandse rechtbank anderdeels bevoegd om uitspraak te doen over een actie in vordering van een gewoonterechtelijk ambt (63) ; de inlandse rechtbank acht zich bevoegd om de beslissing van een hoofd te vernietigen (64), houdende afzetting en vervanging van een groepshoofd ; om uitspraak te doen over de afzetting of de handhaving van een dorpshoofd, en over de draagwijdte van zijn politieke bevoegdheden (65) ; om een rechter wegens omkoperij uit zijn functies te ontslaan (66).

(62) Gewestrb. Coq., 11 augustus 1934, *B.J.I.* 1937, 122, noot.
(63) Parketrb. Kabinda, 10 augustus 1950, *J.T.O.* 1951, 147, noot, zie ook : *B.J.I.* 1933, 119 en v.; 1952, 218.
(64) Gewestrb. Kamina, 14 oktober 1933, *B.J.I.* 1936, 259, noot.
(65) Gewestrb. Sandoa, nr. 88, en Hoofdijrb, Mwata Yamvo, nr. 165, 186, en 188, *B.J.I.* 1933, 13 ;
(66) Gewestrb. Sandoa, nr. 92, *B.J.I.* 1933, 14, noot contra.

In de onderzochte vonnissen is de plaats die dergelijke publiekrechtelijke processen innemen in het geheel van de rechtspraak van de coutumiere rechtbanken opvallend wat het rechtsgebied van de parketrechtbank van Kikwit betreft. Een voorbeeld geeft ons KIKWIT 1957, 10 : de eiser, dorpshoofd, dagvaardt het groeperingshoofd om zich het *„tribut des notables"* te horen toekennen. De gewestrechtbank van Masi Manimba wijst de vordering af : *„Kamanda est le chef du village Kikoshi et rien de plus"*. Een voorziening van Kamanda wordt door de parketrechtbank verworpen.

110. DE RECHTSWEIGERING. HET NIET-UITPUTTEN VAN DE RECHTSMACHT.

Zij kan eveneens bestaan uit de schending van een *fundamentele regel van de rechtsbedeling.* De *rechtsweigering* kan aldus beschouwd worden als een overschrijding van rechtsmacht. De gewestrechtbank van het geannexeerde gebied van Leopoldstad verklaarde zich onbevoegd in een geding over Bahumbugronden, *„attendu qu'aucune enquête politique préalable n'a été entreprise"*. Ambtshalve wordt het vonnis vernietigd door de parketrechtbank, die het rechtsweigering (deni de justice) noemt.
Het geding waarvan het voorwerp uitgemaakt wordt door de bepaling van de rechten die de eiser, een dorpshoofd, beweert te hebben op grond waarop ook de verweerder aanspraak maakt, moet beslecht worden (LEOPOLDSTAD 1958, 107).

In beroep van de secundaire rechtbank van de Mongo–Luala beslist de gewestrechtbank van Luozi dat de betwiste gronden medeëigendom zijn van de partijen in het geding. De parketrechtbank van Thysstad vernietigt die uitspraak, omdat ze niet geschiedde krachtens de bewijzen die voor de medeëigendom zouden aangevoerd zijn, maar omdat de rechtbank niet heeft kunnen uitmaken wie eigenaar van de grond was (67).

De gewestrechtbank besliste de grond te verdelen volgens een lijn die haar billijk leek. Tegen deze uitspraak kwam verweerder op in vernietiging. Hij klaagde erover dat die zogezegd billijk bepaalde grens niet die was die door de voorouders was achtergelaten, namelijk de rivier Lubimvu, en beweerde dat de andere partij zijn zoon was, dat die lieden zijn slaven waren. De billijkheidsuitspraak werd vernietigd : *„attendu qu'il ne statue pas sur le fond du litige, ne vidant donc pas sa saisine, ne répond pas aux arguments des parties, et ne motive pas la condamnation aux frais"* (BOMA 1959, 117).

In een zaak van een gestolen fotoapparaat wordt ook om die reden vernietigd : *„attendu que le tribunal de centre de Matete n'a pas statué sur*

(67) THYSSTAD, 1957, 16. Dit kwam meer dan eens voor. Zie bijvoorbeeld BOMA 1957, 84 : *„attendu que le tribual a statué ultra petita ; qu'il a nonobstant les conclusions partagé le terrain (. . .)"*

une partie de la plainte" (LEOPOLDSTAD 1957, 11). Een straf werd uitgesproken, maar over de burgerlijke vordering werd met geen woord gerept. Aan de rechtsweigering verwant is het gebrek van het vonnis dat erin bestaat de zaak niet volledig af te handelen, hetgeen de parketrechtbanken noemen *„omettre de vider sa saisine"* (68).

Aldus beperkte een vonnis van de gewestrechtbank van Kikwit zich ertoe, het sectorhoofd te gelasten het woud waarover betwisting bestond, op billijke wijze te verdelen tussen de eiser en de verweerder, volgens een zichtbare lijn. Het werd vernietigd (KIKWIT 1959, 6), *„attendu que le tribunal de territoire devait décider à qui appartenait la forêt ; qu'il a confié à l'autorité administrative la mission contentieuse légalement réservée exclusivement aux tribunaux indigènes, qu'il n'a pas vidé sa saisine ; (. . .)"*.

Het vonnis van de centrumrechtbank in een echtscheidingszaak wordt vernietigd (KIKWIT 1959, 36) omdat, nadat in de motivering het lot van de kinderen was aangeraakt, hieromtrent geen beslissing werd genomen : *„attendu que le tribunal n'a pas vidé sa saisine"*.

Mayala had bij een openbare verkoop het huis gekocht dat met kredieten van het voorschotsfonds (F.A.) door Bangamba op zijn perceel gebouwd was. Mayala dagvaardt de vroegere eigenaar, die het huis niet wil verlaten, bewerende dat de openbare verkoop onregelmatig gebeurde. De gewestrechtbank van Leopoldstad weigert zich uit te spreken voordat het geschil tussen de verweerder en het bestuur beslecht is door de rechtbank van eerste aanleg. Dit vonnis wordt vernietigd, *„attendu que le tribunal valablement saisi de la demande de Mayala a omis de vider sa saisine"* (LEOPOLDSTAD 1957, 22).

In een geding nopens een ondernemingscontract luidde de grond van de voorziening dat de centrumrechtbank nagelaten had het verweer te beantwoorden. De parketrechtbank was van oordeel dat uit de in het zittingsblad vermelde verklaring van de verweerder *(„je sais qu'il me reste à donner 1.252 fr, mais à une condition qu'il finisse son travail")* immers opgemaakt kon worden dat hij een reconventionele eis instelde, die onbeantwoord bleef (LEOPOLDSTAD 1959, 19).

In een geschil nopens jachtrechten (het ging om een aanspraak van een hoofd op een luipaardhuid) werd eveneens om die reden vernietigd : *„attendu que le tribunal n'a finalement statué qu'à l'égard de la partie intervenante, qu'il a omis de statuer sur la demande dont il était saisi"* (KIKWIT 1957, 35) (69).

(68) Bij voorbeeld : THYSSTAD, 1957, 6 ; 1958, 3 ; KIKWIT 1959, 4 ; BOMA 1958, 31 en 65 ; hetzelfde geldt voor in de tekst behandelde gevallen.
Een kleine statistiek van de onderzochte rechtbanken, betreffende de gevallen waarin uitdrukkelijk wegens het niet-afdoen van de zaak vernietigd werd.

(69) Zie eveneens : BOMA, 1958, 61 (*„attendu que le tribunal omit de statuer quant au point de la demande relative aux 3 autres terrains"*) en 147 ; LEOPOLDSTAD 1958, 90.

„Le tribunal saisi accessoirement d'une question d'impenses, déclare qu'il ne se prononce pas et refuse de vider sa saisine" (LEOPOLDSTAD 1959, 29). De sectorrechtbank die zich onbevoegd verklaarde om te beslissen over de terugvordering van een perceel, is inderdaad wel bevoegd om over bijbouw uitspraak te doen.

De gewestrechtbank van Leopoldstad stelde vast dat er geen huwelijk bestond tussen de partijen, en veroordeelde de broeder van de vrouw tot 1.000 fr boete wegens *"tromperie à la dot"*. Op aanvraag van de man wordt dit vonnis vernietigd (LEOPOLDSTAD 1958, 81), omdat de rechtbank de mogelijkheid van een putatief huwelijk niet in overweging heeft genomen : *„attendu que le jugement aurait du normalement aborder l'étude de cette question ; que le tribunal n'a pas totalement vidé le fond de l'affaire (. . .)"*.

In een perceelszaak had dezelfde rechtbank nagelaten een beslissing te treffen nopens de gebouwen die op dat betwiste perceel door een niet-eigenaar van de bezettingstitel was opgetrokken ; om dezelfde reden wordt verbroken (LEOPOLDSTAD 1958, 57).

Volgens de rechtspraak van de parketrechtbank deed een coutumiere rechtbank een geding dat regelmatig bij haar aanhangig werd gemaakt niet af, indien zij naliet een uitdrukkelijk geformuleerde eis of verweer te beantwoorden (70). *„Viole les droits de la défense et n'est pas motivé, le jugement qui n'a pas statué sur une partie des prétentions de la défenderesse"* (71). *„Commet un déni de justice, le tribunal qui renvoie pour arrangement amiable une contestation ayant pour objet le maintien d'un mariage polygamique."* (72) *„Le tribunal saisi d'une demande en divorce doit statuer sur cette demande sous peine de violation d'une forme substantielle prescrite par la loi."* (73) *„Le tribunal régulièrement saisi doit vider sa saisine et statuer sur chacun des chefs de la demande. Faute de le faire, son jugement doit être annulé pour violation de formes substantielles prescrites par la coutume ou par la loi"* (74).

De parketrechtbank waardeerde terecht zelf de punten waarop het geschil berustte, om na te gaan of de rechter ten gronde wel degelijk de zaak afgedaan had. Hierbij ging hij soms te ver, door de juistheid van de oplossing die door de rechter ten gronde aangehouden werd, in het gedrang te brengen. We komen hierop terug wanneer we het motiveringsgebrek zullen bespreken dat erin bestaat niet te antwoorden op een middel van partijen, wanneer we aldaar de mogelijkheid van censuur van het „inadequate antwoord" zoals dat voor het Belgische Hof van verbreking heet, zullen verwerpen.

(70) Deze vernietigingsgrond mag niet worden verward met het niet-beantwoorden van een rechtsmiddel (*„un moyen"*), bevat in regelmatig genomen besluiten, waarover we het zullen hebben bij de behandeling van de motiveringsgebreken. Hier gaat het om de eis of het verweer zelf, terwijl het rechtsmiddel slechts de noodzakelijke steun ervan is (BESSON, nr. 849).
(71) Parketrb. Opper-Kat., 12 december 1951, *J.T.O.* 1952, 98, noot.
(72) Parketrb. Urundi, 3 november 1949, *J.T.O.* 1950, 33, noot.
(73) Parketrb. Opper-Kat., 14 april 1949, *B.J.I.* 1949, 136.
(74) Parketrb. Elis., 19 mei 1937, *B.J.I.* 1940, 315.

111. DE NIET-TOEPASSING VAN HET GEWOONTERECHT. ANDERE GEVALLEN.

Men kan een schending van een fundamentele regel van de rechtsbedeling zien in het *toepassen van de billijkheid* in plaats van de gewoonterechtsregels ter zake (75). Begaat een overschrijding van rechtsmacht, de coutumiere rechtbank die bepaalt dat de uitspraak niet uitvoerbaar zal zijn (76) ; die een vonnis van een lagere rechtbank herziet wanneer de revisietermijn verstreken is (77) ; die veroordeelt wegens het niet-gehoorzamen aan het bevel van een hoofd indien voor die verplichting geen basis bestond noch in de wet, noch in de gewoonte (78). Eveneens de voorzitter van de hoofdijrechtbank die tegen weerbarstige rechtsonderhorigen een arrestatiebevel aflevert zonder voorafgaand advies van de rechtbank (79). Begaat geen machtsoverschrijding, de rechtbank die verlenging van termijnen verleent (80) ; die bij overspel slechts de medeplichtige veroordeelt, en op aanvraag van de man niet de vrouw (81).

112. DE SCHENDING VAN HET BEGINSEL VAN DE BESCHIKKINGSMACHT VAN DE PARTIJEN.

Een fundamenteel beginsel van de rechtsbedeling waarover in het bijzonder door de parketrechtbanken gewaakt werd, is *het beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen* in het geding. De geschrevenrechtelijke rechtspleging wordt beheerst door het beginsel, dat een geding door de partijen gevoerd wordt. Dit beginsel, dat in Italië *principio dispositivo* en in Duitsland *Verhandlungsmaxime* genoemd wordt, is verbonden aan het accusatoire karakter van de burgerlijke rechtspleging (82). Het werd aan de rechtspleging van de gewoonterechtbanken opgelegd door de vernietigingsrechtspraak van de parketrechtbanken, zoals we hierna zullen zien. Talrijk zijn de voorbeelden waarin een schending van het beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen door de parketrechtbanken bestraft werd, echter langs een ander rechtsmiddel om, – meestal wegens schending van een wezenlijke vorm. Voor het Belgische Hof van Cassatie werd de schending van

(75) Gewestrb. Masisi, *B.J.I.* 1941, 77 ; Parketrb. Opper-Lomami, 5 augustus 1949, *B.J.I.* 1951, 126, noot. Cfr. infra nr. 363 v.
(76) Parketrb. Kibali-Ituri, 30 mei 1942, *B.J.I.* 1943, 37 noot.
(77) Parketrb. Opper-Katanga, 18 mei 1955, *J.T.O.* 1956, 78.
(78) Parketrb. Kabinda, 19 oktober 1950, *J.T.O.* 1951, 148, noot ; zie ook : Gewestrb. Basankusu, 29 mei 1935, *B.J.I.* 1937, 96.
(79) Costermanstad, 5 februari 1935, *Rev. Jur.* 1935, 155.
(80) Parketrb. Lualaba, 2 juli 1954, *J.T.O.* 136.
(81) Parketrb. Opper-Katanga, 7 juli 1954, *J.T.O.* 1956, 54.
(82) RIGAUX, nr. 32. Deze bewering moet weliswaar verzacht worden. Op het burgerlijk proces moet het inquisitoir beginsel toegepast worden indien de uitspraak een „constitief" gevolg zal hebben wat de staat der personen betreft.

het beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen eveneens op onrechtstreekse wijze gesanctioneerd, hetzij namelijk langs de schending om van de bewijskracht van geschreven akten (dagvaarding of besluiten), hetzij wegens een motiveringsgebrek (niet-beantwoording van een punt der besluiten).

De bedoelde miskenning nam de volgende vormen aan :

a) basering van de uitspraak op feiten die niet aan de waardering van de rechtbank werden onderworpen ;
b) uitspraak over een punt dat niet gevraagd was (non petita, ultra petita) ;
c) het opwerpen van een betwisting die geen enkele partij had opgeworpen, in de zaken die niet tot de openbare orde behoren.

De onderzochte rechtspraak levert er volgende voorbeelden van :

a) in een publiekrechtelijk geschil : *„attendu que le tribunal de territoire constate que le conseil de secteur s'est réuni et a désigné Ntara comme chef de groupement ; attendu que c'est l'unique argument pour débouter le demandeur ; que sa plainte porte justement sur le droit au titre de chef de groupement ; que le tribunal n'a pas statué sur l'objet réel de la demande"* (KIKWIT 1958, 53).

De rechtbank mocht zich niet baseren op persoonlijke kennis van feiten buiten het dossier om (83).

b) Een paar voorbeelden van non-petita :

Een geschil over grondbezit was begonnen met een vordering tot vergoeding wegens bouw op andermans grond. In de loop van het proces had de eiser van die vergoeding afgezien, maar de investituur over de grond gevraagd, waarbij de verweerder akkoord ging. Niettemin veroordeelde de gewestrechtbank van Seke–Banza de verweerder tot een vergoeding van 5.606 fr voor de gebouwen, en weigerde de investituur, bewerende hier onbevoegd toe te zijn. De parketrechtbank van Matadi vernietigt het vonnis, *„attendu qu'il a été statué au delà de la demande"* (MATADI 1959, 38).

In een echtscheidingsgeding had de gewestrechtbank het vonnis van de centrumrechtbank, dat vaststelde dat er geen huwelijk bestond, hervormd en, na het bestaan van het huwelijk erkend te hebben, de man veroordeeld tot de betaling van dotale waarden. Dit vonnis schond een substantiële door de wet voorziene vorm door *„outre à la demande"* te gaan, meende de parketrechtbank van LEOPOLDSTAD (1958, 147).

Vernietiging wegens beslissing ultra-petita : (84) uit het zittingsblad en het verhoor van de eiser blijkt dat de rechtbank zich slechts over de eigendom van het bos Manzumsi moest uitspreken (KIKWIT 1958, 36 ; zie ook BOMA 1958, 41 ; 1959, 26). Een voorbeeld van een vernietiging wegens non-petita in een grondenzaak : *„attendu que le tribunal a dépassé les limites*

(83) Zie bijvoorbeeld : Verbr. 12 maart 1965, 734.

(84) We geven de cijfers van de gevallen uit de onderzochte rechtspraak, waarin uitdrukkelijk om uitspraak *ultra petita* vernietigd werd :

de ses pouvoirs ; qu'il aurait du demander l'accord de chacune des parties sur l'abandon de ses droits sur le terrain de l'autre partie et vice-versa ; que l'objet du litige a un caractère civil et qu'il ne peut être tranché d'office sur le transfert d'un droit non contesté sans l'accord de son auteur ; que le tribunal n'a pas motivé pourquoi il prenait cette décision d'office" (BOMA 1958, 124).

Om alle inbreuken op het beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen te doen bestraffen, acht Prof. RIGAUX (nr. 194) het wenselijk dat het hoogste gerechtshof zich de macht zou toekennen de stukken der rechtspleging zelf, waarin de partijen op soevereine wijze de jurisdictiemacht van de rechtbank bepaalden, te interpreteren. Dit deden de parketrechtbanken, met inachtneming van het feit dat de conclusies meestal slechts mondeling werden genomen. Een vooruitgeschoven post van dit toezicht bestond erin, op straf van nietigheid te eisen dat deze besluiten in het zittingsblad geacteerd zouden staan. Aldus werd ambtshalve een vonnis door de parketrechtbank van Leopoldstad vernietigd, omdat de substituut bij een controle had vastgesteld dat de plaats die in het zittingsblad voorbehouden was, voor de verklaringen van de eiser, door een fout van de griffier blanco gebleven was (LEOPOLDSTAD 1958, 60). De parketrechtbank kende zich eveneens de macht toe, om de juistheid van de weergave van de meldingen in het zittingsblad na te gaan. Aldus beweerde in een voogdijzaak de eiser in vernietiging dat het zittingsblad zijn verklaringen onjuist weergaf. De verweerster werd gehoord, en de bewering van de eiser werd waar bevonden, zodat vernietiging mogelijk werd (LEOPOLDSTAD 1959, 28).

Het is wel gebeurd dat een parketrechtbank weigerde op grond van ultra-petita te vernietigen. Instructief is de redengeving : *„attendu que les tribunaux indigènes ne connaissent pas la notion de saisine comme en droit écrit, que le tribunal coutumier saisi d'un litige doit le trancher dans son ensemble de façon à régler également les litiges connexes à l'affaire principale et qui viendraient s'y joindre en cours d'instance ; que le tribunal tend ainsi à mettre au point l'ensemble de la situation ; attendu que cette procédure coutumière n'a rien de contraire à l'ordre public universel, ni aux principes d'humanité, ni à l'équité, pourvu que les parties qui sont impliquées dans le litige aient connaissance de ce qui leur est reproché et soient mises dans la possibilité de se défendre"* (LEOPOLDSTAD 1957, 7) (85).
Wegens ultra-petita zou dus slechts mogen vernietigd worden indien er in casu schending van de rechten van de verdediging heeft plaatsgehad. Een gepubliceerd vonnis van de parketrechtbank van Kabinda blijkt in die rich-

(85) Cfr. VERDIER, blz. 112.

ting te gaan : *„le tribunal ne peut sortir des limites de la prétention originaire du demandeur, puisque la défense n'a pu porter que sur cette prétention"* (86).

c) Indien een rechtbank een geschil naar voren brengt, dat geen enkele partij had opgeworpen, in een materie die de openbare orde niet raakt, schendt zij het beginsel van de beschikkingsmacht der partijen. Een voorbeeld hiervan is het ambtshalve inroepen van het gezag van gewijsde. Hiervoor wordt door een hof van cassatie verbroken (87). In de onderzochte rechtspraak van de parketrechtbanken vonden we slechts één geval waarin om deze reden vernietigd werd : een gewestrechtbank hervormde het aangevochten vonnis van de sectorrechtbank en bevestigde, zonder dat een partij dit verweer gevoerd had, het dispositief van een vroeger vonnis van de gewestrechtbank dat gezag van gewijsde genoot. Dit vonnis wordt vernietigd : *„attendu que le tribunal rejette sans motiver la valeur du supplément qu'apportait (le jugement réformé du tribunal de secteur) au jugement – (antérieur du tribunal de territoire)"* (THYSSTAD 1958, 53).
Geregeld wordt het beginsel gesteld : *„attendu que le tribunal ne doit pas soulever l'exception de l'autorité de la chose jugée d'office"* (Zaak *Mavakala t. Guayi Marie*, Thysstad 19 november 1956, nr. 96 ; THYSSTAD 1957, 1 ; LEOPOLDSTAD 1958, 89 ; aantekening van de procureur-generaal bij THYSSTAD 1958, 51). In weerwil van deze stelling moet opgemerkt worden dat de parketrechtbanken zelden wegens deze schending van de beschikkingsmacht der partijen vernietigen.
In THYSSTAD 1957, 64 en 1958, 58 bijvoorbeeld wordt door de lagere rechter ambtshalve het beginsel van het gezag van gewijsde ingeroepen. In beide gevallen wordt echter de voorziening tegen dat vonnis verworpen. In beide gevallen ook blijkt de procureur des konings in een observatienota kritiek uit te brengen op die beslissing, de eerste maal opmerkend dat het beginsel niet tot de openbare orde behoort, en de tweede maal meer expliciet : *„le tribunal de territoire devait déclarer la demande irrecevable sur base de l'exception de la chose jugée, sauf si les parties renonçaient de commun accord à s'en prévaloir"*.

113. DE TOEPASSING VAN ANDERE DAN DOOR HET D.I.R. VOORGESCHREVEN STRAFFEN.

Tot de gevallen van overschrijding van rechtsmacht kunnen ook sommige beslissingen van coutumiere rechtbanken gerekend worden, die bij

(86) Parketrb. Kabinda, 3 januari 1950, *J.T.O.* 1951, 188, noot.
(87) Verbr. 29 oktober 1964, *Pas.* 1965, 219 (op grond van schending van artikel 1350, 3° en 1351 van het burgerlijk wetboek).

inroeping van artikel 35, 4° van het decreet dat vernietiging voorzag voor het uitspreken van andere dan door het decreet toegelaten sancties, tot (partiële) nietigheid van het vonnis aanleiding geven. Aldus het opleggen van een lijfsdwang van twee maanden voor de weigering om het vonnis uit te voeren (88) ; het stellen van de schuldige onder bijzonder toezicht van de centrumpolitie (89) ; het opleggen van een verblijfsverbod (90) ; het bevelen van relegatie, een maatregel die door de wetgeving aan het bestuur werd voorbehouden (91) ; het bevelen van uitdrijving van een polygaam uit het gewest (92) ; het terugzenden naar het gewoonterechtelijk midden (93) ; het opleggen van samenwoning met een man, op straffe van lijfsdwang (94) ; het verbod het gewest te verlaten vóór de betaling van de opgelegde vergoeding (95) ; het opleggen van een boete waarvan het bedrag niet bepaald wordt en van een bijkomende gevangenisstraf die aan de willekeur wordt overgelaten (96).

Het opleggen van een boete nadat verjaring was ingetreden naar luid van artikel 24, 1° van het strafwetboek (KIKWIT 1957, 7) ; het opleggen van een boete die hoger is dan het in de toe te passen tekst toegelaten maximum (THYSSTAD 1958, 70) ; het opleggen van een collectieve boete (BOMA 1957, 76).

Niet alle gevallen waarin formeel wegens artikel 35, 4° van het decreet vernietigd werd, zijn onder de hoofding overschrijding van rechtsmacht te rangschikken. Soms ging het eigenlijk om schending van het gewoonterecht (zoals bij het opleggen van gevangenisstraf indien naar gewoonterecht slechts een boete voorzien was) (97), of van de wet (zoals bij de vernietiging van het huwelijk op grond van het decreet van 9 juli 1936, terwijl de tekst slechts de cohabitatie met een onvolwassen meisje verbiedt : KIKWIT 1957, 11), of zelfs om een motiveringsgebrek (zoals het vonnis dat slechts tot de kosten veroordeelde in het dispositief, zonder enige andere bepaling : LEOPOLDSTAD 1958, 93).

Hier volgen de cijfers uit de onderzochte rechtspraak omtrent de gevallen waarin formeel op grond van artikel 35, 4° van het decreet vernietigd werd.

(88) Parketrb. Kasongo, 10 augustus, 1935, *Rev. Jur.* 1935, 211.
Parketrb. Lualaba, 8 maart 1958, *J.T.O.* 1959, 125, noot.
(89) Parketrb. Opper-Luapula, 24 juni 1953, *J.T.O.* 1956, 77.
(90) Parketrb. Opper-Lomami, 7 mei 1954, *J.T.O.* 1956, 47.
(91) Parketrb. Alb., 17 januari 1937, *B.J.I.* 1942, 204 ;
Parketrb. Coq., 11 augustus 1941, *Rev. Jur.*, 200.
(92) Parketrb. Opper-Katanga, 13 juli 1954, *J.T.O.* 1956, 46.
(93) Parketrb. Opper-Lomami, 23 juli 1954, *J.T.O.* 1956, 59 (ingeval van niet vervoeging van het echtelijk dak) ;
Parketrb. Opper-Katanga, 28 januari 1955, *J.T.O.* 1955, 169, ook blz. 135, noot (bij echtscheiding).
(94) Parketrb. Cost., 14 november 1942, *B.J.I.* 1943, 63, noot.
(95) Parketrb. Kivu, 10 januari 1947, *B.J.I.* 1947, 29.
(96) Parketrb. Lualaba, 28 augustus 1941, *B.J.I.* 1942, 253.
(97) Parketrb. Tanganyika, 16 oktober 1954, *B.J.I.* 1958, 267.

TABEL 10

DE VERNIETIGINGEN OP GROND VAN ARTIKEL 35, 4° D.I.R.

Leopoldstad	1958 / op 38 vernietigingen	: 1	– slechts veroordeling tot de kosten
Kikwit	1957 / op 15	: 2	– verjaring; burgerlijke sanctie van nietigheid
Thysstad	1958 / op 35	: 21	– boete hoger dan wettelijk maximum
Boma	1957 / op 31	: 1	– collectieve boete
Kenge	1957 / op 4	: 3	– idem als voor Thysstad.

Op deze grond werd dus zelden een beroep gedaan. Indien men deze grond wil rangschikken onder de cassatiegronden, kan men zeggen dat het soms gaat om een overschrijding van rechtsmacht en soms om een fout gemaakt bij het toepassen van een regelmatig gekozen regel, die erin bestaat verkeerde juridische effecten te hechten aan correct gekwalificeerde feiten krachtens een bevoegde rechtsregel (inbreuk op het beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen, schending van het dispositief van de rechtsregel, schending van een ervaringsregel) (98).

(98) RIGAUX, nr. 131, 5°.

Afdeling II DE SUBSTANTIELE VORMGEBREKEN

„De vorm is tweelingbroer van de vrijheid".
R. von Ihering

„Wie zich van de vorm bedienen kan, maakt er zich een koord van om de onervarene te wurgen".
R. von Ihering

§ 1. Het begrip substantiële vorm

A. VERBREKING WEGENS VORMGEBREKEN

114. RECHTSHISTORISCHE EN RECHTSVERGELIJKENDE TEKSTEN. De oudste continentale wetteksten onderscheidden twee voor rechtzetting door het Hof van verbreking vatbare grieven, traditioneel cassatiegronden genoemd : de schending van de wet en de schending van de vormen die zowel ter beveiliging van de rechten van de burgers als voor de goede werking van het gerecht als onmisbaar beschouwd werden.

Bij de Raad van de koning, waarvan het Franse hof van cassatie als de opvolger beschouwd wordt (99), en door wie de vonnissen en arresten *„qui seront donnés contre la disposition de nos ordonnances, édits et déclarations"* en namelijk die welke vormonregelmatigheden inhielden, verbroken konden worden (100), blijven we niet stilstaan. Het *Tribunal de cassation* volgde naar luid van de wet van 27 november – 1 december 1790 de *Conseil des parties* op (artikel 30). Artikel 3 bepaalt :

„Le Tribunal de cassation annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées ... et jusqu'à la formation d'un code unique des lois civiles, la violation des formes de procédures prescrites sous peine de nullité ... donnera ouverture à cassation".

(99) Deze afstamming wordt betwist, namelijk door LECLERCQ P., en CORNIL L. Zie : LECLERCQ P., *De la cour de cassation*, Brussel 1925, blz. 5 en v. ; CORNIL L., *La cour de cassation, ses origines et sa nature*, Bull. arrêts Cour de cassation, *1948, blz. 7 en v.*

(100) Ordonnantie van april 1667, artikel 8 van Titel I, aangehaald door CREPON, *Du pourvoi en cassation*, Parijs, 1892, I., blz. II.

Ter interpretatie van deze wet besloot een decreet van 4 germinal jaar II dat voortaan elke schending of elke veronachtzaming van sinds 1789 door decreten der volksvertegenwoordigers voorgeschreven vormen tot cassatie aanleiding zou geven, zelfs indien niet uitdrukkelijk de straf van nietigheid vermeld werd. Artikel 55 van de grondwet van 5 fructidor jaar III, waarbij het directorium ingesteld werd, bepaalt :

„Le Tribunal de cassation ne peut jamais connaître du fond des affaires, mais il casse les jugements rendus sur des procédures dans lesquelles les formes ont été violées, ou qui contiennent une contravention expresse à la loi . . ."

Met verbreking voor schending van vormen wordt eveneens gedreigd door de grondwet van 22 frimaire jaar VIII, waarvan artikel 66 de termen van het zojuist aangehaalde artikel 55 heropneemt. En toen door senatusconsult van 28 floreal jaar XII het *Tribunal de cassation* Hof van cassatie werd, veranderde er niets wat de sanctie van de vormgebreken betreft. Het Franse wetboek van burgerlijke rechtspleging (artikel 480) en het wetboek van strafvordering (artikel 408) voorzien verbreking en rekwest-civiel in geval van verzuim of schending van op straf van nietigheid voorschreven vormen. Sprekende van de Hoven van beroep bepaalt de wet van 20 april 1810, die in België nog steeds van kracht is :

„leurs arrêts quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse de la loi. Les arrêts qui ne sont pas rendus par le nombre de juges prescrits, ou qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou qui n'ont pas été rendus publiquement ou qui ne contiennent pas les motifs sont déclarés nuls" (artikel 7).

Artikel 51 van de wet van 23 juli 1947 regelt de voorziening in verbreking in het belang van de wet tegen uitspraken *„contraires aux lois ou aux formes de procéder"*. In België verschijnen voor het eerst de twee begrippen van substantiële vorm en van op straf van nietigheid voorgeschreven vorm, namelijk in de organieke wet op het verbrekingshof van 1832. De oorsprong ervan zal wel te zoeken zijn in de met de Nederlanders gemeenschappelijke parlementaire discussies van vóór 1830, meent VEEGENS (nr. 100). Volgens artikel 17 van deze wet verbreekt het Hof :

„les arrêts et jugements qui contiennent quelque contravention expresse à la loi ou qui sont rendus sur des procédures dans lesquelles les formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, ont été violées . . .".

Procureur-generaal M. LECLERCQ, toenmalig lid van de kamer van volksvertegenwoordigers en verslaggever van het ontwerp dat de wet van 4 augustus 1832 worden zou, verklaarde dat het om klaarheid te scheppen was,

en om de jurisprudentiële traditie die het begrip uitgewerkt had wettelijk te bevestigen, dat de centrale afdeling de schending van de substantiële vormen als verbrekingsmiddel bij die van de op straf van nietigheid voorgeschreven vormen voegde (101).

Het begrip substantiële vorm verschijnt in de Nederlandse teksten slechts met de nieuwe wet op de cassatie van 1963, waarvan het art. 99 de eerste grond van cassatie als volgt omschrijft : „wegens verzuim van vormen voor zover de niet-inachtneming daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm". De Nederlandse jurisprudentie had van oudsher in dezelfde zin geoordeeld op grond van de beraadslagingen over het oude wetboek van strafvordering van vóór 1830.

Beide begrippen vindt men weer in artikel 20 van de Belgische wet van 25 maart 1876 op de bevoegdheid. In Kongo trof men ze aan in de artikels 66, 72 en 99 van het decreet van 9 juli 1923 op de gerechtelijke organisatie en de bevoegdheid, waarbij bepaald werd dat het beroep tegen vonnissen van politie-, districts- en parketrechtbanken steeds mogelijk was indien substantiële of op straf van nietigheid voorgeschreven vormen geschonden werden of verzuimd bleven.

Het vormgebrek, dat in 1926 krachtens de wet bestraft werd door het Belgische en Franse verbrekingshof en naar een meer dan honderdjarige rechtspraak door de Franse raad van state, en dat reeds voorzien was door het Kongolese decreet op de rechterlijke organisatie en de bevoegdheid, moest logischerwijze eveneens een grond uitmaken voor het instellen van de vordering tot nietigverklaring van door gewoonterechtbanken gewezen vonnissen. Artikel 33 D.I.R. bepaalde dan ook dat vernietiging zou volgen bij schending van substantiële, door gewoonte of wet voorgeschreven vormen. Alinea 3, § 1, van het huidig artikel 35 D.I.R. luidt nog steeds : *„Les jugements rendus par les tribunaux sont, à la requête du ministère public, susceptibles d'annulation par le tribunal de district : ... 3° s'il y a eu violation des formes substantielles prescrites par la coutume ou par la loi"* (102).

115. VORM EN VORMELIJKHEID.

„Les formes", schrijft G. PAPON, *„en matière de procédure, sont les règles dont la loi impose l'observance aux plaideurs et aux juges pour que*

(101) *Pasinomie*, noot onder artikel 17 van de wet van 4 augustus 1832.
De schending der vormen is eveneens voorzien in de wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof (artikel 13).

(102) Het huidige nummer 3 van § 1 van artikel 35 vormde tot het decreet van 17 maart 1938 het nummer 2 van artikel 33, dan het nummer 2 van artikel 35. Bij de wijziging door het decreet van 16 september 1959 werd het nummer 3, omdat het oorspronkelijk nummer 1 in tweeën gesplitst werd.

soient garanties en justice, le respect et la sanction des droits des particuliers. Ces règles, qui sont indispensables à une bonne administration de la justice, ont pour objet essentiel de préserver les droits de la défense, de sauvegarder la loyauté des débats et d'assurer la rectitude des jugements." (103). Een geding vereist vormregels. MONTESQUIEU reeds drukte zich als volgt uit over deze noodzaak :

> „Si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien, ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté" (104).

In het continentale Europa van vorige eeuw moet anderdeels wel op een nu voorbijgestreefde vormencultus gewezen worden. De ontwikkeling van het zich-losmaken van de overheersing van de vormen wordt voor Nederland bijvoorbeeld mooi geschetst door FRUIN :

> „De eerste halve eeuw na de invoering van het wetboek gold als axioma, dat naar de letter daarvan moest worden geprocedeerd ; de doctrine en de rechtspraak uit die periode zijn aan die letter gewijd . . . Geen proces werd gevoerd of aan de tegenstander werden alle bedenkbare formele verdedigingen voorgeworpen, die aan het wetboek konden worden ontleend. Geen processtuk kon worden opgemaakt, of de grootst mogelijke voorzichtigheid moest worden inachtgenomen, dat niet over formaliteiten zou worden gestruikeld en daardoor de procedure zoude mislukken. Een procedure werd dientengevolge een behendigheidsspel. Geen man der praktijk zag eenig bezwaar in het opwerpen van vormmiddelen . . . De rechter deed aan die praktijk van ganscher harte mede. Wie de rechtspraak uit die periode raadpleegt, zal haast immer een deel van het vonnis of arrest aan vormquestiën zien gewijd, voordat eindelijk het rechtsgeschil wordt onderzocht en – indien het zoover komt – wordt beslist . . .
> (. . .) thans wordt een vormmiddel, wanneer geen uitdrukkelijke wetsbepaling dat volstrekt onmogelijk maakt, gepasseerd" (105).

Het is in een tegenovergestelde context dat de uitspraak van Kongo's vroeger hoogste rechtscollege moest begrepen worden : *„Un formalisme exagéré n'est pas de mise devant les tribunaux Congolais en matière de*

(103) *Répertoire de procédure civile et commerciale,* Dalloz, V° Formes.
(104) *De l'esprit des lois, Boek VI,* Hoofdstuk II, blz. 72, Parijs, Garnier, 1922.
Zie ook : GLASSON & TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile,* derde uitgave, Deel 1, blz. 3 en 4.
(105) FRUIN, Th.A., *Geschiedenis van de wetenschap van het Nederlandse burgerlijk procesrecht na 1811,* in : *Geschiedenis der Nederlandse rechtswetenschap,* I, 1937, blz. 280 v.

procédure. Le législateur a eu soin de ne pas multiplier les causes de nullités et a laissé au juge le soin d'apprécier dans chaque cas en équité si les droits de la défense ont été sauvegardés" (106).

116. DE INVLOED VAN DE GESCHONDEN VORM OP DE GENOMEN BESLISSING.

Een rudiment van deze gewraakte vormencultus meent VEEGENS (nr. 101) nog te bespeuren in de verabsolutering van de cassatiegrond „schending van vormen" : bij vormverzuim kan niet met zekerheid worden vastgesteld dat de beslissing anders zou zijn uitgevallen als het niet was gepleegd. De niet-beëdigde getuige zou vermoedelijk onder ede een gelijkluidende verklaring hebben afgelegd ; het in het openbaar uitgesproken vonnis zou in niets zijn afgeweken van de abusievelijk in raadkamer gegeven beschikking, enz. Toch volgt op niet-naleving van deze vormen onverbiddelijk vernietiging, en verwijzing naar een andere rechter. Een vergelijking dringt zich hier op met de rechtspraak van de Raad van state, die zich integendeel zowel in Frankrijk als in België de macht toeëigent, na te gaan of de niet-naleving van een vorm of de onregelmatigheden bij de naleving ervan begaan, in staat waren een beslissende invloed uit te oefenen op de genomen beslissing.

Aldus verwierp de Belgische Raad van State in het arrest FOULON van 27 november 1950 de vordering tot nietigverklaring van bepaalde benoemingen van opperofficieren, gegrond op de onregelmatige samenstelling van het Hoger bevorderingscomite dat zijn advies nopens de bevorderingsvoorstellen gegeven had, wegens het feit dat zelfs indien het comité volgens de regels was samengesteld geweest, het advies en de benoemingsakte toch dezelfde zouden geweest zijn. In zijn commentaar op dit arrest doet REMION (107) opmerken dat de adviezen van de personen die regelmatig deel uitmaakten van het Comité, misschien beïnvloed werden door die van de personen die er op onregelmatige wijze bij waren. Alhoewel DEMBOUR (108) op theoretisch vlak goedkeurt dat de Raad van State niet wegens schending van een substantiële vorm vernietigt wanneer blijkt dat indien de vorm nageleefd was geworden de beslissing dezelfde ware geweest, meent ook hij dat deze regel in de praktijk slechts met maat en met het grootste onderscheidingsvermogen mag toegepast worden. DE VISSCHER voegt hier aan toe dat het aan het bestuur zou horen te bewijzen dat in casu het vormgebrek zonder invloed bleef : *„La violation des formes constitue en principe une cause de nullité. Dès lors que le requérant a établi l'existence d'une irrégularité formelle, il devient défendeur et*

(106) Conseil suprême du Congo, *Jur. Col.* 1925, blz. 110.
(107) REMION, F., Note d'observations sous arrêt Foulon, *R.J.D.A.*, 1951, blz. 90 ; aangehaald door HAESAERT, *op. cit.*, blz. 43.
(108) DEMBOUR, J., *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, blz. 288.

c'est à l'administration qui prétend échapper à la cause de nullité qu'il appartient d'établir que l'acte n'eût pas été différent si les formes avaient été respectées." (109). Hij meent dat in het boven aangehaalde arrest FOULON dat bewijs te gemakkelijk werd aangenomen en wijst zelfs bepaalde beslissingen aan waarin de Raad van State het bewijs ten laste van de verzoeker legt.

De zienswijze van DE VISSCHER zou theoretisch gezien op judiciair vlak kunnen getransponeerd worden in die zin dat de verweerder die belang heeft het vonnis of arrest te zien standhouden bewijzen moet dat het vonnis niet anders ware geweest indien de vormen geëerbiedigd waren geweest ; of minstens in die zin dat uit de motivering moet kunnen besloten worden, opdat het vonnis of arrest zou standhouden, dat het dispositief niet anders had geklonken indien de vormregel nageleefd was geworden.

In een geval uit de onderzochte rechtspraak van de parketrechtbanken werd geweigerd bij schending van een substantiële vorm te vernietigen, omdat deze zonder invloed was geweest op het vonnis : „*Pour motiver sa décision le tribunal s'est basé uniquement sur le rapport des experts et a décidé que les limites des terres étaient celles indiquées au rapport d'expertise ; l'intervention de Sumbu* (waarover in de voorziening geklaagd werd dat hij tot dezelfde clan als de verweerder in vernietiging behoorde) *est donc sans influence sur la décision du tribunal de territoire ; il n'y a donc pas de vice de forme substantielle.*" (THYSSTAD 1957, 18). We menen dat er wel een substantiële vorm geschonden werd, maar het feit dat dit zonder invloed bleef op de eindbeslissing maakte er geen reden tot vernietiging van. Dit werd in een Zwitserse kantonale wet aldus geformuleerd :

„s'il y a eu violation d'une autre règle de la procédure, postérieurement à l'arrêt ou à l'ordonnance de renvoi, et *si cette violation a été de nature à influer sur la décision attaquée*" (110).

117. DE ONONTVANKELIJKHEID WEGENS GEBREK AAN BELANG.

Aan de regel volgens welke klachten over rechterlijk vormverzuim verworpen worden indien de eiser door dat verzuim niet in zijn belangen kan zijn geschaad omdat bewezen is dat het zonder invloed bleef op de beslissing, is de regel enigzins verwant volgens welke de aanlegger slechts dan met vrucht beroep in cassatie kan instellen indien hij daarbij belang heeft. Deze vragen mogen nochtans niet met elkaar verward worden.

(109) DE VISSCHER, P., Note d'observations sous arrêt François, *R.J.D.A.*, 1949, blz. 157.
(110) art. 405 (f) van de „*Code de procédure pénale du canton de Vaud*", édition annotée par Pierre BOVEN, Lausanne, 1941.

„L'exercice du droit de se pourvoir en cassation est nécessairement restreint par l'application d'une maxime générale du droit : point d'intérêt, point d'action. Tous ceux auxquels la loi a permis un recours en cassation ne peuvent le faire que dans la mesure de leur intérêt ou de l'intérêt qu'ils représentent légalement. Ils ne peuvent donc se pourvoir contre une décision qui ne nuit pas à cet intérêt ; nous verrons même plus loin que le dispositif seul de la décision rendue peut, à ce point de vue, causer un préjudice légal et que le recours en cassation ne peut être dirigé uniquement contre les motifs invoqués par le juge à l'appui de sa sentence.

La maxime que nous venons de rappeler ne limite d'ailleurs pas seulement le droit de se pourvoir en lui-même, il restreint aussi le choix des moyens à employer ; de là cette autre règle, en vertu de laquelle on ne peut demander la cassation pour contravention à des dispositions légales édictées dans un intérêt particulier étranger à celui du demandeur, ou pour des contraventions à la loi qui n'ont pu causer légalement aucun préjudice au demandeur" (111).

Het beginsel dat het voor de eiser van belang ontbloot cassatiemiddel onontvankelijk is, vertoont wat de vormgebreken betreft twee aspecten :

1) *Wanneer een onregelmatigheid of een verzuim (112) de eiser geen nadeel heeft berokkend, heeft deze er geen belang bij dit gebrek aan de kaak te stellen ; het middel is bijgevolg onontvankelijk* (113).

Dit is namelijk het geval wanneer het aangeduide gebrek geen enkele invloed heeft gehad op de *beslissing die ten opzichte van de eiser werd genomen* (114) ; wanneer een inbreuk op de rechten van de verdediging in feite niet schadelijk is geweest voor de verdediging van de eiser (115) ; wanneer de onregelmatigheden werden begaan ten opzichte van andere partijen in de zaak (116) ; wanneer niettegenstaande de onregelmatigheid het dispositief van het aangevochten arrest toch gegrond is (117) ; wanneer het middel gericht is tegen een overbodig motief (118).

Als voorbeeld halen we een citaat aan uit een recent arrest waarin het Belgisch Hof het middel gegrond op een gemis aan motivering onontvankelijk verklaarde, wegens het feit dat dit gebrek slechts een andere partij in het geding had geraakt :

(111) SCHEYVEN, blz. 149. Zie VEEGENS, nr. 42.

(112) De wet van 1876, de rechtspraak en de rechtsleer maken niet het minste onderscheid tussen het volledig weglaten van de vorm of het onregelmatig voltrekken ervan.

(113) Verbr., 29 oktober 1951, *Pas.* 1952, 103 ; Verbr., 10 januari 1955, *Pas.*, 461 ; Verbr., 7 maart 1955, *Pas.*, 748.

(114) Verbr., 8 december 1947, *Pas.*, 523 ; Verbr., 10 januari 1955, *Pas.*, 461.

(115) Verbr., 26 januari 1950, *Pas.*, 361 ; Verbr., 1 december 1952, *Pas.*, 1953, 201 ; Verbr., 20 september 1954, *Pas.*, 1955, 26.

(116) Verbr., 9 juli 1951, *Pas.*, 773 ; Verbr., 16 februari 1953, *Pas.*, 454 ; Verbr., 7 maart 1955, *Pas.*, 748.

(117) Verbr., 8 december 1947, *Pas.*, 523 ; Verbr., 28 mei 1951, *Pas.*, 644.

(118) Verbr., 7 maart 1946, *Pas.*, 96 ; Verbr., 28 maart 1946, *Pas.*, 121 ; Verbr., 21 oktober 1946, *Pas.* 379.

„Sur le premier moyen pris de la violation de l'article 97 de la constitution, en ce que l'arrêt entrepris n'a pas répondu aux conclusions de Struckmayer, coprévenu du demandeur, relatives au défaut d'élément intentionnel : Attendu que Struckmayer invoquait en conclusions un état morbide, d'où il déduisait l'absence, en son chef, de toute intention délictueuse ; qu'ainsi ses conclusions se bornaient à faire valoir une cause de justification personnelle et, partant, étrangère au demandeur ; que le moyen n'est, dès lors, pas recevable" (119).

2) *Onontvankelijk is het middel dat afgeleid wordt uit de schending van een vormregel die voorgeschreven is in een bijzonder belang dat vreemd is aan dat van de eiser.*

Alzo zal in een strafzaak de beklaagde geen verbreking kunnen vragen wegens schending van een regel die niet de bescherming der rechtsonderhorigen tot doel heeft, maar slechts de handhaving van de orde of van de moraal, of het waarborgen van de rechten van de burgerlijke partij.

„Attendu que la demanderesse est sans intérêt à se plaindre de ce que le huis clos, ordonné à une audience, n'ait pas été maintenu à une audience ultérieure ; qu'en effet le huis clos ne fait que restreindre les garanties que la publicité des débats assure à l'inculpé ; et n'est ordonné que dans un intérêt d'ordre et de morale dont l'appréciation appartiennent au juge de fond ; que le moyen n'est pas recevable" (120).

In dezelfde gedachtengang zou een partij het feit niet kunnen aanvechten dat men op onwettelijke wijze te zijne opzichte een rechtspleging heeft toegepast, die precies met het oog op zijn bescherming is ingesteld, bijvoorbeeld dat men ten onrechte een commissie zou geraadpleegd hebben, die ingesteld is voor de verdediging van de belangen van de categorie der burgers waartoe hij behoort.

„Attendu que cette argumentation méconnait le but et la portée de la consultation de la commission fiscale ; que, dans le système de la législation qui était en vigueur à l'époque de la taxation discutée, cette consultation était uniquement destinée à protéger le contribuable contre toute appréciation arbitraire de l'administration ; que s'il se conçoit que, par sa nature même, cette formalité préalable s'imposait à l'administration, à peine de nullité de la taxation d'office, chaque fois que la loi exigeait qu'elle fût observée, on ne voit pas la raison pour laquelle le contribuable aurait à se plaindre de l'application de cette mesure, protectrice de ses seuls intérêts, dans des cas où la loi ne la prescrivait pas" (121).

(119) Verbr., 7 maart 1955, *Pas.*, 748.
(120) Verbr., 20 september 1955, *Pas.*, 1956, 26.
(121) Verbr., 4 november 1946, *Pas.*, 398.

Zeggen we nog dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie niet toelaat te besluiten dat een substantiële vorm dit karakter zou verliezen door afwezigheid van nadelige gevolgen bij de schending ervan. De substantiële vorm blijft substantieel, maar wegens het gebrek aan belang is het cassatiemiddel dat op de niet-naleving ervan gegrond is, onontvankelijk.

B. BEPALING VAN HET BEGRIP SUBSTANTIELE VORM

118. IN HET DECREET OP DE INLANDSE RECHTBANKEN VAN 1926.

Nopens draagwijdte en toepassing van de vordering tot nietigverklaring wegens vormgebreken verschafte de Kongolese wetgever van 1926 geen toelichtingen. De term substantiële vorm laat een vrij ruime interpretatie- en appreciatiemogelijkheid. Het kwam dus aan de rechtsleer toe, en aan de vernietigingsrechtspraak, een theorie van de vormgebreken voor de inlandse rechtbanken op te bouwen. Wat werd er onder substantiële vormen verstaan in het Frans-Belgisch recht toen het decreet op de inlandse rechtbanken uitgevaardigd werd ? Het mag inderdaad verwacht worden dat men zich daarnaar zou wenden bij uitlegging en toepassing van de nieuwe tekst. Twintig jaren later zou de Belgische Raad van State hetzelfde moeten doen in verband met de werking van de door de voorziening in verbreking aan zijn toezicht onderworpen jurisdictionele colleges, wanneer de eerste weken na zijn instelling de vorderingen tot vernietiging op de griffie toekwamen, en het bleek dat de niet-naleving van vormregels een veelvuldig ingeroepen middel zou worden (122).

119. DE OP STRAF VAN NIETIGHEID VOORGESCHREVEN VORMEN.

Men weet dat talrijke Frans-Belgische wetsbepalingen in burgerlijke en strafrechtspleging uitdrukkelijk de nietigheid voorzien in geval van schending van de vormen die ze voorschrijven. In elke titel van die wetboeken eindigen tientallen artikelen met de woorden *„op straf van nietigheid"* of *„alles op straf van nietigheid"*, en verschillende bepalingen hebben tot enig voorwerp de nietigheid voor te schrijven bij niet-naleving van een min of meer lange reeks vormvoorschriften (123). Het lag dus in de lijn der verwachting dat de benaming *„op straf van nietigheid voorgeschreven vorm" uitsluitend zou slaan op de vormvoorschriften* bij schending waarvan door een uitdrukkelijke

(122) HAESAERT, J.P., *op. cit.*, blz. 15.

(123) Cfr. bijvoorbeeld : Belgisch Wetboek Burgerl. Rv., 70 ; Wet van 15 augustus 1854 op de inbeslagneming van renten, artikel 29, Wet van 15 oogst 1854 op de gedwongen onteigening, art. 52 en 78.
Dit is niet het geval voor de Kongolese rechtspleging. Zie Sohier, A., *Droit de procédure congolais*, nr. 33, in : *Les Novelles*, III, blz. 99. Cons. sup., *jur. col.* 1925, blz. 110.

bepaling in wet of verordening de nietigheid werd voorzien. Reeds in het verslag aan de Kamers over het voorstel dat de wet van 4 augustus 1832 (124) zou worden, maakte procureur-generaal LECLERCQ een onderscheid tussen de vormen die uitdrukkelijk *op straf van nietigheid* voorgeschreven zijn, en die *„quoique non prescrites à peine de nullité, dont l'observation doit néanmoins entraîner l'annulation de la procédure"*. Hetzelfde onderscheid wordt door SCHEYVEN (125) en door SIMONT (126) gemaakt.

BONTEMAS verklaart dat de op straf van nietigheid voorgeschreven vormen, in tegenstelling tot de substantiële vormen, *„ne constituent pas une condition indispensable de l'existence des actes, mais qu'en raison de l'intérêt qu'elles présentent la loi attache néanmoins à leur omission la peine de la nullité"* (127). Een blik op de recentste arresten leert ons dat dit door de auteurs gemaakte onderscheid overeenstemt met de traditionele rechtspraak van het Belgische Hof van verbreking. In het algemeen zijn de vormen die het Hof op straf van nietigheid voorgeschreven noemt, die ten opzichte waarvan een wets- of verordeningsbepaling uitdrukkelijk de sanctie der nietigheid voorziet. Als voorbeelden kunnen de regels vermeld worden in betrekking tot de eed van getuigen en vertalers (128), de betekening aan de tegenpartij van het verzoek in cassatie (129), de vermelding in vonnissen en arresten van de vorderingen van het openbaar ministerie (130), de aanduiding der middelen en der geschonden wetten in het verzoekschrift tot cassatie tegen een arrest in verkiezingszaken gewezen (131).

120. DE SUBSTANTIELE VORMEN.

De substantiële vormen zijn die waarvan de niet-naleving niet uitdrukkelijk met nietigheid gesanctioneerd worden, maar die niettemin oorzaak van verbreking van de uitspraak zijn, *„étant considérées comme essentielles au point de vue d'une bonne administration de la justice"* (132). De rechtsleer kenschetst in het algemeen de substantiële vormen als die

> *„qui touchent à l'essence même des décisions judiciaires, à l'obligation de les motiver, à la composition des juridictions, à la publicité des audiences et des*

(124) Zie *Pasinomie*, noot onder art. 17 van de wet van 4 oogst 1832.
(125) SCHEYVEN, blz. 176.
(126) SIMONT, blz. 208 ; V° *Pourvois*, nrs. 501-502.
(127) BONTEMPS, *Traité de la compétence en matière civile, II*, blz. 667.
(128) Verbr., 9 mei 1949, *Pas.*, 344 ; Verbr., 23 mei 1949, *Pas.*, 386.
(129) Verbr., 7 november 1946, *Pas.*, 409.
(130) Verbr., 8 december 1952, *Pas.*, 1953, 226.
(131) Verbr., 8 april 1946, *Pas.*, 146.
(132) FAURES, J., *Pourvoi en cassation en matière répressive*, nr. 253.

jugements, aux éléments principaux de la formule des serments des témoins, interprêtes ou experts, à toutes celles enfin dont l'observation intéresse directement l'ordre public" (133).

De voorgestelde definities van de substantiële vormen, namelijk die *„qui touchent à l'essence même des décisions judiciaires"* (SCHEYVEN, SIMONT), *„qui tiennent à la substance même des actes"* (BONTEMPS), *„essentielles au point de vue de la bonne administration de la justice"* (GENDEBIEN), worden door HAESAERT terecht onnauwkeurig bevonden (134). In zijn proefschrift stelt hij als bepaling voor :

„celles qui, en raison de leur but ou de la nature de leur objet, revêtent une importance telle que leur respect doit être rigoureusement exigé et qu'il s'impose de frapper de nullité tous actes accomplis en violation des règles qui les prescrivent".

Hij behoudt dienvolgens als substantiële vormen :
1° die welke aan de openbare orde raken ;
2° die welke tot voorwerp hebben het waarborgen van de eerbied voor de rechten en de belangen der rechtsonderhorigen.

De auteurs geven talrijke arresten weer die het substantiële karakter erkennen van de regels die de samenstelling der burgerlijke en der strafjurisdicties bepalen, namelijk de samenstelling van een assisenjury ; of die de voorwaarden aangeven waarin een advocaat aan de rechtbank toegevoegd mag worden ; die de motivering van vonnissen en arresten voorschrijven ; die het tegensprekelijk karakter van getuigenverhoor, deskundig onderzoek en plaatsbezoeken regelen ; die de uitwisseling van besluiten oplegt ; die de eedafleggingen regelt, de voorwaarden waarin het sluiten der deuren kan bevolen worden, en die de handtekeningen voorziet die op de zittingsbladen moeten voorkomen (135). Gedurende de laatste jaren kende het Belgische Hoogste Gerechtshof een substantieel karakter toe aan de regels die de samenstelling bepalen van de werkrechtersraden (136), die het horen van het openbaar ministerie opleggen (137) ; aan de ondertekening van de zittingsbladen (138) ; aan de regels betreffende het verhoor van kinderen onder de vijftien jaar in de rechtszaal (139) ; aan de ondertekening van de minuut van het vonnis door de voorzitter (140) ; aan de betekening van de voorziening

(133) SCHEYVEN, blz. 177.
SIMONT, blz. 208 ; *Répertoire pratique*, nr. 502.
(134) HAESAERT, J.P., *La sanction par le conseil d'état des vices de forme entachant les actes administratifs et les décisions des juridictions administratives*, Brussel, 1959, blz. 197.
(135) SCHEYVEN, blz. 178 v.
(136) Verbr., 9 maart 1951, *Pas.*, 462.
(137) Verbr., 12 november 1951, *Pas.* 1952, 136 ; Verbr., 22 maart 1954, *Pas.* 649.
(138) Verbr., 21 april 1952, *Pas.*, 521 ; Verbr., 21 februari 1955, *Pas.*, 675.
(139) Verbr., 1 juni 1953, *Pas.*, 760.
(140) Verbr., 22 maart 1954, *Pas.*, 652.

van het openbaar ministerie aan de partij tegen wie ze gericht is (141). FAYE schrijft over de formele motiveringsvereiste :

> „l'obligation de motiver les jugements est pour le justiciable la plus précieuse des garanties ; elle le protège contre l'arbitraire, lui fournit la preuve que sa demande et ses moyens ont été sérieusement examinés et, en même temps, elle met obstacle à ce que le juge puisse soustraire sa décision au contrôle de la cour de cassation" (142).

De andere vormen die door het Hoogste Gerechtshof als substantieel beschouwd worden, hebben tot doel ofwel een goede rechtsbedeling, waarin onpartijdige vonnissen gewaarborgd zijn, geveld door magistraten die na een nauwkeurig onderzoek van de zaak volmaakt ingelicht zijn ; ofwel de instelling op nauwgezette wijze van gelijkheid tussen de partijen ; ofwel het doen eerbiedigen van de rechten van de verdediging door aan de partijen, aan de beklaagden namelijk, de mogelijkheid te verzekeren in de best mogelijke voorwaarden hun verdediging voor te brengen ; ofwel wat de ondertekeningen betreft, het verschaffen van authenticiteit aan de vonnissen en de stukken der rechtspleging. Om het bijkomend of het substantieel karakter van een vorm te bepalen, neemt het verbrekingshof het voorwerp ervan in beschouwing, het doel waartoe hij opgelegd werd.

> „Attendu que cette formalité (de betekening van de voorziening van het openbaar ministerie) a notamment pour but de permettre au défendeur de vérifier la régularité du pourvoi ; qu'elle se rattache à l'exercice du droit de la défense et qu'à ce titre elle est substantielle . . ." (143).
>
> „*Attendu que cette formalité* (de ondertekening van de minuut door de voorzitter), *prescrite pour donner à la minute de l'arrêt un caractère authentique, est substantielle*" (144).

121. DE NIET-SUBSTANTIELE WETTELIJK VOORGESCHREVEN VORMEN.

Wanneer we anderdeels de door de wet voorgeschreven vormen beschouwen die het Hof niet als substantieel aanziet, namelijk die welke in de lijst van SCHEYVEN (145) voorkomen, constateren we dat het steeds om vormen gaat die eigenlijk niet de goede rechtsbedeling of de bescherming der rechten der partijen tot voorwerp hebben, maar veeleer de inwendige inrichting van de rechtbanken, en die veeleer de goede werking ervan beogen dan

(141) Verbr., 5 oktober 1953, *Pas.* 1954, 68.
(142) FAYE, nr. 82, blz. 106.
(143) Verbr., 5 oktober 1953, *Pas.* 1954, 68.
(144) Verbr., 22 maart 1954, *Pas.*, 652.
(145) SCHEYVEN, blz. 186 en v.

de belangen van de partijen ; deze laatste kunnen door de niet-inachtneming ervan nooit geschaad worden. Tot besluit mag gezegd worden dat de vormen waaraan het verbrekingshof traditioneel het substantieel karakter toekent, die zijn welke essentieel zijn wegens het feit dat ze op een goede rechtsbedeling slaan, meer in het bijzonder de goede voorlichting van de rechtbank en de juridische zekerheid, of op de bescherming van de rechten der partijen, meer in het bijzonder de eerbiediging van de rechter der verdediging. Uit deze beschouwingen mag niet afgeleid worden dat de niet-inachtneming van deze substantiële vormen noodzakelijkerwijze tot de verbreking van de gebrekkige rechtsplegingen leidt : verschillende oorzaken, zoals de afwezigheid van belang of bepaalde manieren van dekking kunnen dergelijke onregelmatigheden zonder gevolg laten. Maar anderzijds weigert het Hof het substantieel karakter te erkennen van de vormen die deze doelstellingen niet hebben, maar meer tot de materiële inrichting van het gerecht behoren, en waarvan de niet-inachtneming aan de partijen geen schade kan toebrengen.

122. DE INVLOED VAN HET OPENBARE ORDEKARAKTER VAN EEN VORMREGEL.

Welke invloed heeft op het karakter van een vormregel het feit dat hij tot een materie van openbare orde behoort, of eenvoudig weg de openbare orde raakt ? Zijn de op straf van nietigheid voorgeschreven vormen alle van openbare orde ? Maakt het openbare-ordekarakter van een vorm hem ipso facto substantieel ? Zou het feit dat de vormen die de openbare orde aanbelangen, zoals gezien zal worden, in menig opzicht een bijzondere behandeling genieten, tot gevolg hebben dat de substantiële vormen en die welke op straf van nietigheid zijn voorgeschreven aan verschillende behandelingen zouden onderworpen zijn ?

In de derde titel van dit boek zullen onze opvattingen over de interne openbare orde weergegeven worden. Hoe het ook zij, de traditionele opvattingen van het Verbrekingshof worden in een arrest van 9 december 1948 weergegeven : *„N'est d'ordre public proprement dit que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'état ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société"* (146). Een ander arrest heeft het over bepalingen *„qui ont pour but la sauvegarde d'un intérêt essentiel de la communauté* (de openbare gezondheid) *et concernent par conséquent l'ordre social"* (147).

Het is niet mogelijk in het openbare-ordekarakter van een vormregel het

(146) Verbr., 9 december 1948, *Pas.* 699 ; zie eveneens Verbr., 5 mei 1949, *Pas.* 335 en Verbr., 22 december 1949, *Pas.* 1950, 266.
(147) Verbr., 29 januari 1951, *Pas.*, 350.

criterium te vinden dat zou toelaten uit te maken of hij substantieel dan wel op straf van nietigheid voorgeschreven is, noch de ene of de andere van beide categorieën te rekenen tot de bepalingen van openbare orde.

a) Het domein der vormen van openbare orde komt zeker niet overeen met dat van de op straf van nietigheid voorgeschreven vormen : indien inderdaad bepaalde op straf van nietigheid voorgeschreven vormen van openbare orde zijn, zijn daarentegen regels die zonder twijfel tot de openbare orde behoren niet op straf van nietigheid voorgeschreven ; zo is de schending van de regels die de samenstelling der gerechtelijke lichamen bepalen en van de meeste bepalingen betreffende de rechtspleging voor het Verbrekingshof door geen enkele uitdrukkelijke bepaling gesanctioneerd (148).

Talrijk zijn anderzijds de regels die uitdrukkelijk in het wetboek van burgerlijke rechtspleging met nietigheid bestraft worden, en waarvan men het openbare-ordekarakter niet zou durven bevestigen, wat ook uit het oogpunt der rechten van de verdediging hun belang zijn mag. Vermelden we in dat verband het Belgisch arrest van 9 december 1948 (149) volgens hetwelk niet van openbare orde is het zesde lid van artikel 1775 B.W. (wet van 7 maart 1929, artikel 7) dat bepaalt : „Elke opzegging moet, op straffe van nietigheid, gedaan worden bij deurwaardersexploot of ter post aangetekende brief".

b) Indien er substantiële vormen zijn die klaarblijkelijk de openbare orde aanbelangen, zoals de regels die de samenstelling der rechtbanken bepalen of het motiveren van vonnissen opleggen, is het daarentegen zeker dat een groot aantal vormen die het Belgisch Hoogste Gerechtshof als substantieel beschouwt, niet van openbare orde zijn : deze vaststelling wordt bevestigd door het feit dat het hof het middel, dat gehaald wordt uit de schending van deze vormen, verwerpt wanneer het voor de eerste maal voor dat hof wordt opgeworpen (150). Men moet dus besluiten dat noch de substantiële vormen, noch de vormen die op straf van nietigheid worden voorgeschreven, gelijkgesteld kunnen worden met de vormen van openbare orde. Indien gezegd kan worden dat een vorm van openbare orde steeds hetzij op straf van nietigheid voorgeschreven, hetzij substantieel zal zijn,

(148) Wat de samenstelling der rechtbanken betreft, doen de meest recente arresten op artikel 7 van de wet van 20 april 1810 de nietigheid berusten van de uitspraak van een onregelmatig samengestelde juridictie. Zie : Verbr., 3 juli 1956, *Pas.* 1956, I, 1238 ; Verbr., 22 oktober 1956, *Pas.* 1957, I, 167.

(149) Verbr., 9 december 1948, *Pas.* 699. Zie eveneens Verbr., 29 oktober 1951, *Pas.* 1952, 103 (schending der artikelen 61, 68 en 68 bis van het wetboek van burgerlijke rechtspleging).

(150) Zie bij wijze van voorbeeld de volgende arresten : Verbr., 25 juni 1951, *Pas.* 732 ; Verbr., 27 oktober 1952, *Pas.* 1943, 95 ; Verbr., 7 september 1953, *Pas.*, 954 ; Verbr., 28 juli 1953, *Pas.*, 952 ; Verbr., 23 november 1953, *Pas.* 1954, 233 ; Verbr., 15 maart 1954, *Pas.*, 616 ; Verbr., 2 september 1954, *Pas.*, 1023.

bevat daarentegen elk van deze categorieën vormen die ongetwijfeld van openbare orde zijn, en andere die dat karakter niet bezitten. Op geen enkele van beide categorieën van vormen kan zonder onderscheid het regime toegepast worden dat eigen is aan de regels van openbare orde.

123. EEN VERSCHILLEND REGIME VOOR DE VORMEN MET OF ZONDER OPENBAAR ORDEKARAKTER, GEEN VERSCHILLEND REGIME VOOR DE SUBSTANTIELE OF OP STRAF VAN NIETIGHEID VOORGESCHREVEN VORMEN

Bestaat er voor het Hof van cassatie een verschillende processuele behandeling voor de vormregels, naargelang ze substantieel zijn of op straf van nietigheid voorgeschreven, of naargelang ze de openbare orde aanbelangen of niet ?

a) Er bestaat geen verschil in behandeling tussen de substantiële vormen en die waarvan de niet-naleving door een uitdrukkelijke bepaling met nietigheid gesanctioneerd wordt :

1. In geval van afwezigheid van belang verklaart het Hof onontvankelijk zowel het middel gegrond op de niet-naleving van een op straf van nietigheid voorgeschreven vorm, als op de overtreding van een substantiële vorm.
Wegens afwezigheid van belang heeft het Hof namelijk voorzieningen onontvankelijk verklaard die gegrond waren op de schending van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken (151), of op de overtreding van artikels van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering betreffende de betekening van exploten (152) ; dit zijn beschikkingen ten aanzien waarvan de sanctie der nietigheid uitdrukkelijk voorzien is. Voorzieningen gegrond op de schending van substantiële vormen, namelijk van beschikkingen die in verband met de rechten van de verdediging de motivering opleggen van vonnissen en arresten, waarvan de niet-naleving in geen enkele tekst uitdrukkelijk met nietigheid wordt bestraft, werden echter eveneens bij afwezigheid van belang onontvankelijk verklaard.

2. Wat de voorwaarden betreft waarin de vormgebreken ambtshalve worden opgeworpen, maakt het Hof evenmin een onderscheid tussen de twee beschouwde categorieën van vormen.

(151) Verbr., 2 september 1954, *Pas.*, 1023.
(152) Verbr., 26 januari 1950, Pas., 361 ; Verbr., 29 oktober 1951, *Pas.* 103.

In strafzaken werpt het Hoogste Gerechtshof ambtshalve alle, zowel substantiële als op straf van nietigheid voorgeschreven vormovertredingen op (153). Hetzelfde beginsel geldt voor de gedingen betreffende de provinciale en gemeentelijke belastingen, waarvoor de bestendige deputatie bevoegd is. In militiezaken, wierp het Hof tot het van kracht worden van de wet van 15 juni 1951 ambtshalve alle rechtsmiddelen op die door de eiser niet ingeroepen werden, en namelijk alle vormgebreken (154).
In burgerlijke zaken daarentegen worden door het Hof geen middelen ambtshalve opgeworpen ; dit geldt zowel voor schending van substantiële als van op straf van nietigheid voorgeschreven vormen, en zonder onderscheid te maken tussen de middelen die van openbare orde zijn of niet. Dezelfde regel is van toepassing ten aanzien der arresten van de Hoven van beroep inzake inkomstenbelastingen en accijnsrechten.

3. Wat tenslotte de dekking der vormgebreken betreft, is er evenmin een onderscheid te maken tussen substantiële vormen en op straf van nietigheid voorgeschreven vormen.
De Belgische rechtspraak van de laatste jaren telt inderdaad gevallen van dekking van gebreken die voortspruiten uit de niet-naleving van zowel op straf van nietigheid voorgeschreven als substantiële vormen. De vormen die de openbare orde aanbelangen niet te na gesproken, wordt de overtreding van zowel op straf van nietigheid voorgeschreven als van substantiële vormen gedekt door de toestemming van de eiser. Indien het vormgebrek te wijten is aan het feit of aan de houding van de eiser, verklaart het Hof het middel ongegrond ; niets laat toe te veronderstellen dat een onderscheid zou gemaakt worden naargelang de niet-nageleefde vorm substantieel is, of op straf van nietigheid voorgeschreven. Het herstel van een vormgebrek, bestaande in een latere regelmatige voltrekking van de rechtshandeling die gebrekkig voltrokken was, dekt het vormgebrek. Er mag verondersteld worden dat deze dekkingswijze op identieke wijze zou werken in geval van overtreding van een op straf van nietigheid voorgeschreven vorm als van een substantiële. Er is geen Belgische uitspraak bekend die het middel verwerpt dat op een vormgebrek gegrond is, omdat omstandigheden van overmacht de naleving van de vormregel

(153) SCHEYVEN, blz. 541.
(154) Verbr., 6 november 1950, *Pas.* 1951, blz. 114-115 met noot ; Verbr., 17 september 1951, *Pas.* 1952, 4 ; Verbr., 19 november 1951, *Pas.* 1952, 144, met noot. Deze rechtspraak werd nu verlaten wegens de termen van artikel 52 van de wet.

onmogelijk maakten. Merken we nochtans op dat het Franse Verbrekingshof, hoewel de termijnen voor de voorziening in cassatie niet alleen op straf van verval voorgeschreven, maar tevens van openbare orde zijn, de geldigheid der voorziening aanneemt die na afloop van de termijn ingeleid werd, wanneer de vertraging aan omstandigheden van overmacht te wijten is. Deze rechtspraak werd door het Belgische verbrekingshof meer dan eens aangenomen (155).

b) De vormen waarvan het openbare-ordekarakter wordt erkend, genieten in menig opzicht een uitzonderlijke behandeling.

1. Een middel op de overtreding van om het even welke vormregel gegrond, ook als hij van openbare orde is, zal stellig steeds onontvankelijk zijn indien het vanuit het standpunt van de eiser van belang ontbloot is (156).
Men treft arresten aan die wegens gebrek aan belang onontvankelijk verklaard werden : middelen gegrond op de afwezigheid van motivering (157), op de overtreding der regels der gesloten deuren (158), op het veronachtzamen van de beroepstermijnen (159), of van de verjaring van de publieke vordering (160), zelfs op de schending van de bevoegdheidsregels (161).
Men kan niet zeggen dat het Hof ooit gemeend heeft dat de overtreding van bepaalde vormregels wegens hun openbare-ordekarakter geacht zou worden noodzakelijkerwijze de eiser geschaad te hebben.

2. Opgemerkt werd dat de niet-naleving van de termijnen om een voorziening in verbreking in te leiden – vorm waarvan het openbare ordekarakter niet betwist wordt – niet het verval met zich brengt wanneer ze te wijten is aan overmacht. De wet zelf schrijft de dekking voor van het gebrek dat voortvloeit uit de schending van de wet op het gebruik der talen in gerechtszaken, voor elk vonnis op tegenspraak of arrest dat niet zuiver voorbe-

(155) Verbr., 23 november 1953, *Pas.* 1954, blz. 232.
(156) Zie CAMBIER, C., Le conseil d'état et le contrôle de l'observation des formalités légales, *J.T.*, 14 juni 1953, blz. 371 ; *Pandectes Belges*, V° *Nullité*, nr. 91 ; SIMONT, blz. 65.
(157) SCHEYVEN, blz. 153 ; Verbr., 24 januari 1949, *Pas.*, 68.
(158) Verbr., 20 september 1954, *Pas.* 1955, 25.
(159) Verbr., 16 januari 1950, *Pas.*, 315.
(160) Verbr., 20 februari 1950, *Pas.*, 439, en Verbr., 22 mei 1950, *Pas.*, 666.
(161) Verbr., 4 april 1946, *Pas.* 439, en 19 april 1946, *Pas.* 164 ; Verbr., 2 mei 1949, *Pas.* 323 ; Verbr., 6 juli 1953, *Pas.* 892.

reidend is (162). De toestemming van de eiser kan echter niet het gebrek dekken dat voortkomt uit de overtreding van een openbare-ordevoorschrift. Dat beginsel, constant in rechtsleer en rechtspraak, is noodzakelijkerwijze toepasselijk op de vormregels (163). Hoewel er op dit punt geen rechtspraak bestaat, meent men dat de omstandigheid dat de eiser schuld heeft aan het gebrek evenmin de schending van een vormregel die de openbare orde raakt zou kunnen dekken.

3. Of het nu om burgerlijke of om strafzaken gaat, om wetten op de militie of op inkomstenbelastingen, er wordt vanuit het oogpunt van ambtshalve op te werpen middelen geen onderscheid gemaakt tussen de inbreuken op de vormvoorschriften die de openbare orde raken en die welke dat karakter niet bezitten. Inzake provinciale en gemeentelijke belastingen echter worden alleen de openbare-ordemiddelen ambtshalve opgeworpen. Het Hof is de mening toegedaan dat alleen de inbreuken op openbare-ordevoorschriften ambtshalve kunnen en moeten opgeworpen worden door de rechter ten gronde (164).

Vormen	*Geen verschil van behandeling*		
	Substantiële	*op straf van nietigheid voorgeschreven*	
VAN OPENBARE ORDE	– – – – – –	– – – – –	1. niet gedekt door toestemming eiser; 2. niet gedekt indien te wijten aan eiser; 3. moet ambtshalve opgeworpen worden door – rechter ten gronde – Hof van Cassatie voor provinciale en gemeentelijke belastingen.
NIET VAN OPENBARE ORDE	– – – – – –	– – – – –	1. gedekt; 2. gedekt; 3. niet ambtshalve op te werpen.

(162) Wet van 15 juni 1935, artikel 40.
(163) SCHEYVEN, blz. 159-160 ; FAYE, nr. 52, blz. 80 ; Verbr., 2 mei 1946, *Pas.*, 168 ; Verbr., 23 september 1948, *Pas.*, 506 ; Verbr., 8 januari 1844, *Pas.* 107 ; Verbr., 23 juli 1850, *Pas.* 459.
(164) Verbr., 22 april 1955, *Pas.* 908. Zie eveneens Brussel, 17 mei 1952, *Pas.* III, 101, en de aangehaalde rechtspraak, blz. 104.

C. DE GEWOONTERECHTELIJKE SUBSTANTIELE VORMEN

124. DE WETTELIJKE SUBSTANTIELE VORMEN.

We zagen wat er in de geschrevenrechtelijke procedure onder substantiële vormen verstaan moet worden. Per slot van rekening heeft, zoals Prof. RIGAUX (nr. 264) laat opmerken, het Belgische Hof van verbreking *zelf bepaald* welke de substantiële of op straf van nietigheid voorgeschreven vormen zijn, waarvan de schending verbreking met zich brengt. Dit ondanks het dogmatische betoog van auteurs, volgens welke een goed wetboek de vormen der rechtspleging behoort voor te schrijven en de gevolgen van de verwaarlozing ervan te regelen ; schiet het daarin te kort, dan is het – volgens die dogmatici – voor de rechter een onzekere onderneming vast te stellen, wat „van wezenlijke aard" is en wat niet (165).

Tot nog toe werd slechts gehandeld over vormen die door een formele wetsbepaling opgelegd worden.

> Met de wetten in eigenlijke zin moeten volgens de rechtsleer gelijkgesteld worden *„les règlements ou arrêtés d'administration générale, provinciale ou communale, légalement décrétés par l'autorité compétente et dont l'intérêt général et l'ordre public exigent l'observation"* (166).

Maar men moet zich afvragen of, en in welke voorwaarden, het Hof een beslissing zou verbreken wegens overtreding van vormen die niet door een formele bepaling van wet of verordening opgelegd zouden zijn.

125. DE ONGESCHREVEN SUBSTANTIELE VORMEN.

De auteurs houden eensgezind voor dat het Hof niet verbreekt wegens schending van een juridische spreuk, van een algemeen gevolgd gebruik (167). Er zijn nochtans talrijke arresten die verbreken wegens schending van de rechten van de verdediging of van het gezag van gewijsde. Bij deze arresten wordt geen enkele wetsbepaling ingeroepen, ze blijken alleen gegrond op de schending van een ongeschreven regel, van een rechtsbeginsel (168). In zijn studie *„Le conseil d'état et la règle de droit"* meent CYR CAMBIER te moeten aantonen dat de algemene rechtsbeginselen op overtreding waarvan bepaalde cassatiearresten uitsluitend gegrond zijn, zoals

(165) JANSEN, F.M.J., *Nietigheid in het burgerlijk procesrecht*, 1955; VEEGENS, nr. 100.
(166) SCHEYVEN, blz. 272 ; SIMONT, blz. 207.
(167) SCHEYVEN, blz. 275 ; SIMONT, blz. 205 ; DE PAGE, I, blz. 235 en 237 ; zie Verbr., 29 november 1951, *Pas.* 1952, 164.
(168) Zie o.a. Verbr., 3 januari 1949, *Pas.*, 10 ; Verbr., 23 april 1951, *Pas.*, 573.
HAYOIT de TERMICOURT, *Un aspect du droit de la défense*, *J.T.*, 23 september 1956, blz. 505 en v. ; Verbr., 29 oktober 1956, *Pas.* 1957, 198 ; Rigaux, nr. 94.

de beginselen van het gezag van gewijsde en van de eerbiediging van de rechten van de verdediging, slechts een vertolking zijn van bepaalde formele bepalingen uit de wetboeken, waarvan ze de draagwijdte in een algemene formule uitdrukken. HAESAERT toont in zijn proefschrift aan dat die stelling onaanvaardbaar is, en dat men moet aannemen dat het Hof dikwijls uitsluitend wegens schending van een ongeschreven rechtsbeginsel verbreekt, namelijk het beginsel van de rechten van de verdediging en van het gezag van gewijsde :

> *„On doit donc admettre que si la Cour de cassation ne crée pas de toutes pièces des règles dont l'observation s'impose à peine de cassation, elle étend néanmoins par analogie et généralise des règles qui, dans nos codes, ne recoivent qu'une application plus ou moins étroitement limitée. Dans de nombreux arrêts de cassation prononcés pour violation du droit de la défense notamment, l'irrégularité servant de base à la décision ne résulte d'aucune disposition expresse. On ne peut donc contester que la jurisprudence de la Cour de cassation a elle aussi dans une certaine mesure, donné naissance à des règles de forme de nature prétorienne"* (169).

In Nederland ook wijst VEEGENS (nr. 69) op cassaties wegens schending van procesrechtelijke regels die men in de wet vergeefs zoekt, bijv. in verband met de *exceptio plurium litis consortium*, of met de rechtspleging in kortgeding.

126. HET DECREET OP DE INLANDSE RECHTBANKEN.

Artikel 35, 3° D.I.R. schrijft niet alleen vernietiging voor bij schending van wettelijke substantiële vormen, maar ook van gewoonterechtelijke substantiële vormen. Die woorden bedoelen niet de knoop door te hakken in de zojuist aangehaalde problematiek nopens de al dan niet wettelijke oorsprong van de substantiële vormen ; ze duiden niet op verschillende bronnen in een zelfde systeem, maar op bronnen uit verschillende procedure-systemen. Met gewoonterechtelijke vormen worden bedoeld de traditionele vormregels die van oudsher werden gevolgd in het rechtsgebied van het forum, en die volgens artikel 25 D.I.R. in theorie de rechtspleging van de inlandse rechtbanken bepalen. Substantieel zijn die vormen onder hen, die door de parketrechtbank als substantieel beschouwd worden, d.i. de vernietiging van het vonnis veroorzaken wanneer ze geschonden worden. De substantiële gewoonterechtelijke vormen zijn de door de inlandse rechtbanken gevolgde vormregels waaraan de vernietigingsrechter een belangrijke betekenis toekent omdat ze volgens hem tot doel zouden hebben hetzij een goede rechtsbedeling — waarin onpartijdige vonnissen gewaarborgd zijn,

(169) HAESSAERT, *op.cit.*, blz. 96

geveld door inlandse rechters die een nauwkeurig onderzoek aan de zaak hebben gewijd, – hetzij de invoering van gelijkheid tussen de partijen, hetzij de eerbied van het beginsel van mogelijke tegenspraak, waardoor aan de partijen de mogelijkheid verzekerd wordt in de gunstigste voorwaarden hun middelen voor te brengen, hetzij de waarborg van de authenticiteit van de vonnissen en van de stukken van de rechtspleging (170). Wegens schending van vormen die in het geschreven procesrecht onbekend zijn kan er in theorie door de parketrechtbanken dus vernietigd worden, en wegens schending van vormen die, hoewel in het geschreven recht bekend, er geen aanleiding tot verbreking zouden geven, m.a.w. er niet als substantiële aangezien worden.

De in het Decreet bedoelde *wettelijke substantiële vormen* zouden anderdeels bepaalde vormen bedoelen die in de geschrevenrechtelijke procedure als substantieel bekend staan, en die de vernietigingsrechter in de gewoonterechtelijke procedure ten gronde wil nageleefd zien worden. In de geschrevenrechtelijke procedure nu mogen alleen de vormen van openbare orde ambtshalve opgeworpen worden, zodat wel mag besloten worden dat in het Decreet veeleer de geschrevenrechtelijke vormen *van openbare orde* bedoeld worden, die de vernietigingsrechter zou willen opleggen aan de gewoonterechtbanken.

127. DE PREKOLONIALE VORMVOORSCHRIFTEN.

Er rest ons een woord te zeggen over de *traditionele vormregels* die in het Kongolese gerechtelijk leven gevolgd worden, voordat de invloed van het koloniale bestuur op definitieve wijze doordrong. Naar alle waarschijnlijkheid zal dit recht weinig hebben verschild van het procesrecht van Centraal–Afrika op hetzelfde ogenblik. Het is tevens zeker dat men toen in weerwil van het bestaan van een gemeenschappelijk grondpatroon moest spreken van de processuele rechtstelsels (in het meervoud), daar elke sociale groep zijn eigen arsenaal van rechtsregels kon bezitten in dit bijzondere gebied.

Niet alleen wat het materiële recht betreft, maar ook op gerechtelijk gebied verschilden de instituten van stam tot stam, en in iedere stam van onderafdeling tot onderafdeling. In bepaalde stammen, waar de politieke organisatie naar autarchie streefde, werden de gerechtelijke functies vervuld door titularissen of gedelegeerden van de uitvoerende macht ; in andere plaatsen integendeel oefenden de door partijen gekozen rechters hun voorrechten in volle onafhankelijkheid uit. Tussen die twee uitersten bestonden

(170) Bijv. Parketrb. Elis., 31 october 1944, *B.J.I.* 1944, 283 ; 23 november 1944, *B.J.I.* 1945, 28 ; Parketrb. Maniema, 22 november 1951, *J.T.O.* 1952, 81, noot.

talrijke mengvormen. SCHAPERA schrijft : *„All Bantu have a well developed system of legal procedure"* (171). Ook volgens A. SOHIER bezat het oude gewoonterecht in het algemeen een goed geordend geheel van vormregels die uiting waren van een groot gevoel voor de rechtsbehoeften en die de partijen belangrijke waarborgen bezorgden. Nergens was de rechtsbedeling overgelaten aan de willekeur, aan de goede wil der hoofden ; hun gezag werd gecompenseerd door de verplichte eerbiediging van bepaalde vormen en door de tussenkomst van gespecialiseerde rechters. De rechtsbedeling gebeurde langzaam, nauwkeurig, bezonnen. Een min of meer geheime voorbereidende instructie ging gepaard met een zekere waarborg van openbaarheid en de definitieve debatten en het vonnis waren publiek. De min of meer erfelijke rechters gaven blijk van gematigdheid en oordeel en van een diepgaande kennis der gewoonten. De rechters werden gecontroleerd door speciale dignitarissen en raden. De prerogatieven van het gezag werden gewaarborgd door de tussenkomst van de soeverein : vetorecht en toezicht en de fictie dat hij het vonnis uitsprak, hoewel hij slechts de voorgestelde beslissing goedkeurde. De partijen gaven op tegensprekelijke wijze hun versie ; soms hadden ze een woordvoerder, wiens woord vrij was, en die niet verantwoordelijk kon gesteld worden voor wat hij bij gelegenheid van het geding mocht zeggen (172). Om die traditionele vormregels te kennen bestaat er slechts één middel : men moet ze uit de gedingen zelf afleiden (*elicit rules of procedure from the cases*) (173).

Die traditionele rechtspleging was *niet formalistisch.* LEVY–BRUHL stelt dit uitdrukkelijk :

> „Chez beaucoup de populations qu'on appelle encore abusivement primitives, le jugement est rendu par le chef, souvent entouré de notables, au cours de séances plus ou moins solennelles tenues à cet effet, et que l'on désigne généralement du nom de palabres. Les observateurs s'accordent à dire qu'au cours de ces débats publics, qui sont souvent fort longs, l'inculpé a toute latitude pour présenter sa défense, et que ceux qui sont appelés à juger interviennent à maintes reprises, avec le désir évident d'établir la vérité. M. Allott souligne le caractère „arbitral" du procès, entendant par là que le juge statue en équité, sans être étroitement lié par des prescriptions formelles. *Contrairement à ce que l'on pourrait croire, le juge des tribus africaines est bien moins soumis à des rites de forme que le juge des villes du moyen âge ou du plus ancien droit romain"* (174).

(171) SCHAPERA, I., *Government and politics in Tribal Societies,* London, 1956, blz. 78. Zie ook FIRTH, R., *Sociale antropologie, een inleiding,* Aula-boek, 1962, blz. 119.

(172) SOHIER, A., Notes sur l'organisation et la procédure judiciaires coutumières du Congo, in *Africa,* januari 1940, blz. 25. Over de gerechtelijke structuur en de normale rechtspleging : cfr. bijvoorbeeld VAN SINA, J., *Le royaume Kuba,* Tervuren, 1964, blz. 143 en 145 ; WAGNER, G., *The Bantu of North Kavirondo,* 1956, London ; VAN VELSEN, J., *The politics of kinship,* Manchester, 1964, blz. 308 (over de Nyassa).

(173) BOHANNAN, P., *Justice and judgement among the Tiv,* London, 1957, blz. 68.

(174) LEVY-BRUHL, H., La preuve judiciaire chez les primitifs, *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions,* Brussel, 1963, derde deel van *„La preuve"* blz. 7.

En ook MAX GLUCKMAN schrijft :

„I may perhaps be interpreting into this analysis the implication that in the simplest legal systems proceedings are informal, and it is not necessary for plaintifs to prosecute their suits in set forms. There is not yet a restriction imposed by rules like *ubi remedium, ibi jus,* such as existed in the early Roman and Anglo-Saxon law, which influences Maine's analysis. If Llewellyn and Hoebel in fact meant to state this as a general, though as yet unsubstantiated, generalization, my own view is that they were correct.

In most of the tribes of Africa, procedure is not trammeled by forms of pleading. Even among the nations of West Africa, whose economies approached those of the states of the Western Mediterranean in that slave labor was employed on plantations, there were no specific procedures or writs for bringing suit in court. One went to court and reported one's distress. The Ashanti of Ghana had a specific procedure, but it was a device to found juridiction, not a mode of pleading. Ashanti was a federation of smaller federations. If two persons in discrete political groups came into dispute they took an oath by the name of the chief under whose common authority they both fell, and this empowered him with authority to inquire into who was the ritual offender and incidentally give judgment on the substantive issue.

The procedure seems similar to that in early Roman times when suit was brougnt before the praetor by the *legis actio per sacramentum,* which denoted the stake forfeited by the loser, „literally means ‚oath' it is supposed that, originally at any rate, the parties each made an oath as to the justice of their claims, and that what the judge had to decide was which oath was justified, the loser forfeiting a certain sum as penaly for his false oath".

In Ashanti and other tribal law this kind of ritual formalism is characteristic of an uncertain juridiction, and the ritual element in it cannot be taken to show that early law was, or tribal law is, dominated by magic and religion. The kind of formalism which demanded that action be brought in set words and forms, if it is general, apparently develops on the other hand only with writing, in the hands of a trained bureaucracy. I have not found indications, in what I would call the true tribal societies, that any action has been ruled out of court because it did not accord with some formality. I venture to suggest that had the Cheyenne authorities developed a more complete jurisdiction over disputes, they would not have been restricted by any straitjacket of legal forms. Among the Barotse we are dealing with a powerful kingship exercising its authority through a hierarchy of councils which acted as parliaments, executives, and courts of justice ; yet their proceedings in court, while higly marked by a distinctive etiquette, had no special procedures to restrict the search for redress by the allegedly aggrieved. Anyone could plead any suit in whatever words he himself pleased" (175).

(175) GLUCKMAN, M., *The ideas in Barotse jurisprudence,* New Haven en London, 1965, blz. 2.

128. DE DWINGENDE VORMREGELS VAN HET D.I.R. DE GEWOONTERECHTELIJKE VORMEN VAN HET FORUM.

In 1926 werd op het vlak van de rechtsbedeling de koloniale orde definitief gevestigd : de inlandse rechtbanken werden opgericht (176). Wat de vormregels betreft die voor en door hen moesten gevolgd worden, werden bepaalde traditionele regels bevestigd, andere opgeheven (177) ; tevens werden tot dus ver onbekende vormregels ingevoerd. De opzet van het decreet van 1926 bestond er inderdaad niet in de oude vormregels te handhaven of te doen herleven, en het bracht een grote omwenteling in de gewoonterechtelijke rechtspleging. Het beginsel luidde weliswaar dat de processuele regels die waren van het rechtsgebied van de rechtbank of van het naburige rechtsgebied. Maar het decreet zelf voorzag dwingende, uniforme vormregels, die het aanschijn van de gewoonterechtelijke rechtspleging, in weerwil van het verkondigde principe, grondig veranderden.

De gevolgde vormregels konden strijdig zijn met de algemene orde, zoals besproken zal worden in het tweede hoofdstuk van de derde titel. Als illustratie hiervan volgen een voorbeeld uit de onderzochte rechtspraak en enkele gepubliceerde gevallen over de regels van bewijs.

> *Zita Marie t. Moze Lusala Marie.*
> Zita, vertegenwoordigd door zijn zuster, vroeg de echtscheiding, die ter zelfde zitting op zijn kosten werd uitgesproken door de centrumrechtbank van Boma. De parketrechtbank vernietigde dit vonnis ambtshalve : *„attendu que le maintien du lien conjugal intéresse l'ordre public ; que les parties doivent être entendues, mises en présence, et avoir l'occasion de se réconcilier ; attendu que cette coutume procédurale est contraire à l'ordre public"* (BOMA 1957, 59).
> Gaan in tegen de algemene orde die een correcte rechtspleging waarborgt : de regel die de overtuiging van de schuld en de afloop van het geding doet afhangen van het toeval (178), het bewijs dat de overtuiging omtrent de schuld van een dief laat afhangen van een gifproef (179), het godsoordeel (180), het aanwenden van de gezegden van een waarzegger als bewijsmateriaal (181), het aanwenden van bewijsmiddelen van magische aard, het bewijs door middel van dromen (182).

In die gevallen moet de rechter ten gronde een billijke processuele regel vinden. Het D.I.R. schrijft inderdaad voor dat bij afwezigheid van gewoonte-

(176) *B.O.*, 1926, blz. 445 (Art. 17) en blz. 458, (art. 24). Cfr. bijvoorbeeld DOUGLAS, M., *The Lele of the Kasai*, London, 1963, blz. 176 v.
(177) Bijvoorbeeld : WOLFE, A.W., *In the Ngombe tradition*, North-western university press, 1961, blz. 32 en 142.
(178) Parketrb, Congo-Ubangi, 15 mei 1953, *J.T.O.* 1953, 146, met noot.
(179) Sectorrb. Lubelike (Masisi) nr. 582, *B.J.I.* 1942, blz. 151, met noot. – Gewestrb. Sampwe, 30 november 1936, *B.J.I.* 1940, blz. 264, met noot.
(180) Sectorrb. Wanianga (Masisi) nr. 1168, *B.J.I.* 1941, blz. 100.
(181) Sector Tshisangama (Malongo) 19 oktober 1932, *B.J.I.* 1935, blz. 46 ; Sector Mbako (Sandoa) 13 maart 1933, *ibid.*, blz. 44 ; Sector Lumanga (Sandoa) 21 maart 1934, *ibid.*, blz. 44 ; Sector Mbako (Sandoa) *ibid.*, blz. 45 ; Hoofdij Bena Bao (Kabalo) 28 juli 1951, *B.J.I.* 1953, blz. 91. Onder-Hoofdij Kwanda (Kinda), nr. 33, 1932, *B.J.I.* 1937, blz. 26.
(182) Hoofdij Ngosa-Kapenda nr. 6, *B.J.I.* 1934, blz. 174.

rechtelijke procedureregels in het rechtsgebied van de rechtbank of in het naburige rechtsgebied, of bij strijdigheid van de bestaande regels met de universele openbare orde of met de beginselen van de menselijkheid of van de billijkheid, de rechtspleging zich moet inspireren naar de billijkheid.

Onderstreept weze nog dat de gehandhaafde en nieuwe (183) gewoonterechtelijke vormen van rechtbank tot rechtbank kunnen verschillen.

§ 2. Het vormverzuim in de rechtspraak van de parketrechtbanken

A. DE MOTIVERINGSGEBREKEN.

129. DE STATISTISCH BELANGRIJKSTE ERROR IN PROCEDENDO

Zoals uit de hiernaast voorgestelde cijfers blijkt, is de regel, dat alle vonnissen de gronden waarop zij berusten moeten inhouden, verreweg het belangrijkste vormvoorschrift waarover door de parketrechtbanken gewaakt werd.

TABEL 11

DE VERNIETIGINGEN OP GROND VAN VORMGEBREKEN, EN IN HET BIJZONDER VAN MOTIVERINGSGEBREKEN.

		Totaal aantal vernietigingen	*wegens vormgebrek*	*Hiervan : wegens motiveringsgebrek*	
LEOPOLDSTAD	1957,	17	13	3	(23 %)
	1958,	38	27	16	(59 %)
	1959,	19	16	11	(69 %)
KIKWIT	1957,	15	10	4	(40 %)
	1958,	26	15	6	(40 %)
	1959,	26	21	7	(33 %)
THYSSTAD	1957,	24	16	7	(44 %)
	1958,	35	7	2	(29 %)
BOMA	1957,	31	19	9	(47 %)
	1958,	38	32	13	(41 %)
	1959,	20	15	6	(40 %)
MATADI	1959,	12	10	6	(60 %)
	1960,	5	5	2	(40 %)
INONGO	1957,	47	5	1	(20 %)
	1958,	60	6	3	(50 %)
	1959,	10	2	–	
KENGE	1957,	4	–	–	
	1958,	1	–	–	

(183) Bijvoorbeeld HAYDON, E.S., *Law and justice in Buganda*, London, 1960, blz. 287, HOWEL, P.P., *A manual of nuer law*, London, 1954, blz. 230.

Het motiveringsgebrek dekt in de huidige rechtsontwikkeling onder dezelfde vlag verschillende tekortkomingen van een vonnis. Dit hebben ze gemeen : dat ze *errores in procedendo* zijn, en als zodanig symptoom van onrecht. Er heerst onzekerheid : het beslissend gedeelte van het vonnis is misschien wettelijk, maar de mogelijkheid bestaat dat het onwettelijk is. Daar het dit niet kon uitmaken verbrak de parketrechtbank ; verbreekt het Hof van cassatie en verzendt ; verbreekt volgens de huidige wetgeving de districtsrechtbank en verzendt.

a) *Het motiveringsgebrek als zuiver vormverzuim*

130. OORSPRONKELIJKE OPVATTING VAN DE HOVEN VAN CASSATIE.

Soms werd het vermelden van de gronden der beslissing door de parketrechtbanken als een zuivere vormvereiste beschouwd, zonder meer. Oorspronkelijk is dit ook het standpunt geweest van de continentale cassatiehoven.

De verplichte motivering is een revolutionaire vernieuwing geweest (184). Vóór de Franse revolutie waren de rechters niet verplicht hun vonnissen te motiveren.

Sommige van de oudste overgeleverde beslissingen uit de 13de eeuw bevatten een korte motivering, bijvoorbeeld een verwijzing naar een regel van gewoonterecht, maar al spoedig verdwijnt zij geheel. De anonieme magistraat die in 1336 de *„Style de la chambre des enquêtes"* heeft beschreven, raadt zijn ambtsgenoten met nadruk aan, geen redenen op te geven. Deze praktijk berustte op de leer dat rechtspraak uitoefening was van gedelegeerd koninklijk gezag. Ieder gerecht beschouwde zich als soeverein. Op grond van deze theorie verkondigden de Parlementen dat zij aan regel noch stijl gebonden waren. De openbare mening kwam het eerst in verzet tegen de willekeurige hantering van het strafrecht onder het Ancien Régime en verlangde omschrijving van het misdrijf waarvoor de veroordeling werd uitgesproken.
De rechter moest zijn bevoegdheid aan de wet ontlenen en verplicht zijn in het openbaar rekenschap te geven van het gebruik dat hij ervan maakte. Artikel 15 van de wet van 16-24 augustus 1790 schreef voor dat alle vonnissen, civiele zowel als criminele, moesten bevatten *„les questions des faits reconnus ou constatés par l'instruction et les motifs qui auront déterminé le juge"*.

Deze verplichting is later tot grondwettelijk voorschrift verheven. De naleving ervan werd verzekerd door de sanktie van nietigheid. *„Les arrêts qui ne contiennent pas les motifs sont déclarés nuls"*, bepaalt artikel 7 van de wet van 20 april 1810. De nieuwe regel wordt opgenomen in de Nederlandse

(184) SAUVEL, Histoire du jugement motivé, *Revue du droit public et de la Science politique*, 1955, blz. 5.

grondwet van 1815 op aandrang van de Belgen en ondanks verzet van VAN MAANEN (185), en later in artikel 97 van de Belgische grondwet en artikel 20, derde lid, van de koloniale keure. In de Kongolese grondwet van 1964 zal ze opgenomen worden in het tweede lid van artikel 23, van de titel die gewijd is aan de fundamentele vrijheden : *„tout jugement est prononcé en audience publique. Il est écrit et motivé"*.

Voor de gewoonterechtbanken betekende de verplichte motivering eveneens een fundamentele vernieuwing. Over het vellen van het vonnis schrijft A. SOHIER inderdaad het volgende :

> „Quand le tribunal et le chef sont d'accord, on tient une nouvelle audience publique en l'absence de celui-ci. Le juge prononce le jugement généralement en commencant par les mots : *Voici ce que le chef a décidé.* Parfois, il expliquait les motifs de la décision. Ailleurs il se contentait d'un geste symbolique : par exemple, il jetait des plumes blanches sur le gagnant, des noires sur le perdant, comme dans un combat de boxe l'arbitre lève le bras du vainqueur. Remarquons qu'un tel procédé ne pourrait suffire de nos jours, puisque, d'après la Charte coloniale, tout jugement doit être motivé. Souvent le jugement se bornait à proclamer quelle partie avait raison, sans indication de somme à payer ou des réparations auxquelles le perdant était tenu. Les parties devaient elles-mêmes tirer les conséquences de la déclaration" (186).

Een ruime toepassing heeft het nieuwe beginsel aanvankelijk niet gevonden. Uit zijn karakter van vormvoorschrift heeft de *Cour de cassation* namelijk afgeleid dat het voldoende was indien de bestreden uitspraak enige motivering bevatte, ongeacht haar aard en inhoud. De innerlijke hoedanigheid van de bijgebrachte gronden moesten buiten beschouwing blijven. Tekenend is een arrest van het Brusselse Hof, rechtsprekende in cassatie, van 3 december 1829 (187) :

> „Attendu . . . que l'art. 141, C. pr., qui ordonne de motiver les jugements, ne prescrit aucune règle à cet égard et ne determine point le degré de justesse ou de clarté que les motifs doivent présenter, qu'il en résulte que le jugement dénoncé, quoique pouvant être motivé d'une manière plus claire et plus concluante, n'est cependant pas dépourvu de motifs, ce qui suffit pour qu'il n'y ait pas violation de l'article cité".

In Nederland huldigde de Hoge Raad dezelfde opvatting en zij is er zelfs ruim tachtig jaar lang alleenheersend gebleven. In een reeks arresten wordt in den treure herhaald dat de motiveringsvoorschriften alleen geschonden

(185) VEEGENS, nr. 103.
(186) *Traité élémentaire*, nr. 121.
(187) *Pas.* 1829, II, 313.

kunnen zijn door *algehele afwezigheid* van iedere motivering, maar niet door haar *onvolledigheid* of *onduidelijkheid.* Steeds heeft de Franse *Cour de Cassation* in haar rechtspraak het *défaut de motifs* binnen die oorspronkelijke enge perken gehouden, maar daarnaast sinds omstreeks 1900 een nieuwe zelfstandige cassatiegrond ingevoerd, het *défaut de base légale.* Over deze afzonderlijke, van de vormvereisten te onderscheiden grond zullen we het verder hebben.

131. DE RECHTSPRAAK VAN DE PARKETRECHTBANKEN.

In Kongo hebben parketrechtbanken soms gemeend dat slechts algehele afwezigheid van iedere redengeving vernietiging kon veroorzaken : *„attendu que la mauvaise motivation n'est pas une cause d'annulation, qu'elle ne viole pas les formes substantielles"* (KIKWIT 1959, 3), *„attendu que même si le tribunal de territoire avait fait application d'une mauvaise coutume, il ne contrevenait pas encore à l'obligation fondamentale de motiver les jugements, qu'il suffit qu'il y ait un motif en rapport avec le dispositif"* (LEOPOLDSTAD 1957, 76 ; 1958, 12), *„attendu que même si la coutume était erronée, du moment que le jugement était motivé à suffisance de droit, le tribunal de parquet n'avait pas à aller plus loin"* (THYSSTAD 1958, 37 en 46), *„attendu que si le tribunal a appliqué la coutume mukongo au lieu de la coutume des Bangala (régissant les deux parties), il a fait connaître ses raisons, que même s'il y a fausse application du droit les motifs sont en rapport avec le dispositif"* (LEOPOLDSTAD 1958, 121).

Talloze malen werden de voorzieningen verworpen na een oppervlakkig uitwendig onderzoek, dat de substituut echter volstond : *„attendu que le jugement est bien motivé"* (KIKWIT 1958, 37), *„particulièrement bien motivé"* (LEOPOLDSTAD 1957, 6), *„attendu que le fait, apprécié souverainement par le juge du fond est dûment motivé"* (LEOPOLDSTAD 1958, 33), *„que le jugement est solidement charpenté et parfaitement motivé"* (LEOPOLDSTAD 1959, 78).

Een systematisch onderzoek van de formele motiveringsgebreken in de onderzochte rechtspraak geeft ons de volgende bevindingen.

1. Afwezigheid van motivering

132. AFWEZIGHEID VAN GROND TOT STUT VAN HET BESLISSEND GEDEELTE VAN HET VONNIS.

De eenvoudigste inbreuk op het motiveringsvereiste bestaat erin, voor een beslissing geen redenen op te geven. De algehele afwezigheid van motieven is zeldzaam. Het zijn de griffiers die achteraf het vonnis opstellen.

Voor de centrum- en gewestrechtbank van Leopoldstad werd in 1957 de verweerder gedagvaard voor een som van 5.000 fr die hij verschuldigd zou

zijn tengevolge van het wegnemen van 50 gegolfde platen uit het perceel van de eiser, zonder diens toelating en enkele jaren voor diens terugkeer in de stad in 1947. De rechtbanken verklaarden zich onbevoegd. Dit vonnis werd wegens onstentenis van redenen vernietigd : *„attendu que l'action publique était prescrite au moment où le litige était porté devant le tribunal de centre, mais qu'en ce qui concerne l'action civile, en se bornant à se déclarer incompétent le jugement viole une forme substantielle"* (LEOPOLDSTAD 1958, 65).

De parketrechtbank liet in het midden of de rechtbank bevoegd was of niet. Zij vernietigde omdat zij uit de gegevens van het vonnis niet kon opmaken of de beslissing van onbevoegdheid wettelijk is. Om dezelfde reden werd er vernietigd in een zaak waar het om een schuld van 26.000 fr ging : *„attendu que le tribunal ne motive pas, qu'il se résume à relater les faits et données relevées pendant les débats sans en tirer des conclusions valables, que le tribunal aurait du dire pourquoi il réfutait le témoignage de la nommée Maki"* (LEOPOLDSTAD 1959, 54).

De rechtbank moet ten minste de moeite doen te zeggen waarom zij in deze of gene zin beslist, al gaat het om een foutief motief. Het beslissend gedeelte neerschrijven onmiddellijk na weergave van de debatten in het audiëntieblad, is niet dat dispositief met redenen omkleden. Motiveren betekent een grond geven aan het beslissend gedeelte. De rechtbank moet aantonen, zij het summier, dat haar beslissing overeenstemt met de wet, in het bijzonder met het decreet, en met de gewoonte.

Een vonnis a quo, dat steunde op het getuigenis van een hoofd dat echter nergens in het zittingsblad voorkomt, en op het gezag van gewijsde van twee vroegere vonnissen waarvan het beslissend gedeelte echter nergens weergegeven wordt en waarvan geen spraak is in het zittingsblad, wordt vernietigd. De uitspraak rechtvaardigt zich zelf niet (BOMA 1958, 134). Wegens ontstentenis van redenen vernietigt de parketrechtbank een vonnis waarbij in een schuldenzaak de centrumrechtbank de verweerder veroordeelde tot 6.000 fr *„sans motiver ce chiffre"* (LEOPOLDSTAD 1959, 79).

Hierbij aansluitend moet een aantekening van de procureur onder een vonnis van de parketrechtbank van THYSSTAD (1958, 60) vermeld worden : *„Il faut espérer que dans sa motivation le tribunal a exposé pourquoi il n'accordait que 980 fr alors que les prétentions du demandeur s'établissaient à 11.856 frs, sinon, le jugement était à annuler"*.

In een grondenzaak waarin de twee partijen elk de uitsluitende eigendom op een terrein vorderden, gaf de gewestrechtbank van Tshela elk een stuk : *„Ngulu thuadi vana nkila, vana ndumvu"*. De parketrechtbank van BOMA (1959, 30) vernietigt het vonnis : *attendu que les parties se sont déclarées d'accord sur l'expertise qui constata que la majorité des biens sur le terrain appartenait à Mwanda, entre autre un champ de 22 ans, attendu que le tribunal n'a pas entendu les parties en leur avis sur la limite qui fut*

imposée d'autorité dans le dispositif et n'a pas donné les motifs pour lesquels cette limite fut choisie et non une autre, qu'aucun élément n'apparaît des débats à ce sujet".

In een geschil over de terugvordering van een tafel grondt de sectorrechtbank van Tshela haar vonnis op een belangrijk getuigenis, dat aangevraagd was door beide partijen. Het getuigenis wordt echter nergens in het zittingsblad weergegeven. Er werd derhalve wegens ontstentenis van redenen vernietigd (BOMA 1957, 41).

In een grondenzaak beperkt de gewestrechtbank zich ertoe te verklaren dat de verweerder recht heeft op het terrein. In het zittingsblad staan verklaringen van getuigen. De parketrechtbank besluit uit de afwezigheid van redenen *„que le tribunal n'a pas procédé à une enquête suffisante"* (KIKWIT 1957, 29).

De gewestrechtbank van Leopoldstad wijzigt een vonnis van de centrumrechtbank in een zaak van lening van herbergmeubilair, en kent de eiser in plaats van 16.680 fr slechts 4.000 fr toe. Dit vonnis wordt vernietigd : *„attendu que si le tribunal de territoire estimait devoir renverser l'admission de cette preuve par enquête et aveux, il devait justifier sa décision par des attendus circonstanciés quant à ce".* (LEOPOLDSTAD 1957, 52). De rechter in beroep mag inderdaad het bestreden vonnis niet wijzigen zonder een reden aan te geven waarom hij die wijziging doet (188).

133. DE VERPLICHTE VERMELDING VAN DE TOEGEPASTE RECHTSREGEL OF COLLISIEREGEL.

Het gebeurt dat een vonnis wel min of meer gemotiveerd is, maar dat verplichte vermeldingen in het vonnis ontbreken, met betrekking tot het toegepaste recht of tot de feiten van de rechtspleging. Hier zal dan ook om afwezigheid van redenen vernietigd worden.

Aldus moet volgens de rechtspraak van de parketrechtbanken de toegepaste rechtsregel aangeduid worden. Door het Belgische Verbrekingshof wordt alleen in strafzaken verbroken op grond van afwezigheid van motivering „wat het recht betreft", indien namelijk de rechter ten gronde verwaarloosd heeft de wettelijke bepalingen aan te halen die de samenstellende elementen van het misdrijf aangeven of die de straf bepalen. In burgerlijke zaken daarentegen is de rechter ten gronde niet verplicht de toegepaste wettelijke beschikkingen te vermelden, indien op dit punt geen betwisting bestaat (189). De Nederlandse Hoge Raad heeft in overeenstemming met de Franse leer eveneens afgeleid dat zuivere rechtsbeslissingen

(188) Verbr., 19 maart 1964, 776.
(189) Verbr., 4 december 1930, *Pas.* 1931, 3.

niet met vrucht kunnen aangevochten worden met de klacht dat zij niet of niet voldoende met redenen zijn omkleed, maar alleen met de stelling dat zij materieel onjuist zijn (190). Zo nodig verbetert het Hoogste gerechtshof immers de rechtsgronden van de bestreden uitspraak. In de Verenigde Staten anderdeels verplicht Rule 52 (a) van de *Federal Rules of Civil Procedure* alle federale rechtbanken ertoe de gronden van hun vonnissen uiteen te zetten, zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van het recht. Voldoet de bestreden uitspraak niet aan deze eis, dan verdiept het *Supreme Court* zich niet in het dossier om een grondslag voor de beslissing te vinden, maar vernietigt haar en wijst de zaak terug.

Vele vernietigingsvonnissen werden uitgesproken omdat de toegepaste gewoonterechtsregel niet aangestipt werd, bijvoorbeeld in een grondenzaak (BOMA 1958, 33), in een zaak van pandneming ter vergoeding van overspel *„attendu qu'il n'y a aucune explication, même concise, de la règle bambunda"* (KIKWIT 1959, 27).

In een echtscheidingszaak motiveert de gewestrechtbank van Matadi als volgt haar uitspraak : *„Longo luakondua futila mbongo ke longo ko"*, (een huwelijk zonder bruidsprijs is geen huwelijk). Toch wordt dit vonnis vernietigd, omdat ditmaal de rechtskeuze niet gemotiveerd werd : *„attendu que le tribunal a appliqué sans indiquer de motifs la coutume mukongo à des étrangers"* (MATADI 1959, 24). Hetzelfde geschiedde in Leopoldstad : *„attendu que le tribunal ne cite pas le motif pour lequel il a fait appel à la coutume mukongo"* (LEOPOLDSTAD 1958, 153). Nu is het wel waarschijnlijk dat de parketrechter die stok slechts gebruikt als hij denkt dat een verkeerde rechtsregel werd toegepast.

De sectorrechtbank der Bahumbu veroordeelt een vader tot 100 fr boete en tot de kosten, zonder motieven. Uit het zittingsblad kan men aflezen dat hij zonder de monitor te verwittigen zijn kind van de school heeft gehaald, dit volgens het schoolhoofd ; de vader loochent en het kind bekent zelf ervan door te zijn gegaan. Er wordt geen schuld van de vader aangehouden, er is trouwens geen wettelijke schoolplicht. De parketrechtbank kan niet uitmaken waarom die man gestraft werd en vernietigt ambtshalve (LEOPOLDSTAD 1958, 99).

De gewestrechtbank van Idiofa veroordeelt een man wegens medeplichtigheid aan overspel, maar tevens een vrouw. Hierop wordt het vonnis vernietigd (KIKWIT 1959, 24). Op welke grond werd de vrouw veroordeeld, vermits ze in het zittingsblad niet aangegeven staat als vervolgde partij ? — *„attendu que le tribunal a l'obligation d'établir la relation juridique existant entre un fait constaté et la norme juridique qui le régit"*. In een zaak van geleverde maar niet betaalde goederen zendt de centrumrechtbank eiser

(190) VEEGENS, blz. 185 ; BESSON, nr. 1460.

wandelen : *„attendu que la question des articles de magasin est réglée en dehors du tribunal, que celui-ci n'intervient pas pour cela".* Het vonnis wordt ambtshalve vernietigd : *„attendu que les motifs ambigus ne permettent pas de connaître le principe que veut appliquer le tribunal, ce qui équivaut à l'absence de motifs"* (LEOPOLDSTAD 1958, 132).

Een uitspraak van de secundaire rechtbank van de Baboma Banku : *„Nous tranchons cette palabre suivant l'arrêté n 3 du 28 janvier 1938. Si le chef ou un blanc de l'Etat arrive dans un village, tout le monde doit être à l'appel. Ngamakuli a mal fait pour n'avoir pas voulu répondre à deux reprises à l'appel durant 5 jours. Elle perd le procès amende 100 frs ou 20 jours de servitude pénale subsidiaire".* Dit vonnis wordt ambtshalve wegens *carence de la motivation* verbroken (INONGO 1958, 20). De parketrechtbank kan niet uitmaken of die straf volgens een rechtsregel werd opgelegd. De verwijzing naar de administratieve beslissing is inderdaad verkeerd, aangezien die het toezicht op de werklozen van Mushie betreft en niet de gewoonterechtelijke omschrijvingen. Met de eis dat de opgegeven rechtsregel de juiste moet zijn, staan we echter meteen in het toezicht op de juiste toepassing van het recht.

134. DE VERPLICHTE VERMELDING VAN NAGELEEFDE VORMEN IN DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN CASSATIE.

De verplichte vermeldingen waarvan het verzuim de nietigheid van het vonnis teweegbrengt, betreffen ook de rechtspleging. Laat ons om te kunnen vergelijken eerst onderzoeken wat de leer is van het Belgische Hof van Cassatie nopens het bewijs der vormgebreken.

Het vonnis moet uit zichzelf het bewijs van de inachtneming van alle wettelijke vormen leveren (191). Deze door rechtsleer en rechtspraak eensluidend bevestigde regel is van algemene toepassing, zowel in burgerlijke als in strafzaken. Inzake rechtspleging bezitten de documenten der rechtspleging een bijzondere bewijskracht. Het zittingsblad houdende minuut van het vonnis, naar luid van artikel 36 van het decreet van 30 maart 1808, en ondertekend door de voorzitter en de griffier (artikel 164 van de wet van 18 juni 1869, artikel 138 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering), is een authentiek document, en al wat erin opgenomen is wordt voor waar gehouden behoudens aanklacht wegens valsheid van geschrift (192). In straf-

(191) Cfr. Elizabethstad, 24 maart 1934, *R.J.C.B.* 1935, blz. 21 : *„Les dispositions légales qui visent la constitution du tribunal étant d'ordre public, il s'ensuit que tout jugement doit fournir la preuve qu'il a été rendu par une juridiction légalement composée".*

(192) BRAAS, *Précis de procédure civile,* blz. 483 en 816 ; *R.P.,* V° *Jugements et arrêts,* nr. 348 ; Verbr., 11 juli 1946, *Pas.,* 298 ; Verbr., 28 maart 1949, *Pas.,* 239 ; Verbr., 12 november 1951, *Pas.* 1952, 136.

zaken bezitten de zittingen-processen-verbaal, ondertekend door de voorzitter en de griffier, dezelfde bewijskracht (193).

Iedere vorm dus waarvan de voltrekking aangestipt wordt op het zittingsblad of op het zittings-proces-verbaal, zal dus wettelijk bewezen in acht genomen te zijn behoudens aanklacht wegens valsheid in geschrift. Zullen eveneens vaststaan alle onregelmatigheden die uit dezelfde geschriften blijken (194). Anderzijds zal elke vorm waarvan de inachtneming niet uitdrukkelijk vermeld staat op het zittingsblad of het zittings-proces-verbaal, vermoed worden weggelaten te zijn (195).

In strafzaken beschouwt men tegelijkertijd de minuut van de uitspraak en het zittings-proces-verbaal. Een aantal arresten stelt uitdrukkelijk het beginsel voorop dat het uit de samenvoeging van deze twee authentieke documenten is, dat het bewijs ontstaat van de regelmatigheid of de onregelmatigheid van de rechtspleging.

Een arrest van 26 maart 1849 luidt : *„Attendu que le jugement ou la procédure doivent contenir la preuve que la juridiction qui a statué était légalement constituée"* (196). In meer nauwkeurige termen zegt een arrest van 6 december 1954 : *„Attendu que la preuve de l'observation des dispositions des articles 190 et 211 du Code d'instruction criminelle ne doit pas nécessairement résulter du texte même de l'arrêt, que cette preuve peut résulter aussi des mentions non contradictoires des procès verbaux des audiences"* (197).

De studie van de recente rechtspraak toont aan dat dit procédé traditioneel is ; in ontelbare arresten worden de vaststellingen over de regelmatigheid of de gebreken der vormen ingeleid door formules als : *„Attendu qu'il ne résulte ni du jugement attaqué, ni du procès-verbal de l'audience du tribunal correctionel de . . ."* of *„Attendu que suivant les énonciations des procès-verbaux des 14 mars 1949 et 26 avril 1949, ainsi que de la décision attaquée . . ."* (198).

Wanneer het inachtnemen van de wettelijke vormen vastgesteld wordt zowel in de minuut als in het zittings-proces-verbaal, of wanneer het vastgesteld wordt in één van die documenten en dat deze vaststelling niet tegengesproken wordt door de andere, zal de rechtspleging behoudens aanklacht

(193) BRAAS, *op. cit.*, blz. 483 ; *R.P.*, V° *Jugements et arrêts*, nrs. 318 en 337-8 ; Verbr., 26 juni 1951, *Pas.*, 738.

(194) *R.P.*, V° *Procédure pénale* nrs. 659-661 ; Verbr., 6 december 1954, *Pas.* 1955, blz. 32 ; Verbr., 7 februari 1955, *Pas.*, 599 ; Verbr., 21 maart 1955, *Pas.*, 803.

(195) SCHEYVEN, blz. 201-2 ; *R.P.*, V° *Jugements et arrêts*, nrs. 337-8, 395 en 407 ; Verbr., 13 januari 1947, *Pas.* 12 en 6 oktober 1947, *Pas.*, 395 ; Verbr., 20 juni 1949, *Pas.*, 459.

(196) BRAAS, *op. cit.*, blz. 816 ; SCHEYVEN, blz. 202 ; *R,P.* V° *Jugements et arrêts*, nr. 340 ; Verbr., 11 juli 1946, *Pas.*, 298 ; Verbr., 17 februari 1947, *Pas.*, 56 ; Verbr., 12 november 1951, *Pas.*, 136 ; Verbr., 8 december 1952, *Pas.* 1953, 225.

(197) *Pas.*, 1955, 320 ; zie eveneens : Verbr., 22 maart 1954, *Pas.*, 649.

(198) Zie bijvoorbeeld Verbr., 26 september 1949, *Pas.* 1950, 21 ; Verbr., 27 november 1950, *Pas.* 1931, 186 ; Verbr., 12 november 1951, *Pas.* 1952, 136.

wegens valsheid in geschrift geacht worden regelmatig te zijn (199). Zal eveneens vaststaan de onregelmatigheid of de weglating die uit de twee documenten blijkt, of door één ervan indien zulks door het andere niet tegengesproken wordt. Elke wettelijke vorm waarvan de naleving niet vastgesteld werd hetzij in de minuut en het zittings-proces-verbaal, hetzij in één van die stukken, zonder dat deze vaststelling tegengesproken wordt door het andere, zal geacht worden weggelaten te zijn (200).

In geval van tegenspraak tussen de minuut van het vonnis en het zittings-proces-verbaal, bijvoorbeeld wanneer de samenstelling van de rechtbank verschilt in de twee documenten, oordeelt het Hof dat het bewijs van de regelmatigheid van de rechtspleging niet geleverd is, en verbreekt bijgevolg de beslissing (201).

Met het oog op de bijzondere bewijskracht die gehecht wordt aan de stukken van de rechtspleging, en namelijk aan de minuten van vonnissen en arresten en aan de zittingen-processen-verbaal, staat het Hof behoudens aanklacht wegens valsheid in geschrift geen enkel bewijs toe boven of tegen de vermeldingen in deze stukken. Evenmin staat het toe het bewijs van onregelmatigheden die niet zouden blijken uit vermeldingen in deze stukken : aldus zou onontvankelijk zijn het bewijs door getuigen van onwettelijke communicaties die plaats gevonden zouden hebben tussen de gezworenen en getuigen, terwijl de procedurestukken er niet het minste bewijs van leveren (202).

Kortom, het mag gezegd dat voor het Belgische Verbrekingshof elke onregelmatigheid, elke weglating noodzakelijkerwijze moet blijken uit de minuten van vonnissen en arresten of van de zittingen- processen-verbaal : er zijn geen andere bewijzen toegelaten.

135. DE NALEVING VAN EEN VORM EN DE MELDING HIERVAN. EEN VERGELIJKING VAN DE CASSATIERECHTSPRAAK EN VAN DE VERNIETIGINGSRECHTSPRAAK.

De naleving van een vorm mag echter niet verward worden met de melding die ervan gemaakt wordt in de akte waarvan de opstelling zelf hoort tot de wettelijke vormen. Het feit dat dezelfde rechters de hele rechtspleging door bleven zetelen, is iets anders dan de melding die telkens in het zittings-

(199) Verbr., 13 januari 1947, *Pas.*, 12 ; Verbr., 17 maart 1952, *Pas.*, 444 ; Verbr., 5 mei 1952, *Pas.*, 552 ; *R.P.*, V° *Jugements et arrêts*, nr. 144.

(200) *R.P.*, V° *procédure pénale*, nr. 663 ; V° *Jugements et arrêts*, nr. 144 ; Verbr., 17 februari 1947, *Pas.*, 56 ; 3 maart 1947, *Pas.*, 97 ; Verbr., 28 maart 1949, *Pas.*, 239 ; Verbr., 20 juni 1949, *Pas.*, 459 ; Verbr., 7 november 1949, *Pas.* 1950, 121 ; Verbr., 27 november 1950, *Pas.* 1951, 186 ; Verbr., 12 november 1951, *Pas.* 1952 136 ; Verbr., 8 december 1952, *Pas.* 1953, 225.

(201) Verbr., 25 oktober 1948, *Pas.*, 596 ; Verbr., 6 maart 1950, *Pas.*, 479.

(202) SCHEYVEN, blz. 204.

blad gemaakt werd nopens de identiteit van de rechters ; de eed doen afleggen door een expert en het schriftelijk vaststellen dat deze vorm werd nageleefd, zijn twee verschillende dingen.

Nu zijn voor het Hof van Cassatie ten opzichte van de geschreven-rechtelijke rechtbanken het feit en de melding ervan praktisch gezien hetzelfde, vermits melding van het feit bindt behoudens aanklacht wegens valsheid in geschrift en dit dus elke ernstige betwisting ondervangt. Soms werd die houding ook door een parketrechtbank aangenomen. Aldus vroeg een eiser de nietigheid op grond van het feit dat hij er niet was mee akkoord gegaan, het geding in een reeds afgedane grondenzaak opnieuw aanhangig te maken, in weerwil van de melding van het tegendeel in het aan het vonnis gehechte zittingsblad.

De parketrechtbank van THYSSTAD (1958, 56) verwerpt de eis : *„attendu qu'à défaut de plainte en inscription en faux prouvée, il y a lieu de s'en tenir au procès-verbal"*. In een aantekening bij dit vonnis meende de procureur nochtans dat de parketrechtbank de plicht had een onderzoek te wijden aan dit middel. Meestal wordt een onderzoek bevolen, zoals uit de volgende gevallen mag blijken.

> Als annulatiegrond wordt in een andere grondenzaak aangevoerd dat een zekere rechter Kinsumba niet als getuige werd gehoord, in tegenstelling tot wat het zittingsblad vermeldt. De parketrechtbank van THYSSTAD (1958, 44) onderzoekt dit punt door rechter Kinsumba te verhoren. Het middel wordt echter als ongegrond verworpen. Elders nog beweert de eiser in vernietiging dat de voorzitter niet aanwezig was ter zitting bij het verhoor der getuigen. De parketrechtbank van BOMA (1958, 1) stelt een onderzoek in, maar de bewering blijkt ongegrond te zijn en de eis wordt verworpen.

Alhoewel het zittingsblad nergens vermeldt dat de eiser in voorziening bepaalde getuigen wou doen horen, aanvaardt de parketrechtbank dat dit verslag gebrekkig kan zijn (KIKWIT 1958, 20 ; BOMA 1957, 41). Contra : LEOPOLDSTAD 1959, 73. *„Il ne résulte pas de la feuille d'audience qu'il a cité un témoin quelconque"*.

De rechtspraak van de parketrechtbanken aanvaardt dus in beginsel dat een onderzoek mag bevolen worden om na te gaan of een vermelde vorm werkelijk nageleefd werd.

Om tot de cassatierechtspraak terug te keren, merkten we op dat indien nergens in de stukken waar het Hof inzage van mag nemen een melding te bespeuren valt van de naleving van een substantiële vorm, het Hof tot niet-naleving ervan besluit. Indien aldus noch in het proces-verbaal van een plaatsopneming, noch in het vonnis melding gemaakt wordt van de openbaarheid van deze onderzoeksmaatregel, zal cassatie volgen, omdat verondersteld wordt dat die vorm niet nageleefd werd (203).

(203) Verbr., 24 mei 1965, 1023.

De parketrechtbank van BOMA (1958, 51 en 127) vernietigt op dezelfde wijze een vonnis dat nergens de identiteit van de rechters vermeldt. In een noot merkt de procureur echter op dat de parketrechtbank een onderzoek had moeten bevelen, en dat trouwens volgens het decreet, en dit in tegenstelling tot het Hof van Cassatie, de parketrechtbank nooit verplicht is te vernietigen, -wel mag vernietigen.

In een zaak van bouw op andermans grond vordert eiseres vernietiging o.a. omdat het deskundig onderzoek niet op tegenspraak gebeurde. De parketrechtbank van LEOPOLDSTAD (1958, 75) vernietigt : *„attendu que rien dans le jugement entrepris ne permet de mettre en doute les prétentions de la demanderesse et ne permet de constater que cette formalité essentielle a été respectée".*

Men mag zeggen dat voor het Hof van Cassatie toezicht op de naleving van de substantiële vormen neerkomt op het toezicht van de in de motivering voorkomende vermeldingen. Dit is daarentegen, naar de mening van de procureur des konings van Leopoldstad en volgens een deel van de rechtspraak, niet het geval voor de parketrechtbanken.

Een vergelijking kan hier gemaakt worden met de bevoegdheden van de Franse Raad van State in verband met het opzoeken van vormonregelmatigheden (204). ALIBERT wijst op de uitgebreide bevoegdheden en middelen waarover de Raad van State beschikt om een vormverzuim op te sporen en vast te stellen :

> „Il peut se livrer à des investigations, recourir à des productions de pièces, procéder à des compléments d'instruction, composer le dossier comme il le juge utile, il peut rechercher les circonstances qui ont entouré l'accomplissement d'une formalité, les raisons qui ont empêché cet accomplissement, les motifs qui ont influencé la composition d'un Conseil Consultatif, d'un corps délibérant ou d'une juridiction disciplinaire, il peut rechercher si l'autorité qui a donné son avis dans l'affaire était réellement qualifiée, si le supérieur consulté à l'occasion d'une mesure disciplinaire était bien compétent en égard à la situation du subordonné au moment où la mesure a été prise, etc." (205).

Een verwerping van een voorziening op de stukken – zoals gebeurde in bijvoorbeeld : LEOPOLDSTAD 1959, 71 (niet-bestaan van huwelijk), 72 (overerving van een perceel), 73 (echtscheiding) – zou dus volgens deze opvatting slechts mogen plaats hebben, indien alle substantiële vermeldingen aanwezig zijn, en indien er geen aanwijzing voor bestaat dat een vermelding vals zou zijn.

Het motiveringsgebrek wordt niet als zodanig bestraft, maar slechts als er de niet-naleving van een substantiële vorm uit blijkt. Opdat de motivering

(204) Voor de Belgische Raad van State, zie : HAESAERT, J.P., *op. cit.*, blz. 183-6.
(205) ALIBERT, *Le Contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1962, blz. 226.

aanleiding zou geven tot vernietiging, moet de rechter een rechtsregel geschonden hebben die hem datgene voorschreef te doen of te zeggen wat hij in zijn vonnis naliet te melden. Zo zou bijvoorbeeld door het toekomstige Kongolese Hoogste Gerechtshof aan artikel 87 van het wetboek van strafvordering de verplichting vastgehaakt moeten worden om in het strafvonnis de toegepaste regels aan te stippen, – en niet aan het artikel van de grondwet dat de motivering van de vonnissen voorschrijft (206).

We mogen zeggen dat voor de parketrechtbank de zienswijze gold, dat de rechter ten gronde een rechtsregel geschonden moest hebben volgens welke hij verplicht was te doen of te zeggen wat hij in zijn uitspraak naliet te vermelden, opdat de uitwendige vorm van het instrument (alleen bedoeld door het grondwettelijk artikel) onwettelijk zou zijn. Prof. RIGAUX spreekt hier van een *subordination de la forme au fond.*

2. Tegenstrijdigheid tussen een reden en het beschikkend gedeelte

136. AFWEZIGHEID VAN VERBAND TUSSEN EEN MOTIEF EN HET BESLISSEND GEDEELTE

Motieven die het gemakkelijkst kunnen gelijkgesteld worden met afwezigheid van motieven, zijn die welke naar de woorden van procureur-generaal P. LECLERCQ geen verband hebben met het beschikkend gedeelte (207).

De gewestrechtbank verklaart in een motief een stuk grond medeeigendom van twee clans, maar in het beslissend gedeelte wordt beslist dat de ene clan slechts de vruchten van de huidige beplantingen mag oogsten, en geen nieuwe beplantingen doen. Het vonnis wordt wegens tegenstrijdigheid tussen motief en dispositief vernietigd (BOMA 1959, 52).

Eiser had klacht ingediend wegens vrijwillige slagen en verwondingen tegen een taxichauffeur, die veroordeeld wordt. Het vonnis wordt vernietigd wegens : *„discordance entre l'enquête et la motivation d'une part et le dispositif d'autre part"* (LEOPOLDSTAD 1959, 36).

Nog een voorbeeld : *„attendu qu'il y a contradiction et donc absence de motivation entre l'invocation de la chose jugée dans les motifs et modification du jugement dont la force jugée est invoquée dans le dispositif"* (BOMA 1958, 117). Veeleer dan tegenstrijdigheid tussen reden en beslissing is er afwezigheid van reden in een vonnis in beroep dat beweert zijn beslissing te treffen op grond van de motieven van de eerste rechter, maar dat zonder enig eigen motief het vonnis a quo wijzigt.

(206) Voor een kritiek op procureur-generaal LECLERCQ, die aan artikel 97 van de grondwet de verplichting van de rechter ten gronde om de strafwettelijke bepalingen weer te geven verbond, zie RIGAUX, nr. 264. Cfr. Verbr., 3 juni 1960, *J.T.O.* 1960, 106, (de voorziening wordt verworpen omdat artikel 97 van de Belgische grondwet aangehaald wordt, en niet artikel 20 van de Koloniale Keure).

(207) Noot 8, *Pas.* 1931, 11.

In een geding over private inbeslagneming wijzigt de gewestrechtbank het vonnis van de centrumrechtbank : terecht werd acht dagen strafdienst opgelegd, meent de gewestrechtbank, maar in het dispositief wordt met geen woord meer over de strafdienst gerept. Het vonnis wordt wegens *„contrariété entre le motif et le dispositif"* vernietigd (LEOPOLDSTAD 1958, 126). Om dezelfde reden werd door de parketrechtbank van BOMA (1957, 69) vernietigd : *„sur ce point le tribunal de territoire estime devoir reviser"*, vermeldt de motivering, maar het dispositief vernietigt het hele vonnis.

137. TEGENSTRIJDIGE BESCHIKKINGEN IN HET BESLISSEND GEDEELTE

Aan de hand van enkele voorbeelden kan men inzien dat de tegenstrijdigheid tussen een motief en het dispositief eigenlijk te beschouwen is als een tegenstrijdigheid tussen twee beschikkingen van het dispositief. De beschikkingen van het beslissend gedeelte van een vonnis hoeven inderdaad niet op sacramentele wijze op het einde van de motivering gegroepeerd te staan.

De gewestrechtbank van Gungu beslist dat de inwoners van Lukole drie maanden tijd hebben om hun dorp te verplaatsen en zich terug buiten het plateau te gaan vestigen ; in een motief staat anderdeels te lezen dat de grens van de gronden zich op de kamlijn bevindt. De tegenstrijdigheid in de motieven is eigenlijk een tegenstrijdigheid in de dispositieven : „Ge zult tot de kamlijn kunnen komen" en „Ge zult het plateau niet meer betreden". Beide bevelen kunnen niet tegelijkertijd uitgevoerd worden. De parketrechtbank van KIKWIT (1957, 34) vernietigt het vonnis wegens tegenstrijdigheid tussen motief en dispositief.

> De rechtbank van het voorstedelijk gebied van Leopoldstad besloot tot het niet-bestaan van het huwelijk tussen partijen, maar sprak tevens de echtscheiding uit ; vernietiging volgde wegens tegenstrijdigheid tussen motief en dispositief (LEOPOLDSTAD 1959, 8).

In een geding waarin het ging om een gedane schenking van gronden en de klacht van de schenker dat de begiftigde vruchtgebruik ervan had toegestaan aan vreemdelingen, zegt een motief van het vonnis dat de grond Kinsele hoort tot het onroerend patrimonium van de clan *Ntinu nsako na vanda* die er elke normale ontginning mag van genieten ; het dispositief daarentegen beslist dat elke cessie van rechten omtrent het terrein goedgekeurd moet worden door de schenkersclan *Malua ma lemba*, en dat elke vergoeding daaruit met hem verdeeld moet worden. Het vonnis wordt vernietigd wegens tegenstrijdigheid tussen motief en dispositief (LEOPOLDSTAD 1958, 109).

Er moet opgemerkt worden dat de tegenstrijdigheid hier bestaat tussen juridische begrippen. In feite gaat het in dit vernietigingsvonnis om een

verkeerde toepassing van het recht (208), tenminste in de ogen van de substituut die zich onzes inziens door een geschrevenrechtelijke optiek heeft laten misleiden in de kwalificatie (209) van de gewoonterechtelijke juridische verhoudingen.

Een man beschuldigt een andere voor de gewestrechtbank van Matadi op grond van lasterlijke aantijging : de verweerder zou het gerucht verspreid hebben dat hij met de echtgenote van eiser overspel zou hebben gepleegd. De verweerder beweert dat zijn echtgenote zelf hem hiervan op de hoogte bracht. De rechtbank vindt dat dit een fout is, omdat verweerder de voorzichtigheid had moeten hebben om de waarheid van de bewering na te gaan. Ondanks deze bevinding wordt de vordering verworpen. Aldus beslist de rechtbank eensdeels dat het gedrag van verweerder een fout uitmaakte, maar weert in het dispositief anderdeels elk verband tussen de fout en het schadetoebrengend gerucht. Wegens tegenstrijdigheid tussen een motief en het dispositief wordt het vonnis door de parketrechtbank van BOMA (1958, 5) vernietigd. Tot dezelfde vernietigingsgrond kan de tegenstrijdigheid tussen cijfers herleid worden, bijvoorbeeld ingeval de rechter ten gronde de schade raamt op 5.000 fr en in het dispositief 15.000 fr toekent. Dit mag noch met de materiële fout, noch met de rekenfout verward worden, die beide moeten hersteld worden door de rechtbank die ze maakte.

3. Het onbeantwoord laten van redenen van eis of verweer

138. DE IN HET VONNIS TE BEHANDELEN GESCHILPUNTEN VAN FEITELIJKE AARD

Het risico, redenen op te geven die dubbelzinnig zijn of het dispositief tegenspreken, zou de rechter ten gronde kunnen ontlopen door zich eenvoudig te onthouden een antwoord te geven op alle punten uit de besluiten van de partijen. Maar de Hoven van cassatie en ook de parketrechtbanken hebben de genoemde controle op de motivering veilig gesteld door het onbeantwoord laten van een grond ter ondersteuning van een eis, verweer of exceptie te bestraffen als een gemis aan motivering. Iedere uitspraak moet de gerezen geschilpunten van feitelijke aard met een redelijke mate van volledigheid behandelen.

Het vonnis moet volgens de rechtspraak (210) slechts met de gronden stroken, niet met de argumenten. Dit onderscheid tussen afzonderlijk te

(208) Zie hieromtrent het volgende hoofdstuk.
(209) Cfr. GUY, P., Les conflicts de qualification en matière indigène, *Penant*, 57 (1947), nr. 552, II (doctrine), blz. 25-32.
(210) RIGAUX, nr. 213.

behandelen grondslagen en (desgewenst) stilzwijgend voorbij te gane argumenten, laat veel ruimte voor appreciatie (211). De eiser in cassatie kan het onbeantwoord laten slechts aantonen door naar een geschrift te verwijzen dat vóór de sluiting der debatten werd neergelegd, en waarvan het bestaan door meldingen uit het aangevochten vonnis of arrest wordt bewezen. Technisch gezien wordt in België dan eventueel verbroken wegens schending van de bewijskracht van de besluiten. Vermits er zelden geschreven conclusies genomen worden voor de coutumiere rechtbanken (behalve wanneer voor de stadsrechtbank wel eens een verdediger in de arm wordt genomen), zal een eiser in vernietiging het onbeantwoord laten van redenen van eis of verweer slechts kunnen aantonen door verwijzing naar meldingen uit het zittingsblad die een soort begin van bewijs kunnen uitmaken.

We geven enkele voorbeelden uit de onderzochte rechtspraak.

Vrouwe Bifoto eiste van haar echtgenoot Monpole betaling van een onderhoudsvergoeding van tweeëntwintig maanden voor de gewestrechtbank van Leopoldstad. De man beweerde dat hij haar volgens de gewoonte naar huis gezonden had wegens overspel, en haalde als bewijs hiervan een brief aan die aan het streekhoofd was gericht en waarin hij vergiffenis schonk en de terugkeer van de vrouw vroeg. De vrouw had echter echtscheiding verkozen, hetgeen haar nochtans door de gewestrechtbank van Lulonga geweigerd werd. Ze weigerde naar Leopoldstad terug te keren, en besloot slechts later hiertoe ; samenleving weigerde ze dan, en hierin vond de man de reden om zijn verplichtingen niet na te komen. Hij werd niettemin tot betaling van 5.500 fr veroordeeld. Dit vonnis wordt vernietigd : *„attendu que le jugement entrepris ne fait aucune mention des circonstances citées, alors qu'il en avait connaissance selon les mentions de la feuille d'audience"*. Er werd door de gewestrechtbank dus geen antwoord gegeven op het verweer van Monpole, de echtgenoot (LEOPOLDSTAD 1958, 76).

In een grondenzaak roept de verweerder van de clan Mbamba-Kalunga, die deelnemende partij was bij een vroeger vonnis van 1954, het gezag van gewijsde in. De eiser, die afkomstig is van dezelfde clan en eigen rechten inroept op een grond, laat opmerken dat het ingeroepen vonnis hem niet aanbelangt. Hier antwoordde de rechtbank niet op, en het vonnis wordt hiervoor vernietigd : *„attendu que le jugement a quo ne rencontre pas ces arguments et se contente pour débouter le demandeur de dire que les terres litigieuses ont fait l'objet du jugement de 1954"* (THYSSTAD 1957, 25).

„Attendu que le demandeur a excipé d'un cas de force majeure, que le jugement n'a pas examiné cette exception" (KIKWIT 1959, 19) ; *„attendu qu'en ne vérifiant pas si le régime fut coupé dans la propriété du plaignant, le jugement n'a pas rencontré les conclusions du défendeur initial"* (BOMA 1958, 106) ; in een geschil nopens de verdeling van een huwelijks-

(211) VEEGENS, nr. 105, blz. 187.

gemeenschap : *„attendu que le tribunal n'a pas rencontré l'argumentation de Boketsu (l'état justificatif) pour ne lui accorder que 5.000 frs"* (LEOPOLDSTAD 1957, 3).

De eiser voor de centrumrechtbank had andermans fiets laten herstellen met het inzicht hem daarna te kopen ; na de herstelling weigerde de eigenaar echter te verkopen. Het vonnis veroordeelt de eiser tot schadevergoeding ten voordele van de verweerder, omdat deze tijdens die periode de fiets niet had kunnen gebruiken. Het vonnis valt dus anders uit dan verwacht, zonder echter te verklaren waarom het niet ingaat op de vordering. Het wordt vernietigd (LEOPOLDSTAD 1958, 91).

139. DE GETUIGENISSEN VOOR DE GEWOONTERECHTBANKEN

Hier moet opgemerkt worden, dat de getuigen in de gewoonterechtelijke procedure vaak niet als neutrale waarnemers beschouwd worden, maar als voorsprekers van de partij wier standpunt ze ondersteunen. Dit standpunt kan in hun verklaringen geformuleerd staan, waardoor begrijpelijk wordt dat er soms vernietigd wordt indien het vonnis er niet aan beantwoordt : *„attendu que le tribunal n'a tenu compte que du rapport des experts pour allouer le terrain, sans réfuter les témoignages des personnes qui avaient déposé en sens défavorable, qu'il devait faire connaître les motifs pour lesquels il considère les témoignages sans valeur"*. Blijkbaar bevatten de getuigenissen de gronden van de vordering, en hierop werd geen antwoord gegeven, zodat vernietiging volgt (BOMA 1958, 39). *„Attendu que le tribunal de territoire se base sur le seul témoignage de Lionso, cité par le défendeur, et ne s'explique pas dans la motivation pourquoi il ne pouvait retenir les autres dépositions"* (BOMA 1957, 1 ; idem in een zaak van jachtrechten, INONGO 1958, 51).

140. EEN MOGELIJK MISBRUIK VAN DIE VERNIETIGINGSGROND

Bij deze vernietigingsgrond is er gevaar voor misbruik. De Hoven van cassatie hebben inderdaad de motiveringsvereisten misbruikt, door niet alleen het onbeantwoord laten te bestraffen, maar eveneens het onvoldoende of ongeschikte karakter van het antwoord (*réponse inadéquate*) (212). Noodzakelijkerwijze moet het Hof hiervoor de besluiten uitleggen en appreciëren of de rechters er een voldoende antwoord op geven. Langs dit achterpoortje dringt de hele betwisting *nopens de feiten*, langs het toezicht op de motivering om, in de verbrekingsinstantie binnen.

(212) RIGAUX, nr. 216.

141. HET ONBEANTWOORD LATEN VAN EEN OPGEWORPEN VRAAG VAN GEWOONTERECHT

De leemten in de *juridische* motivering mogen inderdaad door het Hof aangevuld worden. Wat de vernietiging betreft, moet hier opgemerkt worden dat deze juridische aanvulling in beginsel niet mogelijk is. Met het oog op deze vernietigingsgrond mag – processueel dus – een lokale gewoonterechtsregel als een feit behandeld worden, waarvan het onbeantwoord laten een motiveringsgebrek oplevert. Enkele voorbeelden mogen dit punt illustreren.

Kote vroeg vergoeding voor de schade die aan zijn gewassen was berokkend door het vee van Goma. Goma beweerde echter dat volgens het lokale gewoonterecht slechts schadevergoeding verschuldigd was in geval het veld buiten een straal van ongeveer 1 km. van het dorp lag. Over dit verweer zweeg het vonnis, en het werd vernietigd : *„attendu que l'argument ne fut pas rencontré par le tribunal de territoire"* (MATADI 1959, 22),

De eiser vroeg dat verweerder zou ophouden water te halen op de plaats waar hij het nu haalde, daar aldus zijn water werd bevuild. Verweerder had vroeger die waterplaats in gebruik gehad en dan verlaten, waarna de eiser zijn huidige waterplaats stroomafwaarts van die welke verlaten werd in bezit nam. Verweerder nam zijn oude waterplaats nu echter weer in gebruik tot schade van de eiser, die dit wil beletten. Het vonnis geeft geen gevolg aan de vordering, maar het wordt vernietigd : *„attendu que le tribunal n'a pas répondu aux moyens tirés de l'abandon de l'ancienne prise d'eau, et du préjudice découlant de sa réoccupation alors que le demandeur était chef de terre, mais s'est limité à déclarer que l'ancienne prise d'eau existait avant l'installation par le demandeur d'une nouvelle prise d'eau"*. Eigenlijk wordt een rechtsvraag aldus niet beantwoord (BOMA 1959, 71).

> „Attendu que le tribunal a passé outre à la coutume invoquée par le défendeur sans en vérifier l'existence ou motiver la raison de son rejet, et qu'il basa son jugement sur un usage semblable quant au fond à l'article 258 du Code Civil colonial L.III". (INONGO 1958, 28).
>
> „Attendu que le jugement omit de rencontrer l'argument avancé (het kerkelijk huwelijk)" (LEOPOLDSTAD 1958, 105) (213).

Dikwijls zal als reden voor de vernietiging tevens schending van de rechten van de verdediging opgegeven worden. Deze zienswijze wordt door MOTULSKI gedeeld : *„c'est l'obligation de faire un écho à chaque „charnière" de l'argumentation, il s'agit autrement dit, de donner aux parties l'assurance que le juge examinera de près l'articulation de leurs moyens :*

(213) Zie nog : Parketrb. Kabinda 10 augustus 1950, *J.T.O.* 1951, 147, noot ; 14 september 1951, *J.T.O.* 1952, noot.

nous sommes, à nouveau, en présence d'un devoir destiné à assurer le respect des droits de la défense" (214).

b) *Verdere ontwikkeling op materieelrechtelijk gebied*

142. EEN ZELFSTANDIGE CASSATIEGROND

Het *défaut de motifs* heeft het Franse verbrekingshof steeds binnen de oorspronkelijke enge perken gehouden, maar daarnaast heeft het sinds omstreeks 1900 een nieuwe, zelfstandige cassatiegrond ingevoerd, het *défaut de base légale*. Een afzonderlijke cassatiegrond werd eveneens in het Italiaanse wetboek van burgerlijke rechtspleging van 1940 opgenomen : het verzuim van onderzoek van een beslissend feit d.w.z. van een feit dat partijen als litis decisoir hebben aangemerkt (art. 360, 5). Bij een wijzigingswet van 1950 werd de term „beslissend feit" vervangen door „beslissend punt van het geschil". Een afzonderlijke cassatiegrond invoeren vond CARNELUTTI echter overbodig, aangezien een formeel toezicht op de motivering reeds mogelijk gemaakt werd door het vierde lid van artikel 360, waarbij cassatie voor „nietigheid van de uitspraak of van de rechtspleging" voorzien wordt (215). In deze zin heeft blijkbaar ook het Belgische verbrekingshof geredeneerd, vermits een scherp toezicht op de inhoud der motieven werd uitgeoefend louter op basis van een tekst die een zuiver formele vereiste stelt, artikel 97 van de grondwet namelijk.

Sinds 1919 is ook de Nederlandse Hoge raad bijzondere eisen gaan stellen aan de motivering van die uitspraken welke vatbaar zijn voor cassatie wegens schending van materieel recht, ten einde verzekerd te zijn van een deugdelijke feitelijke grondslag. Het aanknopingspunt in de wet voor deze rechtspraak vormde het artikel 59 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, met zijn voorgeschreven afzonderlijke vermelding van feitelijke en rechtsgronden. Tal van arresten noemen het de strekking van de motiveringsartikelen, dat in cassatie moet kunnen worden beoordeeld, of de wet juist is toegepast op de feiten. De feiten die aan de beslissing ten grondslag liggen, moeten dus voldoende gepreciseerd zijn. Bovendien moet van alle feitelijke stellingen van partijen, die voor de rechtstoepassing ter zake dienen, worden vastgesteld of zij juist zijn (216).

(214) MOTULSKY, H., Le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mélanges Paul Roubier*, II, Dalloz, 1961, 175.
(215) CARNELUTTI, II, nr. 576.
(216) VEEGENS, blz. 186.

143. DE DOOR DE PARKETRECHTBANKEN NAGEVOLGDE BELGISCHE CASSATIERECHTSPRAAK

Terwijl de Belgische auteurs twee fundamentele cassatiegronden onderscheiden, plaatsen de meeste de motiveringsvereiste in de tweede categorie : de schending der vormen van rechtspleging (217). De twee motiveringsvereisten die in de Franse doctrine onderscheiden worden als eensdeels het *défaut de base légale* en anderdeels het *défaut de motifs* (waarin vervat zijn zowel de algehele afwezigheid van redenen als de afwezigheid van antwoord op een grond in besluiten van partijen vervat), zijn in België zonder onderscheid verbonden aan de schending van de eerste zin van artikel 97 van de grondwet : „iedere uitspraak moet met redenen omkleed zijn". Elke gebrekkige motivering is in België een vormverzuim. Louter op basis van artikel 35, 3 van het decreet op de inlandse rechtbanken, dat de schending van wezenlijke vormen vermeldt en dus ook van de door de Koloniale Keure opgelegde verplichting tot opgave van redenen, hebben aldus ook de parketrechtbanken de vonnissen, waarvan de motivering geen verband hield met het dispositief, contradictorisch, *dubbelzinnig* of onvoldoende was, vernietigd. Zoals het Brusselse Hof hebben zij op grond van een tekst die slechts een zuiver formele vereiste bevat, een scherpe controle uitgeoefend op de inhoud der motieven.

Een rechtbank had een geschreven tekst toegepast die de aangifte van geboorte verplicht stelde binnen een bepaalde tijd, maar waarvan een artikel bepaalde dat er geen boete verschuldigd zou zijn als men zich spontaan aanbood om de laattijdige aangifte te doen. Dit element had de rechtbank bij het straffen in het duister gelaten (218). Om die reden wordt het vonnis door de parketrechtbank van INONGO vernietigd (1958, 4).

> *„Attendu que rien ne prouve la paternité du demandeur en annulation, que la future mère est d'inconduite notoire, que le tribunal n'a pas fait porter suffisamment son enquête sur ce point"* (LEOPOLDSTAD 1959, 53). Er wordt dus vernietigd omdat niets in het vonnis bewijst dat de hypothese van de gewoonterechtsregel wel degelijk aanwezig is. De annulatierechter kan niet uitmaken of het biologische vaderschap ondanks het opgeworpen slechte gedrag van de aanstaande moeder voldoende vaststaat, dan wel of de lagere rechtbank dit element van geen belang acht voor de toepassing van de rechtsregel die verplicht tot vergoeding na verleiding.

(217) Zie b.v. SIMONT, nr. 205 en v. ; V° *Pourvoi*, nr. 508 en v.

(218) Cfr. Verbr., 28 maart 1939, 176. Hierover : RIGAUX ; nr. 21.
Parketrb. Tanganyika, 16 oktober 1954, *B.J.I.* 1958, 267 : *„N'est pas motivé et viole une forme substantielle prescrite par la loi, le jugement qui condamne le prévenu pour une infraction coutumière, sans vérifier un élément essentiel de l'infraction retenue, en l'espèce, en condamnant le provocateur d'adultère sans vérifier si la femme sollicitée est mariée".*

In een geschil omtrent het bewakingsrecht over een kind vernietigde de parketrechtbank van Leopoldstad, omdat het feit van het biologische vaderschap van de eiser niet werd vermeld : *„attendu qu'en ne constatant pas l'existence d'un élément essentiel de la cause, le jugement est insuffisamment motivé, qu'il est évident que la coutume invoquée ne pouvait s'appliquer que pour autant qu'il soit d'abord établi que l'enfant était bien issu de relations du demandeur et d'Emilie"* (LEOPOLDSTAD 1958, 42). Voor de parketrechter is het onmogelijk uit te maken of in feite niet bewezen werd dat het kind van de eiser was, dan wel of de lagere rechtbank dit feit niet in aanmerking meende te moeten nemen. Dit laatste zou, indien het inderdaad de mening van de rechtbank zou zijn, een verkeerde toepassing van de gewoonte zijn.

144. EEN VOORUITGESCHOVEN POST BIJ HET TOEZICHT OP DE KWALIFICERING

Natuurlijk heeft dit toezicht slechts zin indien de parketrechtbanken wegens schending of verkeerde toepassing van de gewoonte mogen verbreken. Dit toezicht maakt het dan mogelijk, na te gaan of de feitelijke elementen die nodig zijn om de toepassing van de gewoonterechtelijke norm te rechtvaardigen, in het vonnis aanwezig zijn. Eveneens veronderstelt dit dat de annulatierechter de geformuleerde gewoonterechtsnorm in het hoofd heeft. Bij veelvuldig voorkomende gevallen is dit wel het geval, omdat de rechtspraak de gewoonte in een formule kan gegoten hebben. Codificatie van de gewoonte zou ook op dit punt een ruimer toezicht mogelijk maken.

> *„Attendu que la décision est fondée sur un rapport d'expertise qui ne tient compte que de l'exploitation réelle, sans essayer de savoir si cette exploitation ne s'est pas faite abusivement de part ou d'autre"* (BOMA 1957, 82). Met andere woorden : de annulatierechter kan niet uitmaken of de exploitatie niet wederrechtelijk gebeurde, dan wel of dit geen belang heeft, omdat voor de lagere rechtbank slechts de werkelijke uitbating in aanmerking zou komen voor eigendomstoekenning – wat dan in de ogen van de substituut een schending van het gewoonterecht zou zijn.
>
> *„Attendu que l'expertise a omis de rechercher l'existence d'anciens villages, cimetières, et d'autres signes attestant la possession de la terre"* (THYSSTAD 1957, 30). Feiten hieromtrent zijn in het vonnis niet te vinden, zodat de parketrechtbank niet opmaken kan of er geen zijn, dan wel of de lagere rechtbank de kennis van dit feit niet nodig acht – hetgeen een schending van de lokale gewoonte zou betekenen.

145. HET TEKEN VAN EEN RECHTSFOUT

Het ontbreken van een feitelijk motief is soms het teken van een rechtsvergissing, en kan zelfs gelijk staan met een rechtsmotief, dat bestaat uit de impliciete erkenning dat het niet-vermelde element niet tot de kwalificatie van de toestand hoort (RIGAUX, nr. 197).

In een grondenzaak verweerde Toko Sambu zich voor de gewestrechtbank van Tshela door te verwijzen naar een vroegere uitspraak, die hem de grond toegekend had. Bambi Kiama, de eiser, beweerde echter geen partij bij dat vonnis te zijn geweest. Dit beantwoordde de gewestrechtbank met de vaststelling dat Bambi clanbroeder van een der partijen was, en dus als partij te beschouwen was. Het vonnis wordt door de parketrechtbank van Boma vernietigd : *„attendu que le tribunal a omis d'examiner en détail les relations entre Bambi et son frère de clan, partie au procès 6565/1958, qu'ils appartiennent à une lignée différente"* (BOMA 1959, 79).

Eigenlijk staan we hier voor een verkeerde toepassing van een rechtsregel : Wie van dezelfde lineage is, zou in een grondenzaak als partij beschouwd mogen worden, maar niet allen die tot dezelfde clan behoren. Op te merken valt dat slechts op grond van schending van het gewoonterecht zou kunnen verbroken worden, indien het feit dat Bambi tot een andere lineage hoort, uit het aangevochten vonnis blijkt. Zoniet kan er slechts wegens motiveringsgebrek verbroken worden, namelijk *défaut de base légale* in de Franse terminologie, dubbelzinnigheid der motieven in de Belgische. Dit laatste is hier dan ook gebeurd : wegens motiveringsgebrek werd vernietigd.

146. SAMENVATTING

Onder de vernietigingsgrond, bestaande uit een onvoldoende vaststelling van feitelijke elementen van de kwalificatie, zijn dus de verschillende gevallen te groeperen waarin de motivering van het aangevochten vonnis weliswaar beantwoordt aan het grondwettelijk vormvoorschrift, maar niet mogelijk maakt te onderkennen of de beslissing juridisch gegrond is. De grond voor de beslissingen moet uit het bijeenbrengen van de vastgestelde feiten met de formulering van de toe te passen gewoonterechtelijke norm blijken : indien op klare wijze uit dit samenbrengen blijkt, dat die norm geschonden of verkeerd toegepast werd, dan zou wegens schending van de gewoonte vernietigd moeten kunnen worden. Indien echter de motieven niet in staat stellen te onderkennen of de feitelijke elementen die nodig zijn om de toepassing van de gewoonterechtsregel te rechtvaardigen aanwezig zijn, staat men voor een gebrek dat de Franse rechtspraak in slecht gekozen bewoordingen *„défaut de base légale"* noemt (219).

Procureur-generaal PAUL LECLERCQ heeft – daarin nagevolgd door de Belgische rechtsleer – deze terminologie bekampt, maar men gaat te ver door het kind met het terminologische badwater weg te gieten (220).

Dit gebrek van het vonnis spruit slechts voort uit een onvoldoende uiteenzetting *van de feiten* vermits door onvoldoende rechtsmotieven het

(219) Cfr. BESSON, nr. 1448 en v.
(220) Cfr. RIGAUX, nr. 201.

toezicht van een Cassatiehof niet gehinderd wordt : de rechtsmotieven worden er zo nodig bijgehaald, of worden aangevuld of rechtgezet.

Toch moet dit gebrek, zoals in Frankrijk en Nederland, als een *afzonderlijke grond* beschouwd worden, en niet als een vormverzuim. De eiser die een beroep doet op deze vernietigingsgrond, zou niet alleen op het motiveringsgebrek moeten wijzen, maar zou tevens de *gewoonterechtsregel* moeten aanduiden, waarvan bij gebrek aan voldoende motivering niet nagegaan kan worden of hij door de rechter ten gronde correct werd toegepast.

Deze vernietigingsgrond is een vooruitgeschoven post in het toezicht op de kwalificatie waarvan we in het volgende hoofdstuk spreken (221). Daarom dient er nogmaals op gewezen te worden dat dit toezicht op de motivering slechts zin heeft indien de vernietigingsrechter wegens verkeerde toepassing der gewoonte mag vernietigen.

147. EEN INBREUK OP DE BEWIJSREGELS

Tenslotte moet gezegd worden dat het in de plaats van een motiveringsgebrek soms om een inbreuk op de bewijsregels blijkt te gaan.

In een geschil nopens een arbeidscontract wordt de werkgever door de gewestrechtbank van Seke-Banza ertoe veroordeeld, een nog niet betaald deel van het loon voor beplantingswerken van drie jaren geleden te betalen.

De werkgever herinnert zich niet slechts een deel betaald te hebben. Het vonnis wordt vernietigd : *„attendu que le jugement n'expose pas les motifs en disant qu'il s'agit d'une manoeuvre absolument trop peu étoffée pour que le tribunal s'arrête aux dénégations du défendeur"* (BOMA 1957, 97). Eigenlijk wordt vernietigd omdat inbreuk was gepleegd op de regel van de aanvoeringsplicht in hoofde van de eisers. Zij moesten bewijzen nog recht te hebben op iets.

> In een zaak van een lening, van aankoop van een vrachtwagen met het geleende geld en van terugneming door de firma van de niet-afbetaalde vrachtwagen, vernietigt de parketrechtbank van LEOPOLDSTAD (1959, 60) : *„attendu que le jugement pèche par insuffisance de motifs, qu'il ne constate pas un des éléments essentiels de la cause, à savoir que le camion est la propriété de Kashama et non de Tanganyka".*
> De parketrechtbank drukt het onhandig uit in de vorm van een feitelijke vaststelling. Bedoeld wordt dat een beslissend punt van het geschil niet bewezen is, of liever dat de rechtbank het niet nodig vond dit punt te laten bewijzen.

Een eiser poogde rechten op een grond te doen gelden, met de bewering dat er op die grond twee verlaten vestigingsplaatsen van eertijds door zijn voorouders bewoonde dorpen bestonden. Dit middel werd door het vonnis a

(221) MARTY, V° *cassation*, nr. 36.

quo verworpen, omdat die voorouders precies slaven waren van het dorp van de verweerder. *„Attendu que cette assertion est toute gratuite et n'apparaît à aucun endroit des débats, qu'il sied au tribunal d'appuyer l'argumentation à la base de la décision sur des éléments de la cause, que dans le cas contraire sa décision n'est nullement justifiée par cause de défaut de motifs"* (BOMA 1958, 55). De parketrechtbank vernietigt het vonnis eigenlijk omdat zij niet kan uitmaken of de slavernij bewezen is.

In een grondenzaak wordt Mangelesi aangeklaagd om te kwader trouw de grenzen te hebben overschreden van de gronden van de eiser, en er huizen te hebben gebouwd en beplantingen te hebben aangelegd. Hij wordt o.a. tot zestig dagen strafdienst veroordeeld. Dit vonnis van de gewestrechtbank van Madimba wordt vernietigd : *attendu qu'il n'y a pas moyen de savoir à la lecture du jugement si réellement Mangelesi a commis les faits qui lui sont reprochés"* (THYSSTAD, 1957, 2).

c) *Uitbreiding van de motiveringsvereiste tot een waarborg voor een verstaanbare rechtspraak*

148. ALGEMENE MOTIVERINGSVEREISTE

Na het zojuist bestudeerde bijzonder motiveringsvereiste is een algemene motiveringsvereiste gaan groeien, nl. dat de partijen uit het vonnis in grote trekken zouden kunnen lezen waarom de beslissing in een bepaalde zin is gevallen. Deze algemene motiveringsvereiste gaat nochtans minder ver dan het bijzondere, en VEEGENS merkt voor de Nederlandse rechtspraak op, dat regelmatig cassatieberoepen stranden omdat dit onderscheid uit het oog verloren is (222).

Motivering is mede voorgeschreven om de rechter in staat te stellen zich voldoende rekenschap te geven van de gronden van zijn beslissing. Zij dient verder om de partijen in te lichten en zo mogelijk ook de in het ongelijk gestelde te overtuigen. Kortom ze is een waarborg voor de goede hoedanigheid van de rechtspraak in al haar geledingen. De minimumeis die uit dit oogpunt aan iedere motivering mag worden gesteld, is die van verstaanbaarheid. Die minimumeis werd destijds ook aan de vredegerechten gesteld, toen hun vonnissen slechts om welbepaalde redenen in cassatie konden aangevochten worden.

Tekenend is een ongezouten uitspraak van de Nederlandse Hoge Raad van 1942, dat hij aan de overwegingen van het bestreden arrest „slot noch zin" kon toekennen. Die beslissing werd door een aantal vernietigingen op overeenkomstige gronden gevolgd. Ook uit de Belgische en Franse rechtspraak blijkt dat onbegrijpelijkheid in zuiver feitelijk opzicht grond tot cassatie kan opleveren : *„Il restait une dernière étape à parcourir et il semble*

(222) VEEGENS, blz. 186.

bien que la Cour de Cassation l'ait franchie ; elle conduit à censurer les vices intrinsèques des motifs eux-mêmes" (223).

Het is een eis die ook aan de gewoonterechtbanken gesteld werd door de rechtspraak van de parketrechtbanken, op straffe van nietigheid : *„la motivation est peu claire"* (KIKWIT 1959, 20), *„attendu qu'il existe une très grande confusion dans la motivation, que ceci équivaut à une absence de motivation"* (MATADI 1960,1), *„attendu que cette confusion ne permet pas de se former une idée exacte des débats"* (LEOPOLDSTAD 1959, 21).

Wegens contradictorische motieven vernietigden de parketrechtbanken vonnissen van de gewoonterechtbanken. Een paar voorbeelden hiervan :

De motivering vermeldde eensdeels dat zeven getuigenissen de rechtbank ervan overtuigd hadden dat de verweerder het perceel slechts voorwaardelijk ontvangen had, maar anderdeels dat hij volgens de kadastrale steekkaart, waarvan de vaststellingen binden tot bewijs van het tegendeel, de enige verkrijger was van het perceel. Enerzijds wordt een feit aangenomen, zogezegd tot bewijs van het tegendeel, maar anderzijds wordt precies dat tegendeel bewezen, wat de rechtbank over het hoofd ziet. Het vonnis wordt vernietigd : *„attendu que les motifs sont obscurs et contradictoires"* (LEOPOLDSTAD 1958, 77).

> In een vonnis omtrent een bouw op andermans grond spreekt de motivering eensdeels over een overeenkomst die de partijen tot wet zou strekken, maar roept anderdeels de verrijking zonder oorzaak in om het dispositief te rechtvaardigen. Er wordt verbroken wegens *„contrariété des motifs"* (MATADI 1958, 128).

In een geschil over de betaling van een bruidsprijs en over het bestaan van een huwelijk, verklaart een vonnis een huwelijk onbestaande omdat de bruidsprijs zogezegd niet in de handen van de vader van de vrouw gelegd werd. Maar in de motivering is er sprake van een attestatie van bruidsprijs nr. 90/1953 volgens welke de vader zelf de bruidsprijs zou opgestreken hebben, en anderdeels van beweringen van Mukendi, vastgesteld in RTC. 44.722/IV van 23 januari 1954, dat hij werkelijk de vader van de vrouw was, zodat hij dus de echtgenoot had kunnen misleiden. Wie is de vader ? En wie kreeg de bruidsprijs ? Dit zijn vragen die in het duister blijven. Er wordt om deze reden vernietigd (LEOPOLDSTAD 1957, 45).

149. DE UIT HET BESLISSEND GEDEELTE BLIJKENDE KEUZE TUSSEN DE MOTIEVEN

Men kan zich wel afvragen of de keuze tussen de contradictorische motieven die in het dispositief impliciet gemaakt wordt, de contradictie niet

(223) RIGAUX, nr. 218 ; MARTY, V° *cassation*, nr. 31.

opheft. Zou het niet volstaan als het motief dat een ander motief en ook het dispositief dat erop steunt, tegenspreekt, wordt verwijderd ? (224).

Er bestaat ook een gevaar dat het opsporen van tegenstrijdigheid in de motieven leidt tot subtiele en uitgerafelde ontledingen van de door de rechter ten gronde gegeven redenen, en erop neerkomt, een ongelukkige of onhandige uitdrukking te bestraffen, eerder dan een redeneringsfout, vooral wanneer het niet gaat zoals voor de inlandse rechtbanken, om geschoolde magistraten. Aldus werd in een nalatenschapsgeschil een vonnis wegens tegenstrijdigheid van motieven vernietigd, omdat het vonnis eensdeels de stelling verwierp dat de goederen onderworpen moesten worden aan de gewoonterechtsregel der Bangala, vermits niet die regel de huwelijksverhoudingen met verweerster beheerste, en anderdeels wat verder in het vonnis dezelfde gewoonterechtsregel inroept om de beslissing te schragen (BOMA 1958,95).

150. „AKTENWIDRIGKEIT"

Naast deze bestraffing van tegenstrijdige motieven, vinden we eveneens vernietigingen wegens logische fouten in de redenering van de rechter ten gronde, waarop de beslissing over de feiten van het geding steunt (225).

Er werd vernietigd indien de feiten die de rechter aangeeft hem niet toelaten er andere feiten uit af te leiden, die hij nodig heeft om zijn beslissing te gronden.

Een in een grondenzaak gewezen vonnis wordt vernietigd,: *„attendu que la règle coutumière n'a pas de rapport avec les preuves rassemblées et la décision, que le lien entre les éléments de preuve et la décision n'est pas exprimé"* (KIKWIT 1959, 47).

Aldus staat in het vonnis a quo dat de eiser in vernietiging aanvaard had de palmbomen over te laten tegen een vergoeding. Deze aanvaarding vloeit volgens de parketrechtbank niet voort uit de in het zittingsblad aangegeven feiten. De eiser vroeg inderdaad afschaffing van de medeëigendom en het sturen van een Europees agent ter plaatse om een grens te bepalen, wat geen aanvaarding impliceert van het voorstel van de tegenpartij. Het vonnis wordt vernietigd : *„attendu qu'il y a une contradiction entre la motivation de l'accord du demandeur et des éléments du dossier"* (BOMA 1957, 27).

Om dezelfde reden wordt een vonnis in een echtscheidingszaak vernietigd : *„attendu que la motivation du jugement signale que les parents de la demanderesse ont refusé de soutenir la demande de divorce de celle-ci, que toutefois la disposition*

(224) RIGAUX, nr. 219. Contra : Noot (8) P.L. onder Verbr. 11 december 1930, *Pas.* 1931, 11, volgens welke de contradictorische motieven elkaar vernietigen.

(225) Over de controle van het hoogste gerechtshof op de logica van de rechter ten gronde, zie voor Duitsland, waar regels van logica en ervaring tot revisible rechtsregels gerekend worden : STEIN-JONAS II, aant. III/B/3 op 549 ; VEEGENS, nr. 105 ; RIGAUX, nr. 220- en 276.

des dits parents est toute autre, qu'ils ont simplement déclaré que le divorce était une question personnelle à leur enfant, ce qui n'implique pas qu'ils estiment que l'action introduite le fut à tort, ainsi que veut le faire croire la motivation, que le jugement est mal motivé" (MATADI 1959, 40).

Eulu, die in een openbare verkoop een perceel gekocht had, wil de vorige eigenaar doen uitdrijven, maar deze roept een exceptie in van onregelmatigheid van de publieke verkoop en van litispendentie, omdat hij een vordering hieromtrent aanhangig maakte voor de rechtbank van eerste aanleg. Als op een volgende zitting Eulu niet verschijnt, besluit de rechtbank dat de dagvaarding nooit betekend werd aan het stadsbestuur, en dat het geschil niet onderworpen werd aan het oordeel van de rechtbank van eerste aanleg, en zij bevestigt het vonnis van uitdrijving van de centrumrechtbank : *„attendu que cette affirmation ne repose sur aucun élément du dossier dont l'existence est prouvée à la feuille d'audience ; attendu que toute affirmation d'un tribunal doit reposer sur des éléments existants au dossier et que la preuve de leur existence doit au moins être citée ou apparaître d'une façon ou de l'autre à la feuille d'audience sans que le contenu des documents soit nécessairement mentionné in extenso, attendu que toute affirmation d'un tribunal d'une importance décisive par rapport au dispositif, dont l'objet ne repose pas sur des éléments dont l'existence est prouvée par le procès-verbal des débats, est sans valeur"* (LEOPOLDSTAD 1959, 67) ;

„attendu que le juge a statué en ne se référant pas strictement aux éléments du dossier, qu'il y a insuffisance et confusion dans la motivation" (BOMA 1958, 94).

We moeten hierbij aan de „Aktenwidrigkeit" denken, die een van de gronden voor de Oostenrijkse Revision is, volgens § 503 O.Z.P.O., indien de bestreden uitspraak op een essentieel punt uitgaat van feiten die in strijd zijn met de stukken van het geding. VEEGENS merkt op dat deze grond op het eerste gezicht aantrekkelijk schijnt, maar niet aan te bevelen is, wegens de vele pogingen tot onttrekking van het hoogste rechtscollege aan zijn eigenlijke taak, die hij onvermijdelijk uitlokt.

B. SCHENDING VAN DE SUBSTANTIELE VORMEN

1. De rechten van de verdediging

151. EEN NATUURRECHTELIJK BEGRIP

In een in 1962 gepubliceerde studie heeft de eerste advokaat-generaal GANSHOF van der MEERSCH aangetoond dat *„le droit de la défense, principe général de droit"* door het verbrekingshof verheven werd *„au niveau d'une règle de valeur législative"*. „De rechten van de verdediging werden geschonden", is een zin die ook dikwijls weerkomt in de vernietigings-

vonnissen van de parketrechtbanken. Wat moet hieronder verstaan worden ? Men staat hier, menen we, voor één van die supra-positieve beginselen, die het juridische taaleigen lange tijd met andere namen dan die van natuurrecht, en namelijk met de naam „algemene rechtsbeginselen" placht aan te duiden (226). Het gaat in wezen om een proceduraal begrip uit het natuurrecht.

De uitdrukking „beginsel van mogelijke tegenspraak" *(principe du contradictoire)* blijkt aangepaster dan de uitdrukking „beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging" om nauwkeurig de vereisten van het burgerlijk geding aan te duiden, waarin eiser en verweerder hetzelfde recht mogen vorderen gehoord te worden, terwijl het begrip „rechten van de verdediging" de kenner van het strafrecht meer vertrouwd is, aangezien de wettelijk bevoorrechte plaats van het openbare ministerie de rechtsleer en ook de rechtbanken ertoe aanmoedigde het accent te leggen op de rechten van de beklaagde.

Het beginsel van mogelijke tegenspraak moet nochtans in verband met de rechten van de verdediging beschouwd worden. *„Parler de droits de la défense dans les rapports entre les parties revient à relever la naissance, à la charge de ces dernières, d'un certain nombre d'obligations qui trouvent leur dénominateur commun dans la notion du respect de ces droits. On désigne traditionnellement l'ensemble des règles à observer à ce propos par le terme de „principe du contradictoire" ; et l'on ajoute que le respect des droits de la défense n'est qu'un „aspect" ou un „corollaire" de ce principe (227). Nous serions enclin pour notre part, à renverser la proposition et à dire que le principe est celui du respect des droits de la défense, et que la faculté de contradiction n'en est qu'une application. Il faut seulement s'entendre sur la portée du mot „défense" ; de ce que l'idée se manifeste d'une manière particulièrement spectaculaire dans le domaine répressif, il suit que l'on ne songe souvent, en procédure civile, qu'au „défendeur", homologue de „prévenu" ; il suffit donc de préciser que si l'on parle dans notre matière, des droits de la défense, il faut prendre le terme dans l'acceptation large de „défense des intérêts de chacune des parties"* (228).

152. DE RECHTSPRAAK VAN DE PARKETRECHTBANKEN

Zoals al eerder gezegd, werden vele vonnissen van de inlandse rechtbanken vernietigd op grond van *„une violation des droits de la défense"*. Er volgen hier voorbeelden uit de onderzochte rechtspraak.

(226) LE TOURNEUR, Le conseil d'Etat, *Etudes et documents*, 1951, blz. 19 en v. ; FRANCESCAKIS, Droit naturel et droit international privé, *Mélanges Maury*, 1960, I, 113 en v.

(227) VIZIOZ, *Etudes de procédure*, nr. 240, blz. 449 ; CORNU & FOYER, *Procédure civile*, blz. 371.

(228) MOTULSKY, H., Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de défense en procédure civile, *Mélanges Paul Roubier*, II, 175, DALLOZ & SIREY, 1961.

De verweerster werd niet meer het woord gegeven na een getuigenis dat haar verklaringen elke grond ontnam (KIKWIT 1959, 48) ; de eiser kreeg het woord niet meer na de verklaringen van een door de rechtbank opgeroepen getuige (LEOPOLDSTAD 1957, 5) ; een partij bij het geding werd het woord niet meer gegund na een getuigenverhoor (THYSSTAD 1957, 59) ; een getuige werd gehoord in afwezigheid van de eiser (LEOPOLDSTAD 1957, 54). De verweerder werd niet in staat gesteld een deskundig onderzoek te betwisten (LEOPOLDSTAD 1957, 18 ; 1958, 68 ; THYSSTAD 1957, 54 ; BOMA 1959, 108 ; MATADI 1959, 9 ; INONGO 1957, 21 : *„il n'apparaît pas du jugement en cause que Ngambiene ait été à même de se défendre sur les conclusions des deux juges envoyés sur place pour interroger les riverains").*

Uit het proces-verbaal blijkt niet dat de verweerder gehoord werd over de verschillende punten van de eis (LEOPOLDSTAD 1959, 62) ; een partij werd niet geïnterpelleerd over zogenaamde tekortkomingen aan zijn plichten, waarover het onderzoek ter zitting niets laat blijken, doch die in de consideransen doorwegen om hem de hoede over de kinderen te ontnemen (LEOPOLDSTAD 1958, 129). De griffier was zonder uitnodiging de raadkamer waar de rechters beraadslaagden binnengegaan en had er voor het standpunt van een partij gepleit (229) ; de partijen hadden geen kennis van een brief van het parket waarop de gewestrechtbank nochtans zijn vonnis grondde (BOMA 1958, 118). Dit zijn klare voorbeelden van schending van het beginsel van mogelijke tegenspraak.

De verweerder kreeg het woord niet (LEOPOLDSTAD 1957, 40) ; verweerder wist niet dat een bepaald feit tegen hem weerhouden werd, en was niet in staat zich op dat punt te verdedigen (MATADI 1958, 121) ; een persoon werd als getuige gedagvaard, waarna hem een feit ten laste gelegd werd, zonder dat het voldoende blijkt dat hij in staat werd gesteld zich te verdedigen (BOMA 1958, 151 ; BOMA 1959, 22 en 99). Een vader werd als burgerlijk verantwoordelijke voor zijn zoon veroordeeld, maar werd niet gehoord (INONGO 1959, 11) ; een rechtshandeling van de verweerder met een derde werd door de rechtbank als nietig beschouwd omdat de verweerder er niet toe bevoegd was, maar de derde werd niet gehoord (BOMA 1959, 116) ; het dispositief spreekt zich uit ten opzichte van een derde in het geding (MATADI 1959, 43).

Nog enkele voorbeelden van vernietigingen uit de uitgegeven rechtspraak : veroordeling zonder dagvaarding (230) ; een persoon die noch gedagvaard werd, noch ter zitting verscheen, werd veroordeeld (231) ; een partij werd veroordeeld zonder dat zij op voorhand wist dat een strafbaar feit

(229) Parketrb. Kabinda, 23 juli 1951, *J.T.O.* 1952, 154.
(230) Parketrb. Elis., *B.J.I.* 1934, 174.
(231) Parketrb. Lualaba, 23 juli 1952, *J.T.O.* 1953, 77, noot.

tegen haar in aanmerking genomen werd, en zonder dat zij ondervraagd werd (232) ; indien echter bij de debatten een strafbaar feit, door de partijen begaan, onthuld wordt, mag de rechtbank, na de partijen gehoord te hebben, een straf uitspreken (233).

Een partij kon haar middelen niet doen gelden (234) ; de rechtbank duidt ambtshalve een zogenaamde mandataris aan voor een afwezige verweerder (235) ; alle partijen moeten worden gehoord (236) ; *„viole les droits de la défense et est partant annulable, le jugement rendu alors que les parties furent entendues séparément par le tribunal, puis faute d'avoir été tenues au courant de la teneur des débats intervenus en dehors de leur présence, non mises à même de contredire aux allégations de la partie adverse"* (237).

2. De onregelmatige samenstelling van de rechtbank

153. DE FORMELE NIETIGHEID VAN HET VONNIS

Uitdrukkelijk werd in de Belgische wet van 20 april 1810 de nietigheid voorzien van de uitspraak die niet door het voorgeschreven aantal rechters gedaan werd, of door rechters die niet alle aan het geding gewijde zittingen bijgewoond hebben. Deze middelen zijn eigenlijk terug te brengen tot schending van de vormen van rechtspleging. Ze worden dan ook niet meer afzonderlijk vermeld in het nieuwe Belgische wetboek van rechtspleging, dat slechts de twee klassieke gronden vermeldt : de schending van de wet en van de hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen.

Het gebrek aan bevoegdheid van de personen die deelnemen aan de uitspraak, en de afwezigheid van een rechter op sommige zittingen gaven aanleiding tot een overvloedige rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie. Naast de overschrijding van rechtsmacht, de schending van de regels op de bevoegdheid en van de van wezenlijk belang zijnde regels van rechtspleging, kunnen zij de jurisdictionele akte die aan het toezicht van het hof van Cassatie onderworpen wordt, formeel nietig maken (238).

(232) Parketrb. Lualaba, 28 augustus 1941, *B.J.I.* 1942, 253.
(233) Gewestrb. Elis. 21 oktober 1937, *B.J.I.* 1941, 105, noot.
(234) Parketrb. Kabinda, 14 sept. 1951, *J.T.O.* 1952, 153.
(235) Parketrb. Alb., 28 juli 1947, *B.J.I.* 1948, 259.
(236) Parketrb. Opper-Katanga, 28 sept. 1950, *J.T.O.* 1951, 113, noot *B.J.I.* 1951, 89, noot.
(237) Parketrb. Lualaba, 29 november 1954, *J.T.O.* 1955, 135, noot : *B.J.I.* 1958, 272, noot.
(238) RIGAUX, nrs. 134 en 135.

154. EEN AFZONDERLIJK VERMELDE VERNIETIGINGSGROND (ART. 35, § 1, 1° D.I.R.)

De onregelmatige samenstelling van de rechtbank wordt in artikel 35, 1 van het decreet op de gewoonterechtbanken als een afzonderlijke vernietigingsgrond vermeld.

Werden aldus bijvoorbeeld vernietigd : het vonnis van een rechtbank van een hoofdij zonder wettelijk bestaan (239), het vonnis van een centrumrechtbank waarvan slechts de voorzitter regelmatig benoemd werd (240), het vonnis dat in herziening geveld werd door rechters, waarvan één in de centrumrechtbank zetelde bij het onderzoek van het vonnis a quo (241). Werden anderdeels niet als nietig beschouwd : het vonnis uitgesproken door een rechtbank waarvan twee assessoren matrilineair waren, hoewel het geding partijen betrof waarvan de ene patrilineair, en de andere matrilineair was (242) ; het vonnis uitgesproken door een gewestrechtbank waarin een planton als assessor zetelde, wanneer deze op regelmatige wijze door de voorzitter geassumeerd werd (243).

155. DE VERHOUDING TOT ARTIKEL 35, § 1, 3° D.I.R.

Dat deze in artikel 35, 1 afzonderlijk vermelde grond in feite terug te brengen is tot de in artikel 35, 3 vermelde, verklaart dat bij het vernietigen wegens een identieke onregelmatigheid een keer op artikel 35, 1 dan weer op artikel 35, 3 een beroep werd gedaan.

Schendt aldus de rechten van de verdediging en is dus vernietigbaar op grond van artikel 35, 3, het vonnis, uitgesproken door een rechtbank waarvan de zetel anders was samengesteld dan bij de eerste zitting, tijdens dewelke partijen en getuigen gehoord werden, zonder dat het onderzoek door de nieuwe zetel opnieuw opgenomen werd (244). Is strijdig met de rechten van de verdediging en met de openbare orde, de gewoonte die toestaat de samenstelling van de rechtbank te wijzigen zonder opnieuw over te gaan tot het verhoor van de partijen.

(239) Parketrb. Tang., 30 juni 1952, *J.T.O.* 1953, 76, noot.
(240) Parketrb. Urundi, 24 november 1952, *B.R.U.* 1953, 584.
(241) Parketrb. Opper-Katanga, 22 december 1950, *J.T.O.* 1957, 76 ; BOMA 1958, 3, 90, 120, en 1959, 89 (op grond van art. 35, 3° van het decreet).
(242) Parketrb. Opper-Katanga, 12 augustus 1955, *J.T.O.* 1956, 137.
(243) Parketrb. Opper-Lomami, 29 april 1957, *J.T.O.* 1958, 171.
(244) Parketrb. Kabinda, 8 oktober, 1951, *B.T.C.* 1961, 214 ; 18 oktober 1951, *J.T.O.* 1952, noot. In Nederland noemt VEEGENS (in zijn voormelde toespraak tot de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak, blz. 3) als voorbeeld van een substantiële vorm : de voor de praktijk belangrijke vraag, die in de laatste tijd tweemaal aan de Hoge Raad werd voorgelegd : moet het college bij het wijzen van het vonnis dezelfde samenstelling hebben als bij de daaraan voorafgegane mondelinge behandeling ? In strafzaken stond dit sinds lang buiten twijfel.

Attendu que la feuille d'audience constate l'accord des parties pour que le tribunal ainsi autrement composé reprenne l'affaire ab initio, attendu cependant que la feuille d'audience ne fait nulle mention d'une instruction qui aurait été reprise par cette nouvelle composition qui se contenta de demander aux parties si elles avaient encore quelque chose à ajouter, que sur leur réponse négative le tribunal rendit son jugement immédiatement, que ceci constitue un vice de forme" (LEOPOLDSTAD 1958, 111. Cfr. KIKWIT 1958, 33 ; MATADI 1958, 137 en 141 ; THYSSTAD 1957, 59).

156. DE VERNIETIGING OP GROND VAN ART. 35, § 1, 1° IN DE ONDERZOCHTE RECHTSPRAAK.

In de onderzochte rechtspraak anderdeels werden drie vernietigingsvonnissen gevonden wegens onregelmatige samenstelling van de rechtbank, gegrond op artikel 35, 1. Tijdens de duur van de drie zittingen die aan de zaak werden gewijd, was de zetel niet op dezelfde wijze samengesteld, op een zitting was de h. Schepers voorzitter, op de ander de h. Heusequin. Uit het zittingsblad blijkt verder niet dat de andere rechters op alle zittingen gezeteld hebben (BOMA 1958, 112).

Er wordt geen melding gemaakt van de samenstelling tijdens de zittingen, aan het onderzoek gewijd. Voor de aan de uitspraak gewijde zitting staat Pambu als assessor vermeld, terwijl hij voordien als expert staat aangeduid. Het vonnis wordt op basis van zijn schets geveld (BOMA 1959, 3).

Voor de onregelmatigheid die erin bestaat dat een assessor tevens als expert optreedt, wordt eveneens op grond van artikel 35, 3 vernietigd (BOMA 1958, 131 ; MATADI 1960, 7). De procureur des konings gaat hier trouwens niet mede akkoord : *„il aurait fallu démontrer que la coutume prescrivait pareille pratique".*

In het derde geval uit de onderzochte periode waarin op grond van artikel 35, 1 vernietigd werd, betrof het de hoedanigheid van de rechters : de parketrechtbank van INONGO (1958, 39) bevond dat twee Yembe-rechters geen deel konden uitmaken van de secundaire rechtbank der Tumbandjale. We wezen er reeds op dat deze fouten in de rechtspleging feiten zijn, die door een rechter die zogezegd geen kennis van de feiten nemen mag, vastgesteld moeten worden (zie boven nr. 72). We wezen er boven (nr. 134) eveneens op dat de openbaring van zulke fouten gebonden is aan de problematiek van de motiveringsgebreken.

3. Andere substantiële vormen

157. DE VERPLICHTE VERSCHIJNING TER ZITTING

Moeten de partijen zelf ter zitting verschijnen ? Er werd over getwist of een inlandse rechtbank bij verstek vonnissen mag. In de onderzochte

rechtspraak vonden we één vernietiging (op voorziening), gegrond op het niet-verschijnen van de verweerder ter zitting, en dit in weerwil van het feit dat zijn aanwezigheid in het P.-V. vermeld stond (BOMA 1957, 104).

Er werd soms ook vernietigd wegens de afwezigheid van bepaalde bij het geschil betrokken personen. Aldus mag de veroordeling tot terugbetaling van de bruidsprijs niet uitgesproken worden in afwezigheid van de echtelieden (INONGO 1957, 18), van de echtgenoot of zijn vertegenwoordiger (INONGO 1958, 43) (245), van de vrouw en haar vader die de bruidsprijs ontving (246), van de vrouw (KIKWIT 1957, 1, 1958, 4) (247), van de rechthebbende op de vrouw (248), van de persoon die de bruidsprijs moet terugbetalen (cfr. art. 26) (249).

Nu moet wel vastgesteld worden dat dergelijk geding, dat om de terugbetaling van de bruidsprijs draait, dikwijls gevoerd wordt tussen de families, dat de vrouw eigenlijk geen verweerster is, en dat er dus geen sprake is van schending van het beginsel van de mogelijke tegenspraak. De parketrechtbank beschouwt haar aanwezigheid echter als een substantiële vorm.

158. DE TEN ONRECHTE NIET AANVAARDE VERTEGENWOORDIGING.

Anderdeels werd ook vernietigd in gevallen waarin de lagere rechter de vertegenwoordiging van een partij niet aanvaardde :

> *„La procédure de droit écrit (conciliation obligatoire) n'a jamais été rendue obligatoire en matière de droit coutumier, qui admet en toutes circonstances la représentation des parties par mandataires dûment agréés par la juridiction"*, vond de parketrechtbank, en de voorziening werd verworpen (LEOPOLDSTAD 1959, 73).

> Zonder wettelijke grond aan te geven en ambtshalve werd een vonnis van de centrumrechtbank vernietigd dat weigerde een echtscheiding uit te spreken in afwezigheid van één der echtgenoten : *„attendu que la défenderesse Kitenge Denise est consentante, mais que résidant à Luluabourg, elle s'est fait représenter par Tshitululu ; que le tribunal a méconnu l'esprit de la coutume"* (LEOPOLDSTAD 1958, 56).

(245) Parketrb. Maniema, 11 september 1952, *J.T.O.* 1953, 77.
Parketrb. Albertstad, 13 januari 1936, *B.J.I.* 1937, 26; noot.
(246) Parketrb. Maniema, 22 november 1951, *J.T.O.* 1952, 81, noot.
(247) Parketrb. Kivu, 3 november 1948, *B.J.I.* 1950, 318.
Parketrb. Tanganyika, 16 november 1933, *B.J.I.* 1935, 116.
Parketrb. Elisabethstad, *B.J.I.* 1934, 146.
(248) Parketrb. Elisabethstad, 17 januari 1945, *B.J.I.* 1945, 90.
(249) Parketrb. Elisabethstad, 31 oktober 1944, *B.J.I.* 1944, 283, noot.

„Personnellement je n'estime pas qu'il y avait eu application erronée de la coutume pour méconnaissance de son esprit réel", meent de procureur-generaal. De procureur houdt het bij de orthodoxe stelregel : *„l'application erronée d'une coutume n'est pas un motif d'annulation. On pourrait soutenir que le jugement du centre n'était pas motivé à suffisance de droit. Il l'était en énonçant la coutume à laquelle il se référait, bien qu'il se soit mépris sur la portée de celle-ci (note A.S., J.T.O. 1958, n 99, blz. 142). En fait le jugement était annulable pour incompétence (art. 11, 2), mais les délais étaient expirés"*.

De gewestrechtbank van Kabemja weigerde de echtscheiding uit te spreken : *„attendu qu'il n'y a pas moyen de prononcer le divorce vu que la femme n'apporte pas le témoin principal, Mukana, résidant à Kalima (Maniema)"*. Dit vonnis werd vernietigd : *„en omettant de l'entendre, le tribunal a violé les règles de procédure"* (KIKWIT 1957, 12). Daarentegen verwierp de parketrechtbank van Leopoldstad de voorziening van een man Ilembo tegen een vonnis van de gewestrechtbank, die in een soortgelijk geval de eiser Ilembo, huiswaarts stuurde : *„l'ayant droit coutumier a désigné un mandataire pour confirmer son refus, ce mandataire n'accepte pas le mandat, il est impossible de prononcer le divorce"*. Tegen deze uitspraak meende de parketrechtbank inderdaad niets te moeten inbrengen :

„l'inobservance des prescriptions coutumières constitue une exception d'irrecevabilité de la demande que le tribunal devait soulever d'office sous peine de violer l'article 18, c'est ce que le tribunal a fait en exigeant que le mariage soit dissous suivant la procédure prescrite par la coutume" (LEOPOLDSTAD 1959, 10).

De sectorrechtbank van Gongo deed uitspraak in een geding over visrechten. Het hoofd Nkongo vroeg herziening van dit vonnis, hoewel hij technisch gezien geen partij was in het geding :

„à bon droit ce dernier demande la révision du jugement qui le lèse dans ses droits ancestraux sans qu'il fut averti du litige et appelé en vue de se défendre, coutumièrement le gardien de la terre du chef n'a d'autre mission que de veiller à ce que les tributs coutumiers soient payés du titulaire du droit, mais il n'est nullement habilité à défendre les intérêts de l'autorité qui l'a nommé" (INONGO 1957, 23).

159. DE WRAKING VAN RECHTERS

Het gebeurde dat een rechtbank zich onbevoegd verklaarde om een geding waarin de zuster van de griffier partij was (250), of waarin een partij zoon was van een rechter, te beslechten (251). De parketrechtbank maakte er een verplichting van, een aanvraag om rechters te wraken te onderzoeken.

(250) *B.J.I.* 1943, 20.
(251) *B.J.I.* 1957, 146.

Alvorens recht te spreken moest de rechtbank, indien een incident in die zin plaatsgreep, een vonnis over de wraking vellen. Als zij het incident stilzwijgend voorbij ging, maakte dit een schending van de vormen uit, meent Procureur LAFONTAINE :

„attendu que le tribunal de Kasangulu a basé sa sentence sur le fait que le défendeur ne désirant pas répondre, parce qu'il récusait le président, ce silence devait être considéré comme un aveu, le défendeur n'ayant aucun élément pour la défense de sa cause ; que les limites de la terre attribuée à Mampuya résultent toutefois uniquement de la déclaration de celui-ci" (THYSSTAD 1958, 57). In een ander gepubliceerd geval had de rechtbank geweigerd de aanvraag tot wraking te onderzoeken (252).

Over de wraking van getuigen werd beslist dat de rechtbank een wezenlijke gewoonterechtelijke vormregel schendt, indien zij de getuigenissen van vijandige personen niet terzijde legt (*„des gens manifestement hostiles"*, BOMA 1957, 100). Anderdeels werd vernietigd omdat twee getuigen zonder voldoende redenen gewraakt waren : *„les règles de procédure ne s'opposent qu'à l'audition d'un témoin actuellement en litige avec l'adversaire"* (KIKWIT 1957, 35).

160. ANDERE VORMEN.

Er werd verder vernietigd wegens schending van de volgende vormen : de getuigen legden geen eed af (253) ; de deskundige legde de eed niet af (KIKWIT 1958, 20); het vonnis werd uitgesproken toen de verweerder overleden was (MATADI 1959, 27) ; het deskundig verslag was nietig, omdat de deskundige door de voorzitter en niet door de rechtbank benoemd werd :

„attendu que figure au dossier une expertise signée par l'agent territorial De Belder qui expose y avoir procédé mandaté par le président du tribunal de territoire, attendu que cette expertise est nulle, qu'il n'appartient pas au président du tribunal de territoire de mandater un agent territorial pour procéder à une instruction qui doit être faite par le tribunal, que nulle part la feuille d'audience ne mentionne une décision du tribunal de nommer De Belder comme expert, que le dispositif reprend littéralement les conclusions de l'expert, attendu qu'en se fondant sur les notes de procédure nulles le tribunal n'a pas motivé le dispositif de son jugement" (BOMA 1959, 2) (254).

Een vormregel uit het D.I.R. schrijft voor dat het vonnis moet ondertekend worden door de rechters. Deze vormregel werd als wezenlijk

(252) Parketrb. Rwanda, 16 oktober 1953, *J.T.O.* 1955,27.
(253) Parketrb. Opper-Katanga, 22 december 1950, J.T.O. 1957, 76.
(254) Cfr. RIGAUX, nr. 170.

beschouwd : *„lorsque le procès-verbal d'un jugement rendu par un tribunal de centre ne mentionne pas le nom des juges qui ont rendu le jugement, ce jugement n'indiquant pas la composition du siège doit être considéré comme étant rendu par un tribunal irrégulièrement composé. Le tribunal de territoire qui en est saisi au degré de révision doit l'"annuler. Si au contraire il confirme ce jugement, il s'approprie par là la cause de nullité et son jugement de confirmation doit être annulé"* (255).

Soms werd een materiële vergissing nochtans goedgepraat : *„le jugement a été signé par erreur"* (THYSSTAD 1957, 17), *„le jugement signé par un juge récusé qui n'aurait pas siégé comporte une erreur matérielle"* (LEOPOLDSTAD 1959, 63). Het beginsel van het stemrecht van de rechters werd geschonden, doordat de voorzitter zijn mening in de uitspraak oplegde tegen de meerderheid van de assessoren (256). Na een vernietigingsvonnis werd de zaak ambtshalve terug ingeschreven voor de rechter ten gronde, hoewel dit de partijen vrijstaat (BOMA 1957, 19).

161. DE VERPLICHTING TOT HET HOREN VAN DE GETUIGEN

Is het een processuele gewoonterechtsregel dat alle getuigen die door een partij gedagvaard worden, moeten gehoord worden ?

Volgens een eerste stelling moet deze vraag onvoorwaardelijk bevestigend beantwoord worden (257). Een rechtvaardiging van deze stelling zou kunnen gevonden worden in de beschouwing dat aangezien de rechtspleging voor de door het D.I.R. ingestelde rechtbanken slechts mondeling gebeurt, en dikwijls zonder medewerking van een erkende woordvoerder die de argumenten van de partij naar voren brengt, de getuigen niet als would-be onpartijdige verslaggevers moeten beschouwd worden, maar eerder als levende argumenten uit het betoog van de partij die hen opriep (258). Weigering een getuige te horen zou dan neerkomen op een verminking van het betoog van de partij, en misschien op een weigering a priori één van zijn „middelen" te beantwoorden, hetgeen dan op zijn beurt tegen de rechten van de verdediging zou indruisen, zoals Motulsky het schreef. Vele vernietigingen zijn o.i. in die zin gegrond op de weigering tot het horen van een getuige (KIKWIT 1958, 13 ; THYSSTAD 1957, 62 ; 1958, 19 ; INONGO 1959, 15 ; contra : LEOPOLDSTAD 1959, 29).

(255) *J.T.O.* 1959, 181.
(256) Parketrb. Sandoa, 26 juli 1931, *Rev. Jur.* 1931, 284.
(257) Behalve in beroep ; aldus de Procureur van Leopoldstad : *„la non audition d'un témoin en second degré n'est pas l'omission d'une forme substantielle ; elle n'est pas non plus contraire aux droits de la défense."* (aantekening bij LEOPOLDSTAD, 1957, 77).
(258) Cfr. VERDIER, blz. 113.

„Il importe pour le tribunal saisi par les conclusions d'une partie qui se base sur certains témoignages, d'analyser ceux-ci" (259).

„L'omission d'entendre un témoin cité par une partie constitue une violation des droits de la défense" (260).

„L'omission d'entendre un témoin constitue une violation des règles de la procédure précisées par l'article 26 des décrets coordonnés" (261).

„L'omission d'entendre un témoin constitue la violation d'une forme substantielle aux yeux de l'article 35, 2, des décrets sur les juridictions indigènes" (262).

Voor de eiser in vernietiging rijst de vraag op welke wijze moet blijken dat hij een getuigenaanbod deed. Volgens een deel der rechtspraak moet dat uit het zittingsblad blijken : *„rien dans le P.V. ne permet de croire qu'il les ait cités"* (LEOPOLDSTAD 1959, 73 ; KIKWIT 1958, 40). Contra : de eiser beweerde te hebben gevraagd zijn zuster als getuige van het afgeven van een som van 21.000 fr te doen horen. Dit was vermoedelijk juist, vond de parketrechtbank, ondanks afwezigheid van vermelding hiervan in het P.V. (KIKWIT 1958, 20). Hoe anderdeels bewijzen dat de getuige inderdaad door de rechter ten gronde gehoord werd ? In een publiekrechtelijk geding vroeg eiser dat Ngula Matoto, van wie hij beweerde de „mpemba" ontvangen te hebben, als getuige zou gehoord worden. Uit het P.V. bleek niet dat hij gehoord werd, en hiervoor werd vernietigd : *„Il ne résulte pas du P.V. qu'il ait été entendu"* (KIKWIT 1958, 13). In een ander geval werd aanvaard dat de twee gedagvaarde getuigen gehoord werden, hoewel dit niet in het P.V. gemeld stond (KIKWIT 1959, 30).

Volgens een tweede stelling is het antwoord niet onvoorwaardelijk bevestigend : slechts indien de weigering een getuige te horen ongemotiveerd is, en dit een schending van de rechten van de verdediging impliceert, maakt ze een reden tot vernietiging uit :

„Le juge de fond apprécie souverainement si l'audition postulée de certains témoins est utile ou non pour former sa conviction. Le rejet suffisamment motivé d'une demande en conclusions d'audition de témoins cités par une partie ne constitue pas une cause d'annulation" (263) „Doit être annulé pour violation des droits de la défense et défaut de motifs, le jugement qui rejette sans en donner les raisons une demande d'audition d'un témoin" (264).

(259) Parketrb. Kabinda, 16 januari 1951, *J.T.O.* 1951, 189, noot.
(260) Parketrb. Elis. 16 september 1946, *B.J.I.* 1946, 404, noot.
Parketrb. Kivu, 8 maart 1950, *B.J.I.* 1951, 60.
Parketrb. Lualaba, 14 mei 1937, *B.J.I.* 1939, 23.
(261) Parketrb. Opper-Katanga, 30 april 1951, *B.J.I.* 1951, 191, noot ; *J.T.O.* 1952, 166, noot.
(262) Parketrb. Lualaba, 28 december 1950, *J.T.O.* 1951, 149, noot.
(263) Parketrb. Noord Kivu, 29 januari 1953, *B.J.I.* 1955, 77, noot.
(264) Parketrb. Lualaba, 23 april 1953, *J.T.O.* 1955, 62, noot.

In een zaak van overspel wordt de voorziening verworpen : *„attendu que le tribunal est libre d'apprécier l'opportunité des mesures d'instruction demandées, ainsi que la valeur des éléments de preuve proposés, qu'il peut refuser un témoin si sa conviction résulte suffisamment"* (LEOPOLDSTAD 1957, 72 ; in dezelfde zin KIKWIT 1958, 26). De motieven van de weigering worden echter gewaardeerd :

> „le refus par le tribunal de révision d'entendre un témoin sous prétexte qu'il ne fut pas entendu en instance de premier degré, est une violation des droits de la défense qui rend le jugement de révision annulable" (265) ; „le tribunal qui refuse d'entendre les témoins cités par la défense sous le seul prétexte qu'ils ne se trouvent pas à l'audience, viole les droits de la défense" (266).

Volgens een derde stelling kan de weigering aanleiding tot vernietiging zijn, indien daardoor noodzakelijk blijkt dat de zaak slecht geïnstrueerd is :

> „Viole les droits de la défense et est, partant, annulable, le jugement rendu sans que le tribunal ait procédé aux devoirs d'instruction indispensable comme en matières de divorce, l'audition du témoin matrimonial" (267) ;
> „l'omission par le juge du fond d'entendre les témoins les plus intéressés à la cause constitue une violation des règles de procédure qui entraîne l'annulation" (268) ;
> „Il y a violation des formes substantielles donnant lieu à annulation, lorsque le tribunal a omis d'entendre des témoins utiles" (269).

In verband hiermede kan het geval *Mbuyi tegen Yala Elisabeth* aangehaald worden. De gewestrechtbank van Leopoldstad verklaarde dat het huwelijk tussen Mbuyi en Elisabeth (die de echtscheiding vorderde) niet bestond, omdat er aan de moederlijke oom geen bruidsprijs werd betaald ; de rechtbank verklaarde hierbij de Teke-gewoonte (van de vrouw) toe te passen. Mbuyi nam hierop een verdediger, Bikebi, onder de arm en vroeg de vernietiging van dit vonnis aan wegens verkeerde toepassing van de gewoonte. Substituut Demotte verwierp echter de voorziening van 10 maart 1958 omdat de parketrechtbank niet bevoegd zou zijn om de juiste of verkeerde toepassing van de gewoonte te beoordelen (LEOPOLDSTAD 1958, 18). Maar op 29 januari had Mbuyi op de griffie zelf een voorziening ingesteld, en – onwetende van laatstgenoemd verwerpingsvonnis – nam substituut Cordy de zaak in behandeling en sprak de vernietiging van het vonnis van de gewestrechtbank uit. Mbuyi had er nl. op gewezen dat hij te Leopoldstad uit een Muluba-vader en een Otetela-moeder geboren werd en dat volgens hem de Teke-gewoonte niet moest toegepast worden ; hij had eveneens gewezen

(265) Parketrb. Opper-Kat., 30 april 1951, *B.J.I.* 1951, 191, noot.
(266) Parketrb. Kivu, 15 augustus, 1949, *B.J.I.* 1951, 127.
(267) Parketrb. Opper-Kat., 12 maart 1953, *B.T.C.* 1961, 211.
(268) Parketrb. Opper-Kat., 14 januari 1953, *J.T.O.* 1953, 136, noot.
(269) Parketrb. Kamina, 8 september 1951, *J.T.O.* 1952, 23, noot.

op het aan de gewestrechtbank voorgelegd bewijs van bruidsprijsbetaling, dat hem toegelaten had zijn vrouw te doen inschrijven bij de bestuursdiensten van de zwarte bevolking. De reden van de vernietiging lag nochtans in een vormgebrek : Fokali Zéphirin, verblijfhoudend te Leopoldstad, had een deel van de bruidsprijs ontvangen, maar werd door de lagere rechtbank niet gehoord ; door aldus de vermoedelijke rechthebbende niet te horen en Mbuyi niet in staat te stellen al zijn middelen tot gelding te brengen, werd een substantiële vorm geschonden (LEOPOLDSTAD 1958, 28).

162. DE INSTRUCTIE

Eigen aan de (opgerichte) inlandse rechtbanken is de vormregel die een degelijke instructie van de zaak voorschrijft en bij schending ervan wordt vernietigd. Vermits het geen geoefende advokaten zijn die de processen voor die rechtbanken voeren, zal de parketrechter erover waken dat de nodige instructiemaatregelen bevolen werden en of de middelen van de partijen ernstig onderzocht werden. Dit maakt in de geschrevenrechtelijke rechtspleging geen cassatiegrond uit ; de partijen moeten er zelf maar over waken de nodige onderzoeksmaatregelen te vragen, en indien er door de rechtbank niet op ingegaan wordt, geeft dit eventueel aanleiding tot cassatie wegens niet-beantwoording van een eis of verweer ; de partij moet echter actief opgetreden zijn voor de rechter ten gronde. In de rechtspleging voor de inlandse rechtbanken wordt integendeel opgemerkt dat de vernietigingsrechtspraak het vonnis van een te stil-zittend rechter als vernietigbaar beschouwt. Soms blijkt dit eveneens uit het niet-beantwoorden van een vraag om een onderzoeksmaatregel : een partij had een deskundig onderzoek gevraagd ; de rechter ten gronde had dit zonder motivering geweigerd ; vernietiging wordt hierop gegrond (THYSSTAD 1958, 20). *„Attendu que le tribunal a refusé une mesure d'instruction"* (BOMA 1958, 106).

> „Attendu que le tribunal n'a pas mené l'enquête contradictoire demandée par une partie" (270) ; „Le tribunal doit procéder à une enquête suffisante et rencontrer les moyens des demandeurs, le demandeur ne pourrait alors dire qu'il n'a pas été à même de prouver ses allégations" (271). De parketrechter eist een minimum : er moet van een voldoende instructie blijk gegeven worden. Kinderen werden toegekend zonder dat de rechtbank voldoende onderzocht had of er wel een gewoonterechtelijk huwelijk had plaats gegrepen (272). „Le jugement est basé sur les allégations des parties sans que le tribunal se soit donné la peine de les vérifier" (273).

(270) Parketrb. Kibali Ituri, 24 juli 1944, *B.J.I.* 1946, 223.
(271) Parketrb. Opper-Kat., 7 februari 1952, *J.T.O.* 1952, 156, noot.
(272) Parketrb. Elisabethstad, *B.J.I.* 1934, 224.
(273) Parketrb. Opper-Lomami, 3 januari 1953, *B.J.I.* 1953, 170.

„L'omission par le juge de s'entourer de tous les moyens d'information requis par la cause, constitue une violation des formes substantielles prescrites par la loi" (274). De rechtbank moet de bewijsmiddelen onderzoeken (275). De rechtbank moet zich bewijzen doen voorleggen en de beweringen van de partijen nagaan (276). *„Il n'y eut pas de vérification ou d'instruction des moyens de défense"* (277). Het vonnis werd louter op grond van de beweringen van de eiser geveld (278).

In een grondzaak beweerde Bunga Vunga in de voorziening dat de sectorrechtbank der Shilongo en de gewestrechtbank van Tshela een arbitrale beslissing van 1940 niet geëerbiedigd hadden van de gewestbeheerder van de Mayombe, de h. Tordeur. Het bestreden vonnis werd wegens schending van een substantiële vorm vernietigd : *„Le jugement a rejeté l'arbitrage sans chercher à connaître son contenu. Le tribunal des territoires aurait du rechercher par toutes voies de droit à reconstituer les limites que cet arbitrage avait fixées. Le tribunal de territoire a omis de rencontrer les arguments présentés par les parties, qui lui offraient au surplus leurs moyens de preuve"* (BOMA 1957, 80).

In een proces over overspel vroeg en verkreeg de vrouw de vernietiging van het vonnis omdat haar medeplichtige, Manghi, niet veroordeeld werd : *„Attendu que Wanga Véronique cita les personnes qu'elle dépêcha au moins à deux reprises auprès de Manghi pour qu'il n'oublie pas de rémunérer les services d'ordre spécial qu'elle rendit, que ces deux témoins, dont les dispositions étaient en l'espèce capitales n'ont pas été appelés à l'audience, que l'omission d'entendre tous les témoins est une violation des règles de procédure* (B.J.I. 1939, blz. 23)" (INONGO 1958, 30). De procureur merkt op : *„il est clair que le motif d'annulation est la conviction que le chef Manghi est le complice et qu'il aurait du être condamné. C'est une question de fond. Le tribunal de parquet aurait mieux fait, ayant relevé que l'insuffisance de l'instruction à l'audience était une violation de formes substantielles, d'annuler le jugement pour le tout"*.

163. HET ZENDEN VAN EXPERTEN TER PLAATSE.

Bij bepaalde soorten gedingen eiste de parketrechtbanken dat experten zich ter plaatse zouden begeven. Dit maakt een substantiële vorm uit. De enige getuige die in een grondenzaak gehoord werd, was de vader van het sectorhoofd, voorzitter van de rechtbank en familielid van de verweerder in vernietiging. Zijn getuigenis was bepalend voor het vonnis, dat vernietigd

(274) Parketrb. Opper-Kat., 28 juli 1950, *B.J.I.* 1951, 88.
(275) Parketrb. Kibali Ituri, 24 juli 1944, *B.J.I.* 1946, 223.
(276) Parketrb. Elisabethstad, 21 oktober 1942, *B.J.I.* 1943, 135, noot.
(277) Parketrb. Lualaba, 14 mei 1937, *B.J.I.* 1939, 23.
(278) Parketrb. Sankuru, *J.T.O.* 1953, 148, noot ;
Parketrb. Elisabethstad, 20 juni 1938, *B.J.I.* 1940, 290.

wordt : *„la procédure prévue en matière d'affaires de terre fût méconnue, notamment la nomination d'une commission d'experts qui se rend sur les lieux et interroge les chefs ayant des limites communes avec le terrain litigieux"* (LEOPOLDSTAD 1958, 134). In een geding over verdeling van een huwelijksgemeenschap, waarbij de vrouw 20.000 fr terugvordert voor de in het perceel geïnvesteerde sommen en voor haar werk, wordt analogisch geredeneerd : *„attendu que les juges autochtones interrogés reconnaissent n'avoir pas suivi la procédure coutumière en la matière qui exige le recours à un expert, ou la descente sur le lieu en matière foncière"* (LEOPOLDSTAD 1957, 3). *„Le tribunal ne s'est pas rendu sur place alors qu'en l'occurence c'était le seul moyen de juger vraiment, il a fait fi de témoignages de la défense"* (KIKWIT 1957, 32).

164. DE BEWIJSREGELS.

Zoals het Verbrekingshof (279), waakten de parketrechtbanken erover dat de lagere rechtbanken de regels over de bewijslast eerbiedigen. In een geding over schadevergoeding voor de val van een radiotoestel kende de centrumrechtbank van Kikwit een vergoeding van 600 fr toe. Het vonnis werd door de gewestrechtbank, die de vordering onontvankelijk noemde wegens onbevoegdheid, tenietgedaan. Uit de debatten bleek dat de verweerder bij het vervoeren van een gietijzeren plaat de antenne van een radiotoestel afrukte, wat de val van het toestel veroorzaakte. Er bleek ook dat een kind de gevallen antenne opraapte, zodat het mogelijk was dat het kind het radiotoestel deed vallen. De eiser had geen getuigen. Daarbij kwam dat na de val de radio volgens een getuige nog speelde. Indien de middengolf (volgens de factuur voor de herstelling) niet meer werkte, was het niet bewezen dat dit een gevolg was van de val. Het vonnis wordt vernietigd : *„il n'est pas établi que le défendeur ait provoqué la chute"* (KIKWIT 1959, 10). Volgens de procureur trad de parketrechter in de beoordeling van de feitelijke toedracht van de zaak. We menen integendeel dat terecht vernietigd werd, maar de parketrechtbank had uitdrukkelijker moeten zeggen dat dit gebeurde voor schending van de regel over de bewijslast. Indien de rechter ten gronde bij de uitspraak over de feiten de regels van bewijs heeft geschonden, kan dat vonnis vernietigd worden. De vernietigingsrechter treedt hierbij niet in de feitelijke beoordeling, maar vernietigt wegens schending van de substantiële vormen. Zoals Prof. RIGAUX (nr.56) doet opmerken :

> „n'ayant pas été témoin du fait dont il a à connaître (sauf quand il tranche certains incidents de procédure), ne pouvant davantage recourir aux méthodes expérimentales (sous réserve des mesures d'instruction aussi exceptionnelles que la vue des lieux, l'interrogatoire de la personne dont on poursuit l'interdiction, etc.),

(279) Cfr. RIGAUX, nr. 168.

le juge n'a d'accès à la connaissance du fait que grâce *aux méthodes déductives* autorisées par la loi. Au surplus, les principes gouvernant le droit judiciaire, notamment le principe dispositif et le principe du contradictoire, restreignent encore *le pouvoir d'investigation du juge* quant aux faits. La charge de l'allégation et la charge de la preuve ne sauraient porter sur l'expérience vécue, comme telle incommunicable, les parties ne transmettent au juge que quelques notations abstraites décrivant de manière fragmentaire la situation litigieuse. Enfin, le juge n'attribue ces notations à la situation que si elles sont incontestées ou ont été légalement démontrées vraies.

Dans ces limites, la répartition du fardeau de la preuve, la hiérarchie des modes de preuve organisés par la loi, l'administration de la preuve, le degré de force probante des éléments invoqués, autant de *questions de droit* que suscite *l'élaboration judiciaire du fait.*

Aussi après avoir affirmé que l'erreur de fait échappe au contrôle de légalité, ne suffit-il pas, pour dissiper l'ambiguité de cette affirmation, d'ajouter qu'il cesse d'en être ainsi dès que l'erreur de fait „résulte de la violation d'une règle de droit". Exercice de la fonction juridictionnelle, le jugement du fait peut, comme le jugement du droit, être entaché *d'erreurs de droit".*

De gewestrechtbank vernietigde een vonnis : *„vu la coutume des parties qui prévoit que le tribunal ne peut condamner que pour faits établis : „actori incumbit probatio".* Een voorziening hiertegen werd verworpen (LEOPOLDSTAD 1959, 16). De parketrechter liet zelfs geen gegrinnik horen bij deze latijnse formulering. Het beginsel is juist, het gaat echter niet om de gewoonte, maar veeleer om een substantiële vorm van algemene orde. *„Il appartient au demandeur d'établir ses prétentions ; en absence de preuves, il doit être débouté"* (BOMA 1959, 109).

Over de bewijslevering werd door de vernietigingsrechter eveneens gewaakt (280). In een zaak van overspel, waarbij de gewestrechtbank van Kenge de vrouw en haar medeplichtige veroordeelde, werd het vonnis door de parketrechtbank vernietigd wegens verkeerde toepassing van de gewoonte (KENGE 1957, 5). Wat verkeerd toegepast werd was een gewoonterechtelijke bewijsregel over de bekentenis (281). Het bewijs is ongeldig : er werd dus niet bewezen dat de man schuldig was aan overspel. In een ander geval werd een vonnis vernietigd omdat het bewijs van een misdrijf geleverd werd door de openbare mening (*la commune renommée*) (282).

De rechtbank verwerpt een vordering als ongegrond bij gemis aan getuigen, zonder de redenen te onderzoeken die gegeven worden om deze afwezigheid te verklaren (283).

Ook het recht op bewijs wordt in ere gehouden. Een partij heeft het

(280) Cfr. RIGAUX, nr. 169 en nr. 170.
(281) Zie lager, nr. 185.
(282) Parketrb. Kivu, 10 januari 1947, *B.J.I.* 1947, 29.
(283) Parketrb. Rwanda, 16 oktober 1953, *J.T.O.* 1955, 27.

recht haar bewering te bewijzen (LEOPOLDSTAD 1957, 83). De rechtbank staat een partij niet toe te bewijzen dat de gewoonte die zij inroept, van toepassing is (284).

Het waarderen van het bewijsmateriaal is niet alleen het recht van de rechter ten gronde, het is ook een plicht : *„attendu que le tribunal entérine l'expertise les yeux fermés"* (BOMA 1958, 51), *„attendu que le tribunal a attribué un pouvoir de juridiction aux experts"* (BOMA 1957, 106). Ook volgens het Belgische Hof van cassatie is de rechter verplicht het bewijsmiddel naar waarde te schatten, en wordt er verbroken indien het tegendeel uit de motivering zou af te leiden zijn. Een voorbeeld hiervan levert de automatische veroordeling op grond van een proces-verbaal van de rijkswacht, alhoewel slechts wat de rijkswachter zelf vaststelde tot bewijs van het tegendeel geldt (285).

C. DE PROCESGELDING VAN DE UITSPRAKEN VAN DE GEWOONTERECHTBANKEN

165. EINDELOZE REEKSEN PROCESSEN

Vernietigingen wegens miskenning van de procesgelding van uitspraken van gewoonterechtbanken gebeurden meestal op grond van schending van substantiële vormen (THYSSTAD 1957, 36, 52 en 55). Om die reden zal het probleem van het gezag van gewijsde in deze aan het vormverzuim gewijde paragraaf aangesneden worden.

Bij het onderzoeken van de rechtspraak van de parketrechtbanken stond men niet zelden voor een eindeloze reeks processen, vooral in Neder–Kongo in verband met grondgeschillen tussen clans (286). Om dit punt duidelijk te maken, kan een greep uit de onderzochte rechtspraak enkele voorbeelden verschaffen :

KIKWIT 1959, 5 : Vanaf 1956 werd het geding over een erfenis eerst voor de sectorrechtbank gebracht, dan voor de gewestrechtbank, weer voor de sector-, dan voor de gewestrechtbank, om tenslotte voor de parketrechtbank te belanden, die de voorziening verwierp.

THYSSTAD 1958, 56 : Het geding over een grond werd respectievelijk gevoerd voor de sectorrechtbank van Ngeba in 1951, de gewestrechtbank van Madimba in 1952 en opnieuw in 1953, voor de sectorrechtbank in 1955, voor de gewestrechtbank in 1957. Dit vonnis werd door de parketrechtbank van THYSSTAD vernietigd.

(284) Parketrb. Lualaba, 30 juni 1950, *B.J.I.* 1952, 295.
(285) RIGAUX, nr. 173.
(286) Zie omtrent dit probleem : DOUTRELOUX, A., *L'ombre des fétiches*, Lovanium, 1967, passim.

(Mangelesi t. Mbaki, 1957, 2). De zaak kwam terug voor de gewestrechtbank, en opnieuw voor de parketrechtbank *(Mbaki t. Mangelesi,* THYSSTAD 1958, 56) ; er werd in de voorziening die echter werd verworpen, op een vonnis van 1938 een beroep gedaan.

THYSSTAD 1958, 53 : Het geding over een grond werd voor de sectorrechtbank van de Mongo Luaba gebracht, daarna voor de gewestrechtbank van Luozi, voor de parketrechtbank, opnieuw voor de sector- en dan voor de gewest- en de parketrechtbank *(Mpanzu t. mbungu,* THYSSTAD 1957, 55), opnieuw voor de gewestrechtbank en voor de parketrechtbank *(Mpanzu t. Matumona,* THYSSTAD 1958, 53), die vernietigde omdat het beginsel van het gezag van gewijsde ambtshalve opgeworpen werd : *„rejette sans motiver la valeur du supplément qu'apportait ce jugement nº 161 de 1954 du tribunal de secteur au premier jugement nº 77-13 du tribunal de territoire".*

THYSSTAD 1958, 30 : Nadat in een grondenzaak reeds in 1932 een vonnis was gewezen, deed de gewestrechtbank van Luozi uitspraak in 1934. Op het gezag van dit vonnis wordt een beroep gedaan door de sectorrechtbank van de Mongo Luaba in 1957. Een voorziening tegen dit vonnis wordt verworpen.

THYSSTAD 1958, 58 : In een grondenzaak werden reeds vonnissen gewezen in 1942 en 1950. In 1957 komt het geding terug voor de gewestrechtbank van Songololo en voor de parketrechtbank *(Soba t. Matama,* THYSSTAD 1957, 51), die de voorziening verwerpt. In 1958 wordt de gewestrechtbank weer aangesproken, maar werpt ambtshalve het gezag van gewijsde op : *„Le tribunal n'a plus à examiner ce litige, il constate que le tribunal de territoire a déjà pris une décision dans le litige qui oppose les parties par le jugement R.T.T. 4686/RR. 2040 du 5/7/57, confirmé par le tribunal de parquet RR. 170/D.G. du 7/10/57",* – na vastgesteld te hebben dat het wel hetzelfde geding tussen dezelfde clans betrof. De voorziening tegen dit vonnis wordt verworpen *(Mutu t. Matama,* THYSSTAD 1958, 58).

166. DE NIET-AFRIKAANSE OORSPRONG VAN HET BEGINSEL OP DE SCHENDING WAARVAN VELE VERNIETIGINGSVONNISSEN GEGROND ZIJN.

De toepasselijkheid van wat men meestal ‚gezag van gewijsde' noemt, volgt niet uit de natuur der dingen of de aard der rechtspleging, maar is een kunstmatige wetsinstelling, waarvan de inhoud en de grenzen dus uitsluitend uit de wet afgelezen moeten wordén.

Het gezag van gewijsde komt eigenlijk alleen met zoveel woorden voor

in Westerse rechtssystemen, die de ordenende invloed van het Romeinse denken hebben ondergaan. In het Indonesisch adatrecht bijvoorbeeld kan men niet spreken van een dergelijke instelling, hoogstens heeft in de adat het rechterlijk vonnis een zeker aanzien, een maatschappelijk prestige, maar er is geen sprake van een herhalingsverbod (287). De noodzaak daartoe wordt niet gevoeld, veeleer wil men de mogelijkheid openlaten om zo nodig en zo mogelijk rechterlijke dwalingen later te herstellen. Van invloed hierbij is ongetwijfeld, dat de koran een vonnis slechts beschouwt als een schriftelijk bewijsstuk zoals elk ander, dat – als zijnde onbeëdigd en in verband met de weinig officiële status van een rechter in de oud-Arabische samenleving – niet eens van bijzonder hoge bewijswaarde is (288). De Arabische rechtspleging hechtte meer waarde aan het uitspreken van een eed door de meest gerede partij, waarbij meer de gedachte aan het godsoordeel voorstond dan de poging tot menselijke rechtsvinding. In de Afrikaanse gewoonterechtsstelsels kwam de instelling evenmin voor (289).

Hoe is dan uit het Romeinse recht dit eigenaardig beginsel, dat dikwijls rechtsgeleerden en rechters heeft beziggehouden wegens zijn onzekere gevolgen en zijn vage inhoud, in het Kongolese geschreven recht binnengedrongen ?

In de oudste rechtspleging voor Romeinse burgers – dus niet voor de later toegetreden volkeren van het Imperium – geschiedde de rechtspraak aldus, dat partijen aan een bestuursambtenaar, praetor genaamd, uitlegden wat hun geschil was. De praetor noemde één der vaste formules waarin het Romeinse rechtsdenken alle mogelijke rechtsstrijd had vastgelegd – hetgeen mogelijk was omdat de juridische bouw van de samenleving nog tamelijk sober en planmatig was – en

(287) WIJERS,G., *Het gezag van gewijsde in burgerlijke landraadzaken*, proefschrift, Leiden 1931, blz. 26 en v.
IMMINK, A.J., *De rechtspleging voor de inlandse rechtbanken in N.I.*, Batavia, 1899, blz. 148.
Rapport Jhr. WICHERS, d.d. 6 juni 1949, in : *Tijdschrift voor het Recht in N.I.*, 13, blz. 370.
VAN VOLLENHOVEN C., Adatrecht, II, 3de afl., blz. 381.
TEN HAAR, B., in : *Tijdschrift voor het recht in N.I.*, 126, blz. 82.
ZORAB A., *ibid.*, 127, blz. 87.
H.G.H., 9 november 1876, *Tijdschrift voor het recht in N.I.*, 28, blz. 168.
Lrd. Band Jarnegara, 14 april 1923, ibid., 119, blz. 353.
De priesterraadvonnissen hadden volgens H.G.H., 17 september 1931 (*ibid.*, 135, blz. 69) geen procesgelding, omdat deze raden hun eigen beslissingen plachten in te trekken.
Prof. WERTHEIM (*Tijdschrift* 150, blz. 457) wil ze toch wel procesgelding geven, omdat ook bij de Landraadvonnissen deze gelding „bepaald wordt door het ongeschreven recht" – zoals MEYERS zegt van buitenlandse vonnissen.

(288) Aldus ook Lrd. PANDEGLANG, 25 juli 1929, *Tijdschrift voor het Recht in N.I.*, 133, blz. 122 ; cfr. hierover JUYNBOLL, Th.W., *Handleiding tot de kennis van de mohammedaanse wet*, Leiden, 1930, blz. 316 en v.

(289) Dit sluit niet uit dat in bepaalde gewoonterechtstelsels niet tergend en roekeloos geding strafbaar is : *„La coutume qui prévoit des sanctions répressives du chef de procès téméraire et vexatoire n'est pas contraire à l'ordre public. Est donc légale la condamnation à une amende de 150 francs ou 15 jours de servitude pénale subsidiaire la demanderesse qui saisit le tribunal de centre d'un litige qui a déjà été jugé par le même tribunal de centre et au degré de révision par le tribunal de territoire"* Parketrb. Lualaba, 21 januari 1955, *J.T.O.* 1956, 47.

benoemde nadat hij aldus het geding had afgebakend, een privé-rechter uit de burgerij, die moest onderzoeken of volgens de formule, het antwoord ja of neen luidde. Slechts éénmaal mocht men bijzondere hulp aan de overheid vragen (290).

Wij weten niet met zekerheid hoe de Romeinen tot deze ietwat spitsvondige gedachte zijn gekomen, dat men slechts éénmaal voor zo'n aangelegenheid overheidsbemoeiing mocht inroepen. Wellicht schemerde hierbij toch nog een oude herinnering aan het godsoordeel door, waarbij het opperwezen zich slechts eens en voor al uitspreekt met sacrale onfeilbaarheid.

De zeer ambtelijke en autoritair denkende Romeinen hebben dit omgezet in een soort licentiegedachte met unieke gelding. De gevolgen waren zeer hard : ook als de rechter geen uitspraak kon doen tengevolge van een dilatoire exceptie, of een vordering moest afwijzen wegens *plus petitio* kon de teleurgestelde eiser zijn recht niet nogmaals geldend maken, al was daarover eigenlijk niet beslist. Hier werkte dus het instellen van een vordering – het verzoek om ambtenarenhulp – als *consumptio actionis*.

Zodra echter deze ietwat landelijke rechtspleging, de *ordo privatorum judiciorum*, werd vervangen door de meer systematische en ruime rechtspleging van een wereldrijk, waarbij de rechtsnormen van het bonte, internationale gezelschap zoveel mogelijk werden overgenomen, moest men deze primitieve opvatting wel loslaten ; in het kader van een doeltreffende rechtspraak was het niet houdbaar dat een ambtenaar slechts éénmaal mag worden lastig gevallen. En in de steeds meer seculaire sfeer die weldra in dit nuchterdenkende wereldrijk ging heersen, was helemaal geen plaats meer voor evocatie van recht als unieke, metafysische openbaring.

Toch kon men de grondgedachte niet loslaten, want zij was in de praktijk van nut gebleken, en de Romeinen hielden van nuttige dingen. En zo vond men het nuttig en natuurlijk dat men dezelfde arbeid niet tweemaal behoefde te doen, dat men dezelfde rechtsstrijd niet tweemaal behoefde te voeren. Aldus kwam men tot een geheel andere constructie, namelijk tot die van een fictie krachtens de wet : wat de rechter had beslist, moest worden beschouwd als waarheid, ook al wist men later dat het geen waarheid was.

Deze laatste gevolgtrekking is voor de westerse ethiek niet gemakkelijk aanvaardbaar, maar was voor de bureaucratische, disciplinaire Romeinen geenszins een onoverkomelijk bezwaar, althans was het bezwaar van minder belang dan het voordeel : herhaling van arbeid en verloochening van vroeger rechtspreken werd voorkomen.

Zo ontstond dus een exceptie die kon worden opgeworpen door degene die tweemaal werd aangesproken voor dezelfde vordering. De term „exceptie" is hier eigenlijk onjuist. Want bij een exceptie moet de verweerder zich beroepen op een zelfstandig tegenrecht, en dat doet hij hier niet. Hij zegt slechts : hierover kunnen wij niet meer praten, dit is reeds uitgemaakt.

Het gevolg is dat op die wijze niemand tweemaal tot dezelfde prestatie kan worden veroordeeld, maar dat was niet het doel of de inhoud van de *auctoritas*. Om dat te voorkomen had men immers de exceptie van solutie, die pas aangewend kon

(290) VISSER, J.L.A., *De procesgelding van civiele uitspraken*, proefschrift Leiden 1952, en de aldaar aangehaalde auteurs BONFANTE, BINNERTS, KUHN.

worden in het executoire stadium en oorspronkelijk zelfs een geding op zichzelf was.

De bedoeling was herhaling van rechtskundig onderzoek te voorkomen. Maar daarbij voelde men dan ook zeer spoedig, dat het onvoldoende en inconsequent zou zijn om deze procesgelding slechts toe te kennen in de vorm van een verweer : mijn vordering berust op een rechtsverhouding waarover geen debat meer mogelijk is, derhalve kan ik elk verweer negeren dat bestaat uit bestrijding van die rechtsverhouding (291). Op die wijze werd de processuele waarheidsfictie volledig.

POTHIER (292) vond deze fictie aanvaardbaar en praktisch, – hij stamde tenslotte geheel uit de formalistische denkwereld van het Châtelet, een zeer legalistische, positivistische school, waar voorschriften en protocollen als bijna magisch werden beschouwd. Natuurlijk moest hij een etiket vinden om het voorschrift, dat een uitspraak waarheid is ook al weet men dat het niet zo is, onder te brengen in het heiligdom van de officiële instellingen. Gelukkig had men de rechtsfiguur der vermoedens ook al geërfd van de Romeinen. Daarbij had men een categorie, namelijk de wetsvermoedens, die eigenlijk in het geheel geen vermoedens zijn maar zuivere voorschriften van materieel recht, en daarin paste de *auctoritas* wonderlijk goed.

Geheel ten onrechte beschouwde men toen echter deze wetsvermoedens als bewijsgronden waaraan de rechter gebonden is ongeacht zijn *conviction intime*. En zo verdwaalde de *auctoritas* in het bewijsrecht.

Maar POTHIER en zijn tijdgenoten wisten het bewijsrecht niet voldoende los te maken van het verbintenissenrecht omdat in de oude rechtspleging waaraan zij nog zovele herinneringen hadden bewaard, vaak de overeenkomst in de plaats van de bewijsvoering trad.

Men kon overeenkomen om een betwiste vraag te beslechten door een tweegevecht, een godsoordeel, het afleggen van een eed, men kon ook een twistgeding voorkomen door een *preuve préconçue*, die later in een proces abstracte, onaanvechtbare gelding had. En zo werd de rechtsstrijd bij overeenkomst beperkt of voorkomen. VON SAVIGNY (293) ziet zelfs het gehele proces als een contract tussen partijen om de gevolgen te gedogen. Zo kwam men er ook licht toe om diverse procesmiddelen te zien in de sfeer van het overeenkomstenrecht, en POTHIER heeft zich daarvan niet losgemaakt. Dit heeft verwarrende gevolgen gehad. Men is de *auctoritas* gaan zien als een materieel recht en niet meer als een processuele bevoegdheid, waardoor een partij bevoegdheid had tot het beperken van betwisting en onderzoek.

(291) Aldus beriep in de Kongolese gewoonterechtelijke jurisprudentie een eiser zich op het gezag van een vonnis dat hem als eigenaar van een woud erkende, om leden van de clan die vroeger dat proces verloren had te vervolgen op grond van het feit dat ze zes maanden lang palmwijn zouden getrokken hebben zonder zijn toestemming. Het verweer dat het woud hen toebehoorde werd verworpen. De hierop gebaseerde voorziening in vernietiging eveneens (KIKWIT, 1959, 12).

(292) POTHIER, *Traité des obligations*, (afdeling : *de la chose jugée*), nr. 886 en v.

(293) VON SAVIGNY, *Systeem VI*, blz. 31.

En zo moest wel de opvatting opkomen – aangezien die *auctoritas* ontstond door een uitspraak van de rechter – dat de rechter bij en door die uitspraak een materieel recht deed ontstaan, bijvoorbeeld dat een eigendomsrecht waarover de rechter zich uitsprak door die uitspraak ontstond ; aldus werd men licht geneigd om te geloven dat de rechterlijke uitspraak toch attributief was.

Dit nu is niet juist : het is in strijd met de sociale functie van de rechter, en zou dus slechts mogen worden aangenomen als de wet aan de rechter bij zijn rechterlijke taak attributief gezag verleende, iets wat de wet niet doet.

Dit feit moet men voortdurend voor ogen houden, omdat het anders niet mogelijk is de omvang der procesgelding – bij gebrek aan behoorlijke wettelijke regeling – zo te bepalen dat men niet verstrikt in ongewenste uitbreidingen of hopeloze casuistiek.

Het is niet zo dat de rechter een bevoegdheid verleend heeft of een plicht opgelegd – hij heeft integendeel niets anders gedaan dan het al of niet bestaan daarvan vast te stellen, omdat daarover geschil bestond.

Dit geschil nu hoeft niet – indien één der partijen dat niet wenst – voor een tweede maal te worden beslecht.

Men moet zich dus steeds afvragen wat de rechtsverhouding was die de rechter moest onderzoeken, en tot hoever zijn onderzoek moest gaan, wilde het een afsluitend resultaat bereiken. Daarbij is hij passief, met dien verstande dat de eiser (die de vraag voorlegt) en de verweerder (die daartegen pertinente tegenrechten of rechtssolventies aanvoert) samen het proces bepalen.

167. DE RECEPTIE VAN HET BEGINSEL.

Gelden thans nog steeds de motieven die de klassieken ertoe hebben bewogen om de *auctoritas* in deze vorm te handhaven, en die Justinianus, Napoleon en de opstellers van het Kongolese burgerlijk wetboek ertoe deden besluiten om haar te handhaven, of overwegen de bezwaren waarover Desiderius Heraldus (294) het had in de boutade : *„quod verum est pro falso habetur ?"* Men krijgt de indruk dat de meesten onzer juristen deze instelling node zouden missen. Het beginsel wordt als sociaal noodzakelijk beschouwd om te voorkomen dat gedingen over hetzelfde onderwerp eindeloos zouden herbeginnen. De rechtszekerheid der burgers is voor het gezag van gewijsde de overheersende rechtsgrond. Op de vraag of geschrevenrechtelijk gevormde juristen het zouden aandurven om de *auctoritas* in te stellen als zij nog niet bestond, lijkt bevestigend te moeten beantwoord worden. In het vooroorlogse adatrecht, waar de *auctoritas* niet was gecodificeerd, waren de rechters en auteurs inderdaad geneigd die toch toe te passen, soms zelfs tersluiks. In Kongo eveneens heeft de rechtspraak van de parketrechtbanken dit geschrevenrechtelijk beginsel aan de inlandse rechtbanken willen opleggen.

(294) Aangehaald door VISSER, *op. cit.*, blz. 13.

168. DRIE STELLINGEN DIE DE VERNIETIGINGSRECHTSPRAAK VERDELEN. EERSTE STELLING : EEN BEGINSEL VAN GERECHTELIJKE OPENBARE ORDE.

Een grondig onderzoek van de rechtspraak van de parketrechtbanken levert verrassingen op. We hebben niet minder dan drie stellingen kunnen onderscheiden omtrent de natuur van het beginsel van het gezag van gewijsde. Dat er verwarring heerst is niets te veel gezegd.

a) Volgens een deel van de rechtspraak van de parketrechtbanken zou het beginsel van het gezag van gewijsde zelfs van openbare orde zijn in de zin van het judiciaire recht en zou dus *ambtshalve moeten ingeroepen worden door de rechter ten gronde.* Het beginsel zou van algemene openbare orde zijn in deze zin dat een procedurale gewoonte die een ander beginsel zou huldigen, verworpen zou moeten worden. *„La règle est d'ordre public en matière de juridictions indigènes selon l'article 39 du décret. Peu importe dès lors que la coutume prévoit ou non cette règle"*, meent de procureur-generaal van Leopoldstad in een aantekening (bij THYSSTAD 1958, 34) ; *„Le principe est d'ordre public, tant en matière pénale que civile"* (bij KIKWIT 1959, 5 en bij THYSSTAD 1957, 1) ; *„la coutume évoluée méconnait un principe d'ordre public qui attache aux jugements des juridictions indigènes l'autorité de la chose jugée lorsque les recours sont épuisés ou qu'il y a peremption d'instance"* (bij LEOPOLDSTAD 1958, 9).

Deze opvatting van de procureur-generaal vinden we in een vernietigingsvonnis van de parketrechtbank van BOMA (1957, 72) vervat. Een sectorrechtbank deed in 1954 uitspraak in een geding tussen twee clans over het toebehoren van drie vijvers in een woud. De rechters wisten wel dat hierover een vonnis uit 1942 bestond, doch ze lieten na er een copie van te laten opzoeken, en gingen af op verklaringen van getuigen : *„d'après la coutume on juge une affaire après l'audition des témoins"*. Deze gewoonte werd door de parketrechtbank – in een slechte terminologie – strijdig met een beginsel van gewoonterechtelijke openbare orde verklaard, en het vonnis werd ambtshalve vernietigd.

169. EEN ZELFDE RECHTSVERHOUDING.

Daarbij moet gezegd worden dat de parketrechtbanken erover waken dat de rechtsverhouding waarover definitief uitgesproken werd, wel dezelfde is die onderzocht wordt door het vonnis dat het gezag van gewijsde heet te schenden. Er moet identiteit van voorwerp, van causa en van partijen zijn. Aldus werd een voorziening die gegrond was op de miskenning van het gezag van gewijsde, verworpen omdat het in het eerste vonnis ging om een vordering in liquidatie van een huwelijksgemeenschap, terwijl het aangevochten vonnis, na ontbinding van het huwelijk onderzocht wat elke partij in het perceel geïnvesteerd had (LEOPOLDSTAD 1959, 3). In een

voorziening betoogde de eiser dat de grond, Kingula genoemd, niet begrepen was in de gronden waarover in 1934 uitspraak was gedaan, en klaagde de verkeerde toepassing aan van het beginsel van het gezag van gewijsde. De parketrechtbank verwierp de voorziening, maar de procureur wees er in een kritische aantekening op dat de substituut het punt eerst onderzocht moest hebben en vastgesteld dat uit de debatten het tegendeel bleek (THYSSTAD 1958, 30). In een gelijkaardig geval werd wel vernietigd, wegens *„omission de statuer sur un point du litige"* (BOMA 1957, 62).

In een voorziening in vernietiging beweerde de eiser dat het vonnis, waarvan het door verweerder ingeroepen gezag van gewijsde ten onrechte aangenomen werd door de gewestrechtbank van Sekebanza, slechts vijf terreinen betrof, waarvan drie begrepen waren in de twaalf terreinen die de huidige vordering uitmaakte voor de gewestrechtbank. Dit punt werd door de parketrechtbank van MATADI (1959, 7) juist bevonden, en het vonnis van de gewestrechtbank die het beginsel van het gezag van gewijsde verkeerd gehanteerd had, werd vernietigd wegens *atteinte aux droits de la défense.*

In de voorziening wordt, met een kwijtschrift als bewijs bij de hand, het gezag van gewijsde ingeroepen. Ze wordt verworpen omdat het aangevochten vonnis handelt over het eigendomsrecht van de grond, dat toegekend wordt aan het dorpshoofd, terwijl het vroegere vonnis handelde over jachtvoorrechten op dezelfde grond, die toegekend werden aan het groeperingshoofd, nu eiser in vernietiging (KIKWIT 1958, 40). Een eiser in vernietiging beweert niet gebonden te zijn door een vroeger vonnis, waarvan de gewestrechtbank het gezag van gewijsde inriep, daar hij er geen partij bij was. Inderdaad is hij wel van dezelfde clan als een partij bij dat proces, maar niet van dezelfde lineage (295). De parketrechtbank geeft hem gelijk en vernietigt (BOMA 1959, 79). Hierbij moet opgemerkt worden dat de parketrechtbank zich het recht voorbehoudt, de vonnissen – niet alleen het aangevochten vonnis – uit te leggen. Aldus wordt bijvoorbeeld vastgesteld dat de gewestrechtbank een vonnis van een sectorrechtbank verkeerd heeft uitgelegd : dat vonnis veroordeelde niet tot gemeenschappelijke exploitatie, maar tot uitdrijving van de verweerder (BOMA 1959, 66).

170. HET BEGINSEL VAN DE BESCHIKKINGSMACHT VAN DE PARTIJEN.

In overeenstemming met de hoger vermelde leer van de procureur-generaal, weigeren parketrechtbanken te vernietigen indien een rechter ten gronde ambtshalve het beginsel heeft ingeroepen, terwijl het Hof van Cassatie

(295) Cfr. ALLOTT, blz. 286 ; het Ghanese geval *Ofori Atta II v. Bonsra II* (1958) J.A.L. 33 ; *Privy council appeal* nr. 43, 1953.

hier voor inbreuk op de beschikkingsmacht van de partijen zou verbreken. (BOMA 1957, 56 ; KIKWIT 1959, 5 *„le tribunal (de territoire) se déclare incompétent, le litige ayant déjà été vidé par un jugement définitif"*) ; THYSSTAD 1958, 58 en 11 ; 1957, 63 en 53).

171. HET VERZUIM AMBTSHALVE HET BEGINSEL IN TE ROEPEN.

Volgens deze stelling zou een parketrechtbank eigenlijk ambtshalve een vonnis van een gewestrechtbank, dat naliet ambtshalve het gezag van gewijsde in te roepen, moeten vernietigen. Dergelijke vernietigingen ontmoetten we echter nooit, behalve in het hoger aangehaalde uitzonderlijke geval (BOMA 1957, 72), en in een geval van ambtshalve vernietiging omdat de gewestrechtbank buiten de herzieningstermijnen uitspraak had gedaan (KIKWIT 1959, 41). Zo zijn anderdeels wel de vernietigingsvonnissen te begrijpen waar voor de eerste maal door een partij in de vernietigingsinstantie (296) op schending van het gezag van gewijsde een beroep wordt gedaan (THYSSTAD 1957, 55) ; ook de gevallen waarin een vonnis van de gewestrechtbank, buiten de herzieningstermijnen gewezen, vernietigd wordt zonder dat er vóór de vernietigingsinstantie ooit een haan naar gekraaid had (THYSSTAD 1957, 20 ; KIKWIT 1959, 43 en 45).

In dit verband moet gewezen worden op een bijzonder geval : een sectorrechtbank deed uitspraak, en dit werd bevestigd door de gewestrechtbank, maar vernietigd door de parketrechtbank. Maanden later maakt eiser het geding opnieuw aanhangig, maar zijn vordering wordt verworpen door de gewestrechtbank, die ambtshalve het gezag van gewijsde inroept. Vermits geen termijn bepaald werd om na vernietiging een zaak opnieuw aanhangig te maken, wordt dit vonnis van de gewestrechtbank, dat zich ten onrechte op het gezag van gewijsde beriep, vernietigd (KIKWIT1958, 32).

172. TWEEDE STELLING : DE PROCEDURALE GEWOONTE VAN HET FORUM.

b) Volgens een volledig tegenovergesteld standpunt moet de algemene openbare orde hier niet ingrijpen, en is slechts de procedurale gewoonte van het forum van toepassing. Eigenaardig genoeg werd in een aantekening dit standpunt ook verdedigd door de procureur-generaal van Leopoldstad. Het gezag van gewijsde zou niet ambtshalve ingeroepen moeten worden, daar het in burgerlijke zaken niet van openbare orde is. *„Devant les juridictions*

(296) Het gebeurt niet zelden dat de voorziening gegrond is op schending van het gezag van gewijsde : LEOPOLDSTAD 1959, 3 ; THYSSTAD 1957, I, 34, 50, 52 en 55 ; KIKWIT 1958, 40. Het is echter volgens het D.I.R. niet nodig dat een vernietigingsgrond uitdrukkelijk in de voorziening vermeld weze.

indigènes il y a lieu de faire application des coutumes. Certaines sont très rigoristes, d'autres pas". In geval van leemte op dit punt in de procedurale gewoonte moeten de partijen, zij het op impliciete wijze, akkoord gaan om het geding te herbeginnen : hier belandt men feitelijk in de derde stelling die hieronder wordt uiteengezet (aantekening bij THYSSTAD 1958, 51).

„Le principe n'est pas d'ordre public en matière civile. Il y a lieu dès lors en cas d'un jugement antérieur de suivre strictement la coutume d'application" (aantekening bij THYSSTAD 1958, 58).

Men kan dus gewoonten hebben die het beginsel inhouden, en andere die het niet kennen. Een voorziening zou bijgevolg gegrond kunnen zijn op een schending van de procedurale gewoonte van het forum : *„La coutume Bakongo prévoit et reconnait l'autorité de la chose jugée, ce que le demandeur en annulation conteste"* (THYSSTAD 1958, 34).

Indien men deze stelling aankleeft wordt de in het geschreven recht onbekende uitzondering op het herhalingsverbod, die in de onderzochte rechtspraak soms werd ontmoet, begrijpelijk : namelijk het voorvallen van een nieuw feit. *„La coutume évoluée permettrait de modifier la sentence s'il y avait un élément nouveau"*, doch bij gebrek hieraan verwerpt de gewestrechtbank de vordering, en de parketrechtbank de voorziening (LEOPOLDSTAD 1958, 9). De gewestrechtbank van Thysstad vernietigt een vonnis van de sectorrechtbank en bevestigt gewoonweg een vroeger vonnis van dezelfde rechtbank. Dit vonnis wordt door de parketrechtbank vernietigd : *„il rejette sans motiver la valeur du supplément qu'apportait ce jugement au jugement antérieur"* (THYSSTAD 1958, 53). Indien men de voorgaande stelling huldigt moet deze zienswijze natuurlijk verworpen worden :

> „attendu que nonobstant la chose jugée, le tribunal de territoire, faisant état de *faits nouveaux*, s'est autorisé de reprendre le litige ab ovo, et modifie profondément l'attribution de la propriété de la terre : que les faits nouveaux vantés peuvent éventuellement intéresser les questions litigieuses non vidées par une décision antérieure coulée en force de chose jugée" (THYSSTAD 1957, 23 ; idem KIKWIT 1959,1).

173. DERDE STELLING. HET GESCHREVENRECHTELIJK BEGINSEL MET ZIJN EIGEN KARAKTER EN DRAAGWIJDTE : EEN BEGINSEL VAN ALGEMENE ORDE.

c) Men kan een derde stelling onderkennen, die voorhoudt dat zonder meer de geschrevenrechtelijke theorie van het gezag van gewijsde opgelegd moet worden. Het beginsel zou niet van (gerechtelijke) openbare orde zijn, en zou dus niet ambtshalve moeten opgeworpen worden (zaak *Mavakala t. Guayi Marie,* Thysstad 19 november 1956, nr. 91 ; THYSSTAD 1957, 1).

„Attendu que l'autorité de la chose jugée n'est pas d'ordre public en matière civile, que les parties pouvaient convenir de soumettre à nouveau à l'examen du tribunal une affaire jugée antérieurement, que les deux parties devaient être d'accord à ce sujet, que le tribunal ne doit pas soulever l'exception de l'autorité de la chose jugée d'office" (LEOPOLDSTAD 1958, 89).

Dat er wel verwarring heerst nopens de procesgelding van de burgerlijke uitspraken, blijkt uit een considerans die in het vonnis de zo juist aangehaalde voorafgaat en die schijnt vast te stellen dat ambtshalve – het schijnt contradictorisch met de andere considerans – het gezag van gewijsde werd ingeroepen : *„attendu que le tribunal de territoire juge inutile de reprendre l'affaire suite au décès de Muzulia Agnès"*. Bedoeld wordt dat het geschil over de nalatenschap van Muzulia als beslecht moet beschouwd worden. Er zou integendeel vernietigd moeten worden wegens schending van de beschikkingsmacht van de partijen als het beginsel ambtshalve door de rechter ten gronde werd opgeworpen (297).

174. HET AKKOORD VAN BEIDE PARTIJEN.

Als beide partijen het impliciet eens zijn kan het geding herbegonnen worden (aantekening van de procureur des konings onder THYSSTAD 1958, 58). Aldus werd in een voorziening een beroep gedaan op het gezag van gewijsde, maar ze werd verworpen door de parketrechtbank omdat uit het zittingsblad het feit kon afgeleid worden dat de partijen akkoord waren gegaan om het geding te herbeginnen (THYSSTAD 1957, 50). In de motivering van een vernietigingsvonnis vindt men de invloed weer van de openbare ordestelling. De rechter zou de partijen ambtshalve moeten inlichten over de draagwijdte van de geschrevenrechtelijke theorie van het gezag van gewijsde, en het akkoord van beide partijen *expliciet* moeten bekomen om de zaak opnieuw te behandelen :

„attendu que le tribunal a statué à nouveau sur une matière déjà jugée *sans avoir obtenu l'accord des parties* de trancher un litige déjà jugé définitivement". Dit maakt een schending van een substantiële vorm uit (THYSSTAD 1957, 36). Het vonnis vermeldde wel de instemming van de partijen over het deskundig verslag nopens het aantal bomen, meende de parketrechtbank, doch nergens het akkoord om het vroeger besliste bedrag van de vergoeding te herzien.

175. GEEN KARAKTER VAN GERECHTELIJKE OPENBARE ORDE.

Werpt een belanghebbende partij het gezag van gewijsde op, dan mag de

(297) Hoge Raad 1932, 1955, VEEGENS, noot 3, blz. 131 ; RIGAUX, nr. 33 ; *J.C.P.*, 1952, II.6806, noot PERROT. *Verbr.*, 29 oktober 1964, *Pas.* 1965, 219.

rechter ten gronde het geschil niet meer onderzoeken (THYSSTAD 1957, 29). Doet hij het toch, dan lijdt zijn vonnis eventueel aan een motiveringsgebrek omdat het geen antwoord geeft op de besluiten van de partijen (298) of openlijk het beginsel van het gezag van gewijsde schendt. Het Belgische Hof van Cassatie, dat een uitspraak wegens miskenning van het gezag van gewijsde verbreekt, zal meestal tevens de schending van de bewijskracht van de bestreden uitspraak inroepen (299). Soms zelfs baseert het Hof zich alleen op de schending van de bewijskracht van de gerechtelijke uitspraak, zonder zelfs de schending van het beginsel van gewijsde in te roepen (300). Kunstmatig mag deze motivering wel genoemd worden. Het gebeurt dat de parketrechtbanken evenmin willen bekennen dat ze vernietigen wegens *de schending van een rechtsbeginsel.* Vernietigd wordt dan wegens een vormverzuim, of wegens motiveringsgebrek :

> Si le principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas une cause d'annulation, en est une le fait que le jugement ne rencontre pas l'argument de la partie qui invoque ce principe" (301). „La violation d'un principe de droit ne constitue pas un motif d'annulation. Nous estimons que le jugement du tribunal indigène aurait dû être annulé pour violation d'une forme substantielle prévue par la coutume locale, à savoir l'interdiction de recommencer un procès déjà jugé" (302).

Meestal komen de parketrechters er echter voor uit dat vernietigd wordt voor schending van een rechtsbeginsel :

> „Doit être annulé pour violation du principe de l'autorité de la chose jugée, le jugement d'un tribunal indigène qui statue sur un litige déjà vidé par un jugement définitif" (303) ; „Doit être annulé, le jugement rendu en violation du principe de la chose jugée" (304) ; „La méconnaissance du principe juridique de la chose jugée constitue la violation de principes de droit applicables à tous les indigènes" (305) ; „Ni la loi ni la coutume ne permettent d'intenter deux fois un procès relatif à une même affaire et entre les mêmes parties" (306) ; „Viole le principe de la chose jugée, et donc une forme substantielle prévue par la loi" (KIKWIT 1959, 1).

(298) Parketrb. Lualaba, 21 november 1953, *J.T.O.* 1954, 26, noot. MATADI 1958, 144 : „*Le tribunal ne s'est pas prononcé quant au motif invoqué par le demandeur en annulation que ses terres ont fait l'objet d'un jugement coulé en force de chose jugée, ce qui constitue une violation des droits de la défense et d'une forme substantielle.*"

(299) Verbr., 27 februari 1964, 682 ; RIGAUX, nr. 194. De hoger vernoemde wet op het Hoogste Gerechtshof van Madagascar vermeldt uitdrukkelijk de schending van het gezag van gewijsde als verbrekingsgrond.

(300) Verbr., 29 november 1923, *Pas.* 1924, 49.

(301) Parketrb. Opper-Lomami, 27 februari 1950, *B.J.I.* 1951, 87.

(302) Noot onder Parketrb. Urundi, 3 november 1949, *J.T.O.* 1950, 33.

(303) Parketrb. Urundi, 3 november 1949, *J.T.O.* 1950, 33, noot.

(304) Parketrb. Lualaba, 9 juli 1952, *B.J.I.* 1953, 76, noot.
Mwami, 19 december 1951, *B.R.U.* 1953, 615.

(305) Parketrb. Elis., 21 oktober 1942, *B.J.I.* 1943, 135 ; 1944, 288, noot.

(306) Parketrb. Kivu, 21 april 1949, *B.J.I.* 1949, 135.

Een bijzonder geval is het volgende : *„pour fausse application du principe de la chose jugée"* wordt een vonnis van de gewestrechtbank van Lukula vernietigd, omdat dit het gezag van gewijsde had aangenomen van een vonnis van 1954 van de sectorrechtbank van de Zuid Tsundi, dat echter zelf het gezag van gewijsde van een vroeger vonnis had geschonden. Uit de redengeving van de sectorrechtbank bleek inderdaad dat zij geweten had dat er een vonnis van 1942 van de sectorrechtbank van de Wanda Lukula bestond, maar dat zij had nagelaten er een copie van te vragen. In de vernietigingsinstantie blijkt dat de twee vonnissen van de sectorrechtbanken tegenstrijdig zijn (BOMA 1957, 72).

Hoe kan nu een eiser in vernietiging bewijzen dat hij niet akkoord ging om het geding te hernemen ? *„En défaut de plainte en inscription en faux prouvée, il y a lieu de s'en tenir au procès-verbal d'audience"* (THYSSTAD 1958, 56). In een aantekening meent echter de procureur des konings dat er een onderzoek had moeten bevolen worden.

176. HET VERZUIM VAN DE BELANGHEBBENDE PARTIJ.

Heeft de belanghebbende partij om welke redenen ook verzuimd dit verweer te voeren, dan treft de lagere rechter geen verwijt. Er is in dat geval geen aanleiding om de mogelijkheid open te laten om het gezag van gewijsde voor het eerst bij de vernietigingsrechter in te roepen.

177. DE COPIE VAN HET INGEROEPEN VONNIS.

De partij die de *auctoritas* inroept moet in beginsel een copie van dat vonnis voorleggen. Aldus wordt (wegens motiveringsgebrek) een vonnis verbroken waarin de rechters louter op grond van de verklaring van de griffier, zonder een copie van het vonnis te vragen noch de beweringen van verweersters, die de draagwijdte van dat vonnis betwistten, te onderzoeken het gezag van gewijsde aannamen (307). Maar wat, als er geen spoor meer overblijft van het vroegere vonnis ?

> De gewestrechtbank van Madimba was ervan op de hoogte dat er een vroeger vonnis van 1937 in het onderhavig geding bestond. Er was echter geen enkel bewijs van, behalve de inschrijving op de rol. Het dispositief van dat spookvonnis was niet bekend en er waren geen getuigen meer van. De gewestrechtbank onderzocht de zaak dus opnieuw en deed uitspraak. Een voorziening hiertegen werd verworpen : er trof de lagere rechter geen verwijt (THYSSTAD 1957, 34). Er is natuurlijk gevaar voor tegenstrijdigheid van uitspraken. In een zelfde geval kwam na de nieuwe uitspraak het oude vonnis van 1948 uit de archieven van de gewestrechtbank van Kibambi weer te voorschijn.

(307) Parketrb. Lualaba, 5 januari 1954, *J.T.O.* 1955, 39. Zie ook : BOMA 1957, 72.

Een hierop gegronde voorziening werd prompt door vernietiging gevolgd *„pour violation de formes en statuant sur un litige déjà vidé"* (THYSSTAD 1957, 52). In dit geval is de vernietigingsgrond eigenlijk : tegenstrijdigheid van uitspraken. Deze grond tot cassatie, die uitdrukkelijk vermeld was door artikel 504 van het Belgische wetboek van burgerlijke rechtspleging, werd afgeschaft door de wet van 25 maart 1876. Hij werd eveneens in Nederland afgeschaft door de nieuwe wet op de cassatie. Sinds zijn invoering had dit artikel nimmer toepassing gevonden. De gevreesde verwikkelingen waaraan het zijn ontstaan te danken had, bijv. een door overlijden in de vergeethoek geraakt vonnis, zijn in Europa niet meer van deze tijd. We durven opmerken dat voor de inlandse rechtbanken deze grond het best behouden zou blijven.

178. BESLUIT

Wat het derde standpunt betreft dat ten aanzien van het gezag van gewijsde ingenomen werd, weze tenslotte nog opgemerkt dat het beginsel niet als van *openbare orde in de zin van het judiciaire recht* beschouwd wordt, in tegenstelling tot het eerste standpunt, maar wel als van *algemene openbare orde,* in tegenstelling tot de tweede zienswijze. Over het begrip algemene openbare orde zal in titel III gehandeld worden.

We mogen dus wel besluiten met de vaststelling dat er een grote verwarring heerst op het gebied van de procesgelding van de uitspraken van de inlandse rechtbanken. Een wetgevend ingrijpen zou wenselijk zijn, of een koersvaste houding van het Hoogste Gerechtshof.

HOOFDSTUK II

DE ERROR IN JUDICANDO

Afdeling I DE PARKETRECHTBANK EN DE ERROR IN JUDICANDO

§ I. De verkeerde toepassing van een gewoonterechtsnorm

179. DE ,,GEWOONTERECHTELIJKE" TAAK VAN DE PARKETRECHTBANKEN. PLAN

Het decreet op de inlandse rechtbanken draagt de vernietigingsrechter niet de taak op, een vonnis te vernietigen wegens verkeerde toepassing van een gewoonterechtsnorm. Impliciet hebben de parketrechters dit nochtans aangezien als behorende tot hun opdracht, zo menen we. Zo moet de rechtspraak uitgelegd worden die meestal langs op de wet gesteunde omwegen de verkeerde toepassing met vernietiging trof. Dit gebeurde o.a. langs de zogezegd gebrekkige motivering om, hetgeen in een eerste deel (A) van deze paragraaf bestudeerd wordt.

> Wie een hond wil slaan, vindt wel een stok. Aldus werd ook vernietigd, feitelijk wegens schending van de gewoonte, maar formeel op grond van artikel 35, 4° : de gewoonte legde voor een bepaald misdrijf boete op, en door de rechtbank werd er strafdienst opgelegd. Het vonnis werd vernietigd omdat een andere straf dan degene die voorgeschreven was door de gewoonte, en dus door het decreet op de inlandse rechtbanken, werd toegepast (1).
>
> Er werd door de parketrechtbanken eveneens een beroep gedaan op fouten bij de instructie van de zaak ten gronde : *„Doit être annulé pour violation des formes substantielles, le jugement d'un tribunal indigène qui fait une fausse application de la coutume sans avoir fait les recherches nécessaires pour la connaître"* (2). Men ziet dat er niet alleen op de gebrekkige motivering een beroep werd gedaan.

Soms werd zelfs niet de moeite genomen een wettelijke omweg te zoeken : er werd vernietigd wegens verkeerde toepassing van de gewoonte.

(1) Parketrb. Tanganyika, 16 oktober 1954, *B.J.I.* 1958, 267.
(2) Parketrb. Opper-Lomami, 22 juni 1954, *J.T.O.* 1955, 11, noot A.S.

Die gevallen bespreken we in het tweede deel (B) van deze paragraaf (3). In een derde deel (C) worden vonnissen van de parketrechtbanken weergegeven waarin weliswaar de voorziening verworpen werd, maar pas nadat uitdrukkelijk vastgesteld werd dat het gewoonterecht juist werd toegepast. Dit laat veronderstellen dat in geval van verkeerde toepassing de parketrechtbank zou vernietigd hebben.

In een vierde deel (D) worden de talrijke gevallen in het licht geplaatst waarin de voorziening verworpen werd omdat ze een beslissing over de feitelijke toedracht van de zaak betrof, „parce que mélangé de fait et de droit" zou het in de Franse terminologie van het Belgische Hof van cassatie heten (4). Nochtans was dit niet altijd waar en kon onder de onhandige formulering van de voorziening een klacht schuilen over schending van het toe te passen recht. Gesteld wordt dat de verwerping geschiedde, niet omdat de parketrechtbank meende over de juiste toepassing van het recht niet te moeten waken, maar omdat zij het juridische koren niet van het feitelijke kaf vermocht te scheiden.

A. VERNIETIGING WEGENS GEBREKKIGE MOTIVERING IN RECHTE

180. TWEE ONDERSCHEIDEN CASSATIEGRONDEN.

In een stelsel van geschreven recht kunnen rechtsbeslissingen voor een Hof van cassatie niet met vrucht worden aangevochten op grond van de klacht dat zij niet of niet voldoende met redenen zijn omkleed, maar alleen op grond van de bewering dat zij materieel onjuist zijn. Zo nodig verbetert

(3) De regel, dat een vonnis dat de gewoonte schendt of verkeerd toepast, moet vernietigd worden, vinden we ook in de uitgegeven rechtspraak weer : „*Le jugement qui viole la coutume*" (Parketrb. Luapula-Mwero, 29 september 1958, *B.J.I.* 1958, *B.T.C.* 1951, 47, noot), „*le jugement qui fait une application erronée de la coutume*" (id., 24 februari 1958, *J.T.O.* 1958, 365), „*le jugement faisant application d'une coutume inexistante*" (Parketrb. Kivu, 3 november 1950, *J.T.O.* 1951, 113, noot), „*Le jugement qui n'applique pas la coutume*" (Parketrb. Kivu, 11 oktober 1957, *B.J.I.* 1948, 230 ; *J.T.O.* 1950, 46, noot).
Contra : Parketrb. Lualaba, 15 maart 1954, *B.J.I.* 1958, 234 ; Parketrb. Opper-Katanga, 19 februari 1953, *J.T.O.* 1953, 166; Parketrb. Kabinda, 17 januari 1952, *J.T.O.* 1952, 112, noot; in de onderzochte rechtspraak : LEOPOLDSTAD 1958, 12, 18 en 121; 1959, 25.

(4) In de terminologie van het Belgisch Hof van Cassatie duidt de uitdrukking „*moyen mélangé de fait et de droit*" (d.i. in de Nederlandse terminologie een middel dat feitelijke grondslag mist ; cfr. VEEGENS, nr. 112) soms op een middel dat zich ertoe beperkt het besluit van het oordeel over de feiten te kritiseren of een feitelijke waardering soms op een „nieuw" middel, d.i. een middel dat een rechtsvraag opwerpt die in de rechtspleging ten gronde niet te berde werd gebracht. Cfr. RIGAUX, nr. 107.
Onnauwkeurig is het echter een cassatiemiddel „*mélangé de droit et de fait*" te nemen wanneer het slechts een kritiek op een beslissing over de feiten inhoudt, zonder een onwettelijkheid aan te duiden die hierbij zou begaan geweest zijn ; een dergelijk middel moet verworpen worden met de vaststelling dat het geen wettelijk voorgeschreven cassatiemiddel uitmaakt, vermits het gericht is op een feitelijke vaststelling van de aangevochten beslissing. Cfr. RIGAUX, nr. 126.
Een vergelijking van de formule „*le moyen manque en fait*" en „*le moyen est mélangé de fait et de droit*" vindt men bij RIGAUX, nr. 117.

het Hof van cassatie immers de rechtsgronden van de bestreden uitspraak (5).

> „Adoptant un motif de droit erroné, le juge du fond justifie son dispositif à l'aide d'une règle de droit qui n'est pas compétente. C'est là une illégalité „objective", que la cour ne saurait censurer si, faisant appel à la règle de droit applicable, elle peut constater la légalité du dispositif attaqué. Le motif de droit erroné n'est jamais par lui-même un moyen de cassation, seule l'illégalité du dispositif en justifie l'annulation et, dans ce cas, le pourvoi doit indiquer la disposition légale faussement appliquée" (6).

De twee cassatiegronden, schending van de formele motiveringsplicht en uitspraak van een onwettelijk dispositief, mogen niet met elkaar verward worden.

181. DE ONVOLDOENDE MOTIVERING VAN DE RECHTSBESLISSING. PLAN

In een gewoonterechtsstelsel kunnen rechtsbeslissingen integendeel worden vernietigd omdat zij niet of niet voldoende met redenen zijn omkleed. Alhoewel door de Kongolese parketrechtbanken de gewoonterechtelijke normen niet werden beschouwd als feiten die bewezen moesten worden, werd bij onvoldoende motivering ervan vernietigd, juist zoals bij gebrekkige motivering van de feiten. Bedoeld wordt hier het gebrek in de motivering dat in de Franse (onnauwkeurige) terminologie *défaut de base légale* heet (7). Eerst zullen een paar voorbeelden uit de onderzochte rechtspraak gegeven worden, waarin wegens onvoldoende motivering van de rechtsbeslissing vernietigd werd (a). Misschien past de lagere rechter in het beschikkend gedeelte van het vonnis een juiste rechtsregel toe, maar dat is onzeker ; de parketrechtbank wordt niet in staat gesteld dit te waarderen. Indien echter het probleem in dit hoofdstuk aangesneden wordt, is het omdat dikwijls ook langs deze weg om vernietigd werd wegens ongetwijfeld verkeerde toepassing van een rechtsregel die hetzij impliciet aan de grond lag van het gewraakte dispositief (b), hetzij uitdrukkelijk in de motivering aangenomen werd (c).

(5) VEEGENS, blz. 185. FAYE, nr. 119. Zie artikel 384, tweede lid van het Italiaanse wetboek van burgerlijke rechtspleging : „zijn niet vatbaar voor verbreking de uitspraken die verkeerde rechtsmotieven bevatten, indien het dispositief met het recht overeenstemt ; in dit geval beperkt het Hof zich ertoe, de motivering te verbeteren".

(6) RIGAUX, nr. 100. Daarom kan men niet instemmen met een vonnis van Elisabethstad dat vernietigde omdat de lagere rechter op grond van de geëvolueerde gewoonte het polygame huwelijk nietig verklaarde, hoewel hij dit had moeten doen op grond van het decreet van 4 april 1951, dat in de plaats van de gewoonte trad. (Parketrb. Elisabethstad, 8 maart 1958, *B.J.I.* 1958, 313).

(7) D.i. onvoldoende of onnauwkeurige motivering wat de feiten betreft (MARTY, blz. 282). Zie hoger, nr. 143 v.

182. DE ONDERZOCHTE RECHTSPRAAK OVER DE ONVOLDOENDE MOTIVERING VAN DE RECHTSBESLISSING.

a) In 1952 is Kianga, een Mukongo, gehuwd met Kanakoza Gozalata, een Rwandese. De vrouw misdraagt zich echter, en het samenleven wordt onmogelijk. De gewestrechtbank spreekt de echtscheiding uit, en de man moet de vrouw een terugreisbiljet naar Rwanda betalen. Volgens de Kongogewoonte van de man behoren de kinderen tot de lineage van hun moeder. Volgens de gewoonte van de moeder echter moeten de kinderen toegewezen worden aan de lineage van hun vader. Naar billijkheid oordelend wijst de gewestrechtbank van Sekebanza twee kinderen toe aan de vader en twee aan de moeder. Dit vonnis wordt echter, als onvoldoende gemotiveerd, vernietigd (BOMA 1957, 33), omdat de gewestrechtbank geen redenen opgeeft voor de oplossing die ze aan dit probleem van rechtskeuze geeft. De redenering van de parketrechtbank kan als volgt ontleed worden. Er zijn twee mogelijke wijzen van redeneren. Logischerwijze moet, om voor de bepaalde door het vonnis geleverde feiten de gegeven beslissing te treffen, de rechtbank een bepaalde rechtsregel toegepast hebben. De (niet-vermelde) toegepaste conflictsregel kan aldus geïnduceerd worden. Welnu, die geïnduceerde conflictsregel is niet diegene die volgens de parketrechtbank op die gegeven feiten moest toegepast worden ; de parketrechtbank vernietigt eigenlijk wegens verkeerde toepassing van het intercoutumiere conflictenrecht, en niet wegens onvoldoende motivering. Een andere redenering kan echter wel de vernietiging wegens gebrekkige motivering rechtvaardigen : misschien is het beschikkend gedeelte juist. De toegepaste regel kan echter niet geïnduceerd worden uit de door de gewestrechtbank weergegeven feiten. De parketrechter kan niet opmaken welke rechtsregel toegepast werd. Men zou hier voor een bijzondere toepassing van de theorie van het *„défaut de base légale"* staan, en inderdaad zou er wegens gebrekkige motivering vernietigd kunnen worden.

> Nkodia wordt door de gewestrechtbank van Kasangulu veroordeeld tot teruggave van de twintig stoelen en tien tafels die hij bij de opening van zijn bar geleend had van Bowana, en tot het betalen van schadevergoeding ten belope van 12.600 fr voor het derven van deze meubelen gedurende 21 maanden. Dit vonnis wordt vernietigd : *„attendu qu'il découle des débats qu'une date limite du prêt n'a pas été prévue, ni que celui-ci était onéreux ; qu'il n'y a eu aucune mise en demeure ; attendu qu'en condamnant Nkodia à payer 12.600 fr pour chômage de mobilier sans préciser quelles étaient les conditions de prêt en ce qui concerne le temps et le prix, le jugement est insuffisamment motivé".* De parketrechtbank vernietigt, omdat zij niet opmaken kan of de juiste rechtsregel werd toegepast (THYSSTAD 1958, 6).

Makala werd in een geschil na een gemeenschappelijke jachtpartij door de gewestrechtbank tot 600 fr schadevergoeding en afstand van drie dijstukken van het getroffen wild veroordeeld. Op verzoek van Makala wordt het vonnis door de parketrechtbank vernietigd omdat de toegepaste gewoonterechtsregel niet opgegeven werd. Voor het Hof van cassatie moet in burgerlijke zaken in het geschreven rechtsstelsel de toegepaste rechtsnorm niet opgegeven worden : *„A défaut de contestation sur ce point, le juge du fond ne doit pas mentionner les dispositions légales dont il fait application. Cette solution est conforme à l'adage „jura novit curia" qui, à cet égard, ne régit pas la matière répressive"* (8). De niet-opgegeven wezenlijke vermelding *(„mention substantielle"),* die in burgerlijke zaken een cassatiegrond kan uitmaken, verwijst naar een na te leven pleegvorm. In de rechtspraak van de parketrechtbanken integendeel kan ze ook – hetgeen hier het geval is – de op het geding toe te passen rechtsregel betreffen, en dit niet alleen in strafzaken. De motivering van het vonnis laat de parketrechtbank niet toe te oordelen of een juiste gewoonte werd toegepast, en daarom wordt het vonnis vernietigd (KIKWIT 1957, 31).

Voor de gewestrechtbank van Leopoldstad eist Dandu een perceel op waarvan hij de erfgenaam beweert te zijn, maar dat aan Kalupa was toegewezen geworden. Laatstgenoemde had het voor 52.000 fr verkocht, de schulden van de overledene en de begrafeniskosten betaald. Dandu's vordering wordt afgewezen. Dit vonnis wordt echter vernietigd, omdat de rechtsregel op grond waarvan de vordering werd afgewezen niet opgegeven was : *„Le jugement se borne à constater les renseignements reçus de l'intérieur, et n'examine pas la règle coutumière des intéressés règlant la dévolution successorale en l'espèce"* (LEOPOLDSTAD 1959, 48). Waarom werd Dandu's vordering door de gewestrechtbank eigenlijk afgewezen ? Het gebeurde misschien terecht, maar de parketrechtbank kan het niet uit het vonnis opmaken.

Voor de gewestrechtbank van Thysstad wordt in 1957 in een grondenzaak uitspraak gedaan. In 1954 reeds had die rechtbank uitgemaakt dat de clan Nkenzi de eerste bezitter van de betwiste grond was en dus de *„tata"*, terwijl de clan Nimpemba rechten op die grond bezat als *„mwana"*, dit is in zekere zin als vruchtgebruiker (9) ; in 1956 besliste dezelfde rechtbank dat er geen redenen waren om de clan Nkenzi uit te drijven, en bevestigde de vroegere uitspraak ; een aanvraag tot vernietiging van dit vonnis werd door de parketrechtbank verworpen. Tegen het vonnis van 1957, waarin de gewestrechtbank het roer omwierp, wordt nu door de eigenaar, de clan Nkenzi, beroep in vernietiging aangetekend bij de parketrechtbank van Thysstad om reden van miskenning van het gewijsde, en de parketrechtbank vernietigt het

(8) RIGAUX, nr. 206.
(9) Cfr. DOUTRELOUX, A., *L'ombre des fétiches. Société et culture Yombe,* Lovanium, 1967.

vonnis (THYSSTAD 1957, 27) : *„attendu que la notion „tata-mwana" mise en corrélation avec les prescriptions de la coutume telle qu'elle est dans son évolution actuelle et compte tenu des impératifs de l'organisation agraire et des droits acquis du clan Nimpemba, il est possible que les droits de celui-ci équivalent en réalité à la propriété pure et simple ; attendu que dans ces conditions il n'est pas établi que le jugement commet une inobservance de la chose jugée ; mais attendu qu'il n'explique pas comment la notion coutumière qui a été exprimée par le mot „usufruit", compte tenu de la coutume et des droits acquis peut être considérée comme constituant des droits de propriété pure et simple ; attendu que dès lors le jugement n'est pas motivé à suffisance de droit, etc."* In het aangevochten vonnis wordt dus de toegepaste rechtsregel, die een andere is dan de regel die in vorige vonnissen omtrent dezelfde grond werd toegepast, niet gemotiveerd.

De gewestrechtbank van Leopoldstad bevestigde het vonnis van de centrumrechtbank dat het niet-bestaan van het gewoonterechtelijk huwelijk tussen Diefu, de eiser, en Damba Alice vaststelde, omdat de vader de bruidsprijs niet had ontvangen. Op aanvraag van Diefu werd dit vonnis vernietigd, omdat de vader aan de gewestbeheerder van Coquilhatstad met ambtelijke opdracht verklaarde dat hij onrechtstreeks de bruidsprijs ontvangen had en de geldigheid van het huwelijk erkende, en omdat op dit punt het vonnis niet voldoende gemotiveerd was (LEOPOLDSTAD 1958, 5) (10).

De redenering van de parketrechtbank kan als volgt worden ontleed : het huwelijk zou geldig zijn indien de vader rechtstreeks de bruidsprijs had ontvangen. In casu blijkt de vader de bruidsprijs onrechtstreeks ontvangen te hebben. Het huwelijk moet niettemin als geldig beschouwd worden : de gewestrechtbank heeft het recht geschonden, of, indien er een ander element speelt, is dat althans niet uit het vonnis op te maken.

183. IMPLICIETE RECHTSSCHENDING ALS IMPLICIETE VERNIETIGINGSGROND

b) In andere gevallen is het duidelijk het beschikkend gedeelte dat a priori de parketrechter tegen de borst heeft gestuit. „De regel die toegepast werd kan niet de juiste zijn", blijkt de gedachtengang te zijn. De centrum- en de gewestrechtbank wezen de vordering tot echtscheiding van Kienza Baya af. Vernietiging volgt, *„attendu que n'est pas énoncé quelle est la coutume des bakongos sur laquelle il s'est basé pour refuser le divorce : au village le divorce avait été accordé"* (MATADI 1960, 6). Volgens welke rechtsregel wordt de echtscheiding geweigerd ? Zoals dikwijls wordt die vraag naar formele rechtsmotivering o.i. slechts gesteld omdat de rechter niet akkoord gaat met het beschikkend gedeelte *en vermoedt dat het gewoonterecht niet werd toegepast.*

(10) Op te merken valt dat in de vernietigingsinstantie (ten onrechte) een onderzoeksmaatregel naar een feit werd bevolen.

De gewestrechtbank van Matadi spreekt een echtscheiding uit. De vrouw gaat niet akkoord en wenst verder met de man samen te leven. Ambtshalve wordt dat vonnis door de parketrechtbank van Boma vernietigd : *„Attendu que sans exposer dans les motifs pourquoi il fait droit à la demande du mari et rejette celle de la femme, le jugement est insuffisamment motivé ; qu'il omet toute mention de la coutume"* (BOMA 1958, 6). De rechtbank gaat niet akkoord met het dispositief. Indien zij akkoord ging, zou zij niet ambtshalve vernietigen wegens onvoldoende rechtsmotivering, zelfs indien dit laatste bezwaar gegrond was.

184. UITDRUKKELIJKE RECHTSSCHENDING ALS IMPLICIETE VERNIETIGINGSGROND

c) In nog andere gevallen vernietigt de parketrechtbank omdat zij met zekerheid weet dat het recht verkeerd werd toegepast. In 1943 kwam de schoonvader van de eiser naar Kinshasa, maar daar de gewoonte hem verbood op hetzelfde perceel als zijn schoonzoon te verblijven, verkreeg de laatste van een hoofd Bateka een stuk grond in het dorp Mfumu Mvula waarop hij zijn schoonvader huisvestte. De administratie onteigende later de grond van de schoonvader en wees hem een nieuw perceel toe. Eiser beweert dat dit perceel hem toebehoort, vermits het hem werd toegewezen in ruil voor de andere grond, die hij verkregen had voor een bak bier. De gewestrechtbank steunde zich op de kadastrale vermeldingen en verwierp de vordering. Dit vonnis werd vernietigd (LEOPOLDSTAD 1957, 84) : *„attendu que tous les témoins étaient d'accord pour déclarer que la parcelle appartenait au demandeur ; que la motivation est contraire à l'instruction à l'audience ; que la fiche cadastrale est le seul élément en faveur du jugement ; que le droit d'occupation peut être prouvé par toutes voies de droit"*. Weer wordt slechts ogenschijnlijk wegens motiveringsgebreken verbroken. Het vonnis is gemotiveerd, maar het recht wordt verkeerd toegepast doordat analogisch met de geschrevenrechtelijke regels wordt geredeneerd, volgens welke de geschreven grondtitels eigendomsbewijzen zijn.

De gewestrechtbank stelt in een geding vast dat een huwelijk nietig is. De parketrechtbank van Kikwit stemt niet in met het blijkbaar toegepaste recht, en vernietigt wegens gebrekkige motivering : *„attendu que le tribunal s'est contenté d'énoncer „attendu la coutume bapende" ; qu'il n'a pas justifié ainsi la non-restitution de la dot et des cadeaux, la nullité du mariage et la non-reconnaissance des droits paternels"* (KIKWIT 1958, 24). Dat de eigenlijke reden tot vernietiging de verkeerde toepassing van het gewoonterecht is, kan men duidelijk tussen de regels door lezen : wat het eerste punt betreft, de beslissing namelijk dat de bruidsprijs en de geschenken die aan de vader van de vrouw werden overhandigd (wegens het feit dat ze gecompenseerd werden door de geschenken van de vader aan de eiser) niet terugbetaald

hoeven te worden, wordt immers het volgende opgemerkt in het vernietigingsvonnis : *„l'argent remis en dot n'est jamais compensé par un cadeau quelconque ; d'autre part, les cadeaux doivent être restitués selon la coutume lorsqu'il y a rupture du mariage contre la volonté du mari ; dès lors, il y a une ventilation parfaite des cadeaux réciproques"*. Wat het tweede punt betreft : *„attendu que selon la coutume la remise de la dot a lieu indifféremment au lemba ou au père, lequel reçoit la dot comme procureur tacite du lemba avec lequel il a l'obligation de partager la dot ; que dès lors le mariage est valable"*. Wat de derde beslissing betreft, namelijk dat de kinderen aan de clan van de moeder worden toegewezen, zonder de vader één enkel recht te laten, zodat hun namen geschrapt moeten worden uit zijn identiteitsboekje en zij naar het dorp van hun moeder vertrekken, wijst het vernietigingsvonnis erop dat de eiser zich op de gemeentelijke gewoonte van Kikwit beriep, die hem het *„droit de garde"* toewijst en het recht de kinderen school te laten lopen in Kikwit.

Voor de gewestrechtbank van Leopoldstad eiste Simba Anne, de rechthebbende van het meisje Elisabeth Lau, schadevergoeding van Koto omdat hij het meisje verleid had. Koto wordt tot 500 fr boete en tot een schadevergoeding van 2.000 fr aan de moeder veroordeeld *„en application de la coutume des parties qui punit la séduction et qui indemnise la personne exerçant l'autorité paternelle sur l'enfant"*. Koto vraagt vernietiging van dat vonnis ; hij roept in dat hij Lau Elisabeth wil trouwen indien hij die som betaalt. De parketrechtbank van Leopoldstad vernietigt het vonnis wegens onvoldoende motivering (LEOPOLDSTAD 1959, 42) : *„attendu que le tribunal de territoire n'explique pas exactement dans sa motivation en quoi consiste l'infraction coutumière commise par le demandeur ; qu'il parle de séduction sans donner la définition coutumière ; attendu qu'il résulte de l'interrogatoire de Lau Elisabeth, consigné à la feuille d'audience, qu'elle reconnaît avoir eu des relations sexuelles avec le demandeur à plusieures reprises ; qu'elle prétend que Koto aurait promis de la marier ; que par ailleurs elle a déclaré ne pas désirer se marier avec lui ; que dans ces conditions, l'attitude de Koto ne semble pas être infractionnelle à première vue, et qu'il n'est pas possible à la lecture du dossier et du jugement de connaître la portée de la coutume en la matière, et la concordance des faits reprochés avec les éléments infractionnels coutumiers"*. De eigenlijke reden van de vernietiging is blijkbaar dat de feiten naar het oordeel van de parketrechter verkeerd gekwalificeerd werden als „verleiding". In plaats van kortweg te vernietigen wegens verkeerde toepassing van het recht – hetgeen naar de letter van het decreet op de inlandse rechtbanken niet mag – vernietigt de parketrechtbank echter, omdat zij niet kan uitmaken of het recht juist werd toegepast.

Na een ambtshalve herziening, vernietigt de gewestrechtbank van Idiofa een vonnis, verklaart dat er geen gewoonterechtelijk huwelijk bestaat tussen eiser en

verweerster en beslist dat er slechts een kerkelijk huwelijk heeft plaats gehad. Op aanvraag van de man, May-may, verweerder voor de lagere rechtbank, wordt dit vonnis door de parketrechtbank van Kikwit vernietigd wegens onvoldoende motivering (KIKWIT 1958, 28). Kaputu, de oudste broer van de *lemba* van de vrouw, Mawumpa Veronique, verklaarde dat ze kerkelijk getrouwd waren, en dat hij dan maar aanvaard had, omdat er niets meer aan te veranderen was ; Isitu, de vader van de vrouw, verklaarde : „Ja, ik heb ook moeten aanvaarden, daar er geen mogelijkheid meer was om te weigeren". Volgens de gewestrechtbank heeft May-may noch malafu, noch een bruidsprijs overhandigd aan de lemba, en de bruidsprijs, die trouwens op onregelmatige wijze aan de vader was gebracht, werd teruggegeven. Op grond van de onregelmatigheid van de bruidsprijsoverdracht en van de terugbetaling ervan (feiten die trouwens uit de elementen van het zittingsblad niet kunnen afgeleid worden), beslist de gewestrechtbank dat er nooit een huwelijk geweest is. „Op grond van welke gewoonterechtelijke norm ? ", vraagt de vernietigingsrechter.

Nadat een vonnis van de gewestrechtbank van Kikwit scheiding van tafel en bed heeft uitgesproken, vernietigt de parketrechtbank dit vonnis wegens afwezigheid van motivering : *„attendu que le jugement omet d'indiquer s'il statue en vertu de la loi, de la coutume ou de l'équité ; qu'il n'est pas indiqué si la séparation de biens et de corps existe coutumièrement"* (KIKWIT 1958, 29). Hetzelfde probleem ontmoet men in een ander vernietigingsvonnis (THYSSTAD 1958, 28), dat in het volgende deel van deze paragraaf zal besproken worden.

De gewestrechtbank van Feshi veroordeelt verweerder tot boete en schadevergoeding, omdat hij zich schuldig heeft gemaakt aan overspel. Verweerder had betrekkingen gehad met de vrouw van de broer van de eiser ; de vrouw was nochtans niet gewoonterechtelijk getrouwd, en verweerder huwde ze later zonder dat er echtscheiding intrad. Ambtshalve wordt dit vonnis door de parketrechtbank van Kikwit vernietigd wegens onvoldoende motivering : *„attendu qu'il n'existe pas de coutume prévoyant une peine contre un homme qui a des relations avec la concubine d'un autre homme, ou qu'elle serait contraire à l'ordre public ; qu'il n'est pas fait mention de la coutume appliquée ; que le jugement est non motivé en droit"* (KIKWIT 1959, 8).

Mbamba-Tukutuku wil scheiden van zijn tweede vrouw, met wie hij vóór 1950 gehuwd was, omdat hij zich tot de katholieke godsdienst wil bekeren. De echtscheiding wordt in zijn nadeel uitgesproken en de bewaking van de kinderen wordt aan de vrouw toegekend. Volgens de Yansi-gewoonte betaalt de clan van de vrouw de bruidsprijs niet terug. Ambtshalve wordt dit vonnis door de parketrechtbank van Kikwit vernietigd : *„attendu qu'une raison religieuse ne peut entraîner le divorce à ses torts"*. Formeel wordt wegens niet-motivering verbroken : *„attendu que la coutume n'est pas citée sous forme de proverbe"* (KIKWIT 1959, 39).

Een huurder dagvaardt zijn verhuurder om schadevergoeding te bekomen wegens de gedeeltelijke instorting van het huis. Het verkregen vonnis wordt door de parketrechtbank vernietigd wegens schending van de regels die het huurcontract beheersen, en de rechter schroomt zich niet te zeggen dat hij vernietigt wegens *„des motifs insuffisants et inexacts"* : *„attendu que le tribunal admet le principe de partage de la responsabilité, sous prétexte que le demandeur, le locataire, devait prendre des dispositions pour évacuer la maison ; qu'il y avait un contrat de bail ; que le propriétaire a failli à ses obligations de bailleur"* (BOMA 1957, 70).

De gewestrechtbank van Sekebanza beslist in een voogdijzaak het volgende : *„dit vouloir accorder la tutelle coutumière sur les enfants à Boyo ; dit cependant que vu le fait que la mère et l'oncle maternel sont encore en vie et peuvent concourir dans leur entretien, l'employeur n'est pas tenu de payer les allocations familiales pour ces 2 enfants"*. Op verzoek van Boyo, die beweert zonder de kindervergoeding de kinderen niet te kunnen opvoeden, vernietigt de parketrechtbank van Matadi het vonnis, omdat de rechtbank de gewoonterechtelijke regel niet opgeeft waarop haar uitspraak gegrond is (MATADI 1959, 14). Feitelijk bestaat dergelijke rechtsregel niet.

B. VERNIETIGING ZONDER AANDUIDING VAN EEN WETTELIJKE VERNIETIGINGSGROND

185. DE ONDERZOCHTE RECHTSPRAAK OVER DE RECHTSSCHENDING ALS UITDRUKKELIJKE VERNIETIGINGSGROND

In dit deel van de eerste paragraaf worden de gevallen weergegeven waarin door de parketrechtbanken vernietigd werd wegens schending of verkeerde toepassing der gewoonte, zonder dat zelfs de moeite werd genomen formeel een wettelijk voorgeschreven vernietigingsgrond aan te duiden.

In de voorziening trekt de eiser het bestaan in twijfel van de nieuwe gewoonte die door de gewestrechtbank wordt toegepast op de gedingen van zijn rechtsgebied en volgens welke het huwelijk dat tevens kerkelijk gesloten werd, onontbindbaar is : *„attendu que les deux parties sont liées par un mariage religieux librement consenti et en connaissance de son caractère indissoluble ; considérant que dans la région les indigènes chrétiens sont devenus majorité et se conforment aux préceptes du christianisme ; que ce comportement de la majorité a transformé la coutume"*. De parketrechtbank vernietigt het vonnis dat de echtscheiding weigerde, en wel zonder een bepaalde vernietigingsgrond aan te wijzen : *„attendu qu'il y a lieu d'examiner si effectivement cette nouvelle coutume existe réellement ; que le moyen le meilleur est de prendre l'avis des juges coutumiers de la région de Boma"*. Het blijkt dat de gewoonte niet bestaat ; men staat voor twee verschillende orden zonder onderlinge wisselwerking. Slechts een centrum-

rechter was het hier niet mee eens ; er is dus geen eensgezindheid : de parketrechtbank besluit eruit dat de gewoonte niet bestaat, vermits het begrip gewoonte inhoudt dat de regel door alle, of althans door de meerderheid erkend wordt (BOMA 1957, 91).

De gewestrechtbank van Kenge veroordeelt Muntu tot 15 dagen strafdienst en 600 fr schadevergoeding en de vrouw met wie hij overspel pleegde tot 200 fr boete en 300 fr schadevergoeding *„en application de la règle coutumière des Bayaka qui considère comme établi l'adultère avoué par la femme et punit les deux parties pénalement et civilement"*. Op voorziening van Muntu, die de feiten loochent, vernietigt de parketrechtbank zonder een grond aan te geven : *„attendu que le premier juge a fait une application erronnée de la coutume ; attendu que la coutume n'attache de valeur à l'aveu d'adultère de la femme que si cet aveu est fait dans des circonstances bien déterminées qui excluent par leur nature la possibilité de mensonges tel l'aveu durant les douleurs d'accouchement ou l'aveu confirmé par le complice ; que la coutume telle que citée par le tribunal n'existe pas"* (KENGE 1957, 5).

Makoko verbond er zich toe, Belge met zijn motorprauw van Kutu tot Ipeke te vervoeren tegen de prijs van 135 fr. Tijdens de overtocht loopt de motor defect op en er zijn voor 4.477 fr kosten. De vervoerder dagvaardt zijn medecontractant tot betaling van de helft van de kosten, hetgeen toegestaan wordt door de hoofdrechtbank der Badia. Belge krijgt zelfs 100 fr boete omdat hij tegenwerpingen gemaakt heeft. Zes maanden later wordt het dossier door de gewestbeheerder overgemaakt aan de parketrechtbank en ambtshalve wordt het vonnis vernietigd, zonder dat een wettelijke vernietigingsgrond aangegeven wordt, maar blijkbaar omdat het recht verkeerd werd toegepast : *„attendu que pour interpréter une convention il faut se placer à l'instant où les parties prennent l'accord ; qu'en l'absence contraire il est faux de prétendre que la responsabilité du transporté varie suivant qu'il ait versé le prix de la course au moment du départ ou du retour ; que le risque est pour le propriétaire"* (INONGO 1958, 44).

Een betwiste Safouboom wordt aan de eigenaar van de grond toegekend door de gewestrechtbank van Tshela, nadat de sectorrechtbank van Lubuzi de eigendom ervan gemeenschappelijk verklaard had. Het vonnis wordt vernietigd op voorziening van de verliezer en na verhoor der partijen, zonder dat een wettelijke vernietigingsgrond aangeduid werd, wegens verkeerde toepassing van het gewoonterecht : *„attendu qu'après avoir cité la coutume reprise à l'attendu, le tribunal a cependant statué en équité contrairement à cette coutume"* (BOMA 1959, 35). In dit geval blijkt uit het aangevochten vonnis zelf dat de gewoonte niet werd toegepast.

Het volgende geding kwam eerst voor de hoofdrechtbank van de sector der Mistandunga, daarna voor de gewestrechtbank van Mushie : een gevecht waarin een man gedood werd, stelde (in een voorbije, niet nader bepaalde

tijd) de clan Ekwo tegen de clan Bakusu op. Een grond werd aan de mensen van Bakusu afgestaan als pand voor de betaling van de door de familie van het slachtoffer geëiste schadevergoeding. Nooit werd die schadevergoeding afbetaald. De Ekwo-clan eist de grond op, die trouwens hun naam draagt. De parketrechtbank vernietigt het vonnis van de gewestrechtbank dat de verjaring inriep, zonder wettelijke grond op te geven : *„attendu que le tribunal de territoire invoque à tort la prescription civile"* (INONGO 1958, 25). Men staat hier dus voor een vernietiging wegens verkeerde toepassing van het recht.

Wegens ongehoorzaamheid aan het hoofd bij de herstelling van de omheining van de rechtbank, wordt een man tot 35 fr boete veroordeeld. Ambtshalve wordt het vonnis vernietigd : *„attendu que la réfection de la clôture du tribunal ne peut être considérée comme obligation prévue par la coutume en faveur du chef ; que l'adage coutumier invoqué ne pouvait être retenu en la cause ; que l'article 47, al. 4, du décret du 5 décembre 1933 n'oblige pas les hommes à entretenir cette parcelle appartenant à la circonscription"* (INONGO 1958, 15 en 16). Procureur LAFONTAINE merkt op : *„En réalité il n'y a pas infraction à la loi écrite ; nous avons donc recours ici à la coutume, mais l'application erronée de celle-ci n'est pas un motif d'annulation"*.

Ambtshalve (en dit op aanvraag van de rechtbank van Ganda Sundi die met het oude vonnis verveeld zat) wordt in 1959 een vonnis van de gewestrechtbank van Tshela van 1934 in een grondenzaak vernietigd *„attendu que le tribunal de territoire a tranché en violation de la coutume"* (BOMA 1959, 61).

„Attendu que l'usage n'admet pas le divorce basé sur le grief articulé (maladie) ; que le tribunal en prononçant le divorce viole la coutume" (INONGO 1958, 35). De parketrechtbank vernietigt ambtshalve wegens schending van de gewoonte het vonnis van de gewestrechtbank dat als volgt gemotiveerd was : *„on n'arrache pas les cornes du buffle avant qu'il ne soit mort. Nous voyons aujourd'hui que Mputu perd le procès : sa femme est tombée malade dans sa propre maison et il ne l'a pas soignée. Les anciens refusaient la dot avant la guérison de la femme. Que Mputu prenne patience que sa femme guérisse. Pour lui permettre d'épouser une autre femme, nous rayons le nom de son épouse du livret de Mputu"*. Hoewel de rechtbank Mputu ongelijk geeft en de terugbetaling van de bruidsprijs uitstelt tot de algehele genezing van de vrouw, spreekt zij de echtscheiding uit. Dit gaat volgens de parketrechter tegen de gewoonte in.

Een vonnis, gewezen in een zaak van burgerlijke aansprakelijkheid wegens val van een radiotoestel, wordt door de parketrechtbank vernietigd, omdat niet bewezen werd dat Tabala, de eiser in vernietiging, het ongeval veroorzaakt had (KIKWIT 1959, 10). De Procureur verwijt de parketrechter, in een aantekening bij

dit vonnis, in de feitelijke toedracht der zaak getreden te zijn. Werd integendeel de regel van de bewijslast niet met de voeten getreden, zoals de parketrechtbank het laat aanvoelen door te vernietigen zonder een wettelijke grond aan te geven ? De parketrechter formuleert het echter onhandig en geeft de schijn de waardering van de feiten van de rechter ten gronde te kritiseren („pas de témoignage pour Kabuya" ; „pas établi que Tabala ait provoqué la chute"). De schending van de regels van bewijs maakt het oordeel van de rechter ten gronde over de feiten van het geding vatbaar voor vernietiging.

Het geding, waarin de gewestrechtbank van Madimba de scheiding van tafel en bed uitsprak, betreft de ontbinding van een kerkelijk en gewoonterechtelijk huwelijk. Op verzoek van Mukoko, die de echtscheiding had gevraagd, en die in een brief aan de parketrechtbank betoogde dat het gewoonterecht de scheiding van tafel en bed niet kende, en dat hij die trouwens niet gevraagd had, vernietigt de parketrechtbank van Thysstad het vonnis : *„attendu que la question de savoir si la coutume connaît la séparation est une question de fait dont la réponse est à rechercher dans le milieu d'où sont originaires les parties ; attendu qu'un complément d'instruction a eu lieu à ce sujet ; attendu que furent entendus les notables des secteurs de Ngeba, Mfidi, Mfuma et Wungu ; attendu que leur réponse a été que la séparation de corps et de biens n'est toujours qu'une situation de fait, situation créée par les époux eux-mêmes, par exemple au cas où il y a incompatibilité d'humeur sans que les époux désirent divorcer ; attendu que dès lors il faut décider qu'en prononçant la séparation de corps et de biens le tribunal n'a pas fait application de la coutume ; que dès lors le jugement entrepris est sujet à annulation"* (THYSSTAD 1958, 28). Het kan niet duidelijker gezegd worden dat de parketrechtbank wegens schending van het gewoonterecht vernietigt. In een aantekening bij dit vonnis verkiest de procureur des konings de wettelijke paden te volgen – zelfs ten koste van kunst- en vliegwerk : *„je pense que les véritables motifs d'annulation devaient être les suivants : que le jugement n'a pu énoncer la règle juridique coutumière, celle-ci étant inexistante ; donc qu'il y a un défaut de motivation et donc une violation des formes ; que le tribunal a statué ultra-petita, le demandeur ayant demandé le divorce et non la séparation".*

C. DE BEWEERDE SCHENDING VAN HET GEWOONTERECHT

186. DE VERWORPEN OP RECHTSSCHENDING GEGRONDE REKWESTEN

In dit kapittel worden de vonnissen van de onderzochte parketrechtbanken van naderbij bekeken, waarin de op een verkeerde toepassing van het recht gegronde voorziening in vernietiging verworpen werd, nadat uitdrukkelijk vastgesteld werd dat het recht, spijt de bewering van de eiser, door de

rechter ten gronde juist werd toegepast : *„attendu que le jugement a quo n'a violé ni la loi, ni la coutume et qu'il y a des lors lieu de le confirmer"*. (LEOPOLDSTAD 1958, 120) (11). Door zich althans in beginsel de moeite te getroosten om na te gaan of het gewoonterecht juist werd toegepast, geeft de parketrechtbank te kennen dat zij in het tegenovergestelde geval de voorziening niet zou verworpen hebben. Om deze reden zijn ook deze verwerpingsvonnissen van belang voor onze stelling. Soms werd een onderzoek naar de toegepaste gewoonterechtsregel bevolen.

> Yoka, eiser, kan volgens de gewestrechtbank niet vorderen dat de vrouw Moluka Thérèse onder zijn dak zou terugkeren. Zij kan inderdaad niet als zijn echtgenote beschouwd worden, vermits de man nog gehuwd was toen hij voor haar de bruidsprijs betaalde. Yoka roept voor de parketrechtbank in dat zijn eerste huwelijk ontbonden werd, en dat – hoewel hij Moluka tot vrouw nam tijdens dat eerste huwelijk – daarna niets meer hem belette haar te huwen. De parketrechtbank vindt echter dat door de lagere rechter een juiste rechtsregel werd toegepast en verwerpt de voorziening (LEOPOLDSTAD 1958, 116).

In de voorziening houdt de eiser staande dat de rechter ten gronde geen rekening heeft gehouden met de Mongo-gewoonte, door hem tot een onderhoudsvergoeding te veroordelen ten voordele van een echtgenote die van zijn vertrouwen misbruik heeft gemaakt. De voorziening wordt verworpen : *„cette allégation est fausse étant donné que le tribunal de territoire a examiné cette question et a fait une juste application de la dite coutume"*. Het wordt lakoniek en wat onhandig geformuleerd, maar het duidt toch erop dat de parketrechter de aantijging van verkeerde rechtstoepassing in overweging nam (LEOPOLDSTAD 1958, 15).

De gewestrechtbank van Leopoldstad spreekt de echtscheiding uit ; zij veroordeelt de rechthebbende van de vrouw tot terugbetaling van de bruidsprijs (2.309 fr) aan de man Bela, en veroordeelt de laatste tot het betalen van een som aan de echtgenote die geen verwijt treft, en tot een vergoeding die de verdeling van de tijdens het huwelijk verworven goederen weergeeft : *„le mari qui n'entretient pas son épouse convenablement en se permettant d'entretenir une concubine à demeure, est tenu de payer à son épouse sur demande de celle-ci une indemnité d'entretien"*. In de voorziening tegen dit vonnis wordt betoogd dat die schadevergoeding niet bekend is in de gewoonte van de partijen, en dat de onderhoudsvergoeding niet in evenredigheid is met de behoeften van de vrouw. Ze wordt verworpen : *„les dommages-intérets ne sont pas contraires à la coutume évoluée de Léopoldville qui est la seule à regler les rapports des parties en matière de partage des biens de la communauté"*. (De eiser bewijst trouwens niet dat verweerster niet in

(11) De formulering is onjuist. De parketrechtbank kon slechts vernietigen of verwerpen, niet bevestigen.

nood is, en de parketrechtbank voegt eraan toe dat 3.000 fr een geringe som uitmaakt voor drie jaren. Dit hoort echter tot de vaststelling van de feiten van het geding, voorrecht van de rechter ten gronde) (LEOPOLDSTAD 1959, 74). In een soortgelijk geding gaat de man (van Ubangi afkomstig) in voorziening : *„la coutume ne prévoit en cas de divorce pas d'indemnité"*, terwijl de vrouw (afkomstig van Kikwit) in de voorziening beweert dat de gewoonte der Yansi (Kikwit) de terugbetaling van de bruidsprijs niet voorschrijft wanneer de rechtbank de echtscheiding uitspreekt. Verwerping volgt : *„le tribunal s'est basé sur la coutume évoluée de Léopoldville, qui régit les parties puisqu'elles vivent à Léopoldville depuis 1943 où elles se marièrent coutumièrement en 1948 et religieusement en 1950"* (LEOPOLDSTAD 1959, 56). In het geval Kanakoza Gozalata t. Kianga gaat de vrouw op haar beurt in voorziening, met de klacht dat ten onrechte een patrilineale gewoonte werd toegepast (12). *„Le moyen manque de fond"*, oordeelt de parketrechtbank. De Yombe-gewoonte werd toegepast die de kinderen aan de moeder en haar verwanten toekent, tenzij het tegen hun belang ingaat, terwijl de *lex celebrationis* de gewoonte van Usumbura is : *„attendu qu'il est de jurisprudence qu'en cas de conflit de coutume ce n'est pas la loi locale qui régit le mariage, mais la loi personnelle des parties ; qu'il y a lieu de rechercher celles des coutumes qui doit prévaloir"* (BOMA 1958, 28). Ditmaal werd het intercoutumier recht juist toegepast en de voorziening van de vrouw wordt verworpen.

De centrumrechtbank stelt de nietigheid vast van een polygaam huwelijk en gebiedt de teruggave van de bruidsprijs ; de gewestrechtbank hervormt het vonnis en wijst de vordering af. De voorziening tegen dit vonnis wordt verworpen : *„attendu que le tribunal de territoire en s'appuyant comme il le fait sur l'art. 2 du décret de 1950 qui déclare nulle de plein droit toute convention matrimoniale conclue en vue d'un mariage polygamique a bien tranché le litige"* (LEOPOLDSTAD 1959, 20). Procureur-generaal DUMONT gaat niet akkoord met deze stelling : *„si la convention matrimoniale était nulle il y a lieu de replacer les choses en leur pristin état"*. Over deze problematiek wordt verder gesproken (cfr. nr. 264).

In de voorziening wordt geklaagd : *„le tribunal n'a pas appliqué la coutume en ce sens qu'il a refusé de dissocier le mariage coutumier du mariage religieux"*. De voorziening wordt verworpen (13) : *„attendu que dès lors la dissociation telle que revendiquée par le demandeur en annulation méconnaîtrait de la façon la plus formelle l'existence de la coutume telle que*

(12) Cfr. BOMA 1957, 19 (vernietiging wegens onvoldoende motivering in rechte).

(13) De vergelijking dringt zich op met de gevallen die we in het volgende kapittel D zullen bespreken. Ook daar kan in de voorziening over de schending van het gewoonterecht worden geklaagd : bijvoorbeeld *„la coutume Mongo a été appliquée à tort"* (LEOPOLDSTAD 1957, 41). De voorziening wordt er echter verworpen omdat ze slechts op de feitelijke elementen van het geding betrekking zou hebben : het rechtsprobleem wordt er niet aan de orde gesteld.

évoluée et dont la valeur légale ne paraît pas douteuse ; attendu qu'en respectant la combinaison du mariage coutumier avec le mariage religieux avec les conséquences que celle-ci apporte comme étant une institution issue d'une évolution légalement ratifiable de la coutume, le tribunal respecte entièrement cette dernière" (THYSSTAD 1958, 38 ; ook BOMA 1957, 36). In een aantekening bij dit vonnis neemt men een andere klank waar : *„il fallait faire une sérieuse enquête pour savoir si dans la région le mariage religieux constituait une nouvelle coutume évoluée et s'il n'y avait pas simple juxtaposition ; il en est ainsi par exemple dans la plupart des régions du Mayombe, mais pas en territoire de Luozi. J'ai les plus grands doutes pour Madimba. Si le territoire a invoqué les mêmes motifs que le juge de parquet, il a violé une forme essentielle s'il n'a pas constaté la réalité de l'existence de pareille coutume évoluée".*

In voorziening eist Siku het recht op, zijn kinderen op te voeden („droit d'éducation et de garde"). De voorziening wordt verworpen daar de Bambata-gewoonte juist werd toegepast : *„le tribunal a décidé à bon droit que l'enfant sera attribué au clan maternel, que la tutelle appartiendra à l'oncle maternel de l'enfant"* (LEOPOLDSTAD 1958, 79). In 1954 werd door de gewestrechtbank de echtscheiding uitgesproken en werden de kinderen aan de vader toegekend ; in 1956 werd aan de moeder voor het onderhoud van de kinderen de som van 800 fr per maand toegekend, ten laste van de vader, wiens voorziening tegen dit nieuwe vonnis wordt verworpen : de vader kreeg inderdaad rechten over zijn kinderen, maar de „garde temporaire" werd aan de moeder toevertrouwd. Het gewoonterecht werd aldus niet verkeerd toegepast (LEOPOLDSTAD 1958, 32).

In de voorziening betwist Itanga het bestaan van de gewoonte op grond waarvan het individu dat met zijn vrouw overspel pleegde, vrijgesproken werd. De gewestrechtbank vonnist dat volgens de „coutume évoluée" : *„l'amant, dont la bonne foi fut réellement surprise, n'est pas punissable du chef de complicité d'adultère ; il s'agissait d'une maîtresse d'un soir".* De parketrechtbank vindt dat de gewestrechtbank goed gevonnist heeft. *„Cette coutume est de notoriété publique et répond d'ailleurs à l'équité"* (LEOPOLDSTAD 1958, 139).

De gewestrechtbank *„déboute Kikwit Albertine de son action tendant à prouver que Sikana Sylvain n'a aucun droit d'exercer la puissance paternelle sur Sikana Jeanne".* Een voorziening tegen dit vonnis wordt afgewezen : *„le tribunal conclut qu'il y a de fortes présomptions que ce mariage a été célébré coutumièrement. Il résulte d'un interrogatoire de 2 juges, l'un de coutume Musakata et l'autre Muyaka qu'en cas de mariage entre ressortissants de chacune de ces coutumes, célébré suivant les règles, les enfants appartiennent au clan du mari et qu'en toute hypothèse le sort des enfants est réglé pendant la cérémonie du mariage ; que par ailleurs si la femme est enlevée et vit en concubinage, les enfants appartiennent d'emblée au clan de la femme"*

(LEOPOLDSTAD 1957, 53). Een onderzoek naar de toegepaste gewoonterechtsregel wordt dus bevolen, en de parketrechtbank vindt dat het recht juist werd toegepast ; derhalve volgt verwerping.

De kinderen van een Mukongo werden bij zijn dood aan de vaderlijke clan toegewezen. De gewestrechtbank van Kenge paste de patrilineale Yaka-gewoonte van de vrouw toe : de echtelieden hadden elkaar leren kennen in Yaka-land, waren gehuwd naar Yaka-gewoonte en hadden er geleefd tot aan de dood van de man. De familie van de vrouw komt tegen dit vonnis op en laat in de voorziening gelden : *„la coutume Muyaka a été appliquée au lieu de la coutume Mukongo"*. Verwerping volgt : *„le tribunal a fait une juste application de la coutume"* (KIKWIT 1957, 17).

Een vrouw vraagt voor haar vader de voogdij aan over haar natuurlijk kind. De vordering wordt verworpen : volgens de gewoonte van de Bantsamba komt de voogdij over een natuurlijk kind toe aan de moeder. In de voorziening wordt erover geklaagd dat de rechtbank de Kongo-gewoonte heeft toegepast en niet de Bantsamba-gewoonte, die patrilineaal zou zijn. De voorziening wordt verworpen : *„il ressort des renseignements recueillis par le juge de parquet auprès du juge Ngula Mavunza que la coutume applicable aux ressortissants du territoire de Kikwit est bien matrilinéaire. Dès lors le tribunal a fait une juste application de la coutume Bantsamba"* (LEOPOLDSTAD 1959, 68).

De gewestrechtbank gaf aan Bombo, de eiser, vaderlijke rechten over een kind van zijn nieuwe vrouw Tshimba Marie, maar weigerde hem twee andere kinderen toe te kennen. De rechtbank gaf eerst de toegepaste regels weer : *„en coutume Mbule, les enfants nés d'une femme non mariée vont à la lignée de la mère. Les enfants naturels peuvent être légitimés par le mariage subséquent de la mère"*. Dan de reden waarom zij twee kinderen weigert aan de eiser : *„en application de l'ordre public universel et de l'ordre public interne qui prévoient que les enfants adultérins ne peuvent être reconnus en droit de paternité par le père qui était marié dans les liens d'un mariage précédent lors de la naissance"*. Het beslissend gedeelte luidt : *„reconnait à Bombo le droit de paternité sur l'enfant Mbuyo, né en 1957, dit que Amba née en 1953 et Nzéla né en 1955 vont à la lignée de leur mère"*. Het staat inderdaad vast dat de eerste twee kinderen door Bombo gewonnen werden terwijl hij nog gehuwd was met Yaja Alphonsine (gehuwd op 1 april 1950 ; huwelijk ontbonden op 1 september 1956) ; ze zijn dus de vrucht van overspelige betrekkingen met Tshimba Marie. De voorziening tegen dit vonnis wordt verworpen : *„attendu que la règle suivant laquelle les enfants nés d'un commerce adultérin ne peuvent être reconnus est un principe régi par l'ordre public auquel il ne peut être dérogé par des conventions particulières"*. Het recht werd juist tot gelding gebracht (LEOPOLDSTAD 1958, 140).

In een grondenzaak wordt voor de vierde maal (na twee voorgaande vernietigingen en een niet-aangevochten vonnis van de gewestrechtbank) beslist door de gewestrechtbank van Thysstad, onder voorzitterschap van de h. André RIJCKMANS : *„la partie nord du terrain Lembo appartient au clan Nimpemba ; condamne le clan Nkenzi à 300 fr de dommages-intérêts au clan Nimpemba pour irrespect aux tombes et ordonne la restitution de celles-ci, recommande au clan Nimpemba la modération dans le triomphe de leur droit, interdit toute manifestation de joie au village de Lembolo même avant quelques jours pour permettre aux esprits de s'apaiser ; admoneste les parties en les engageant à bien s'entendre et à renouveller l'alliance ancestrale".* De verliezende partij gaat in vernietiging met bijstand van de verdediger BLACKSON : *„la coutume devant règler la matière n'a pas été appliquée, ou au moins d'une mauvaise façon".* De parketrechtbank doet een onderzoek naar de juiste draagwijdte van het gewoonterecht ter zake en besluit dat de voorziening ongegrond is (en dat er geen andere reden tot vernietiging voorhanden is) : *„attendu que le tribunal a retenu que les relations entre les deux clans au sujet des droits fonciers sont régies par un pacte dérogeant ainsi de l'application pure et simple de la coutume régissant (en l'absence de pacte) les dites relations ; attendu que cette dérogation est connue par la coutume et que dès lors le tribunal de territoire appelé à appliquer la coutume a statué en conformité avec celle-ci"* (THYSSTAD 1958, 46). In een aantekening bij dit vonnis werpt de procureur des konings zich andermaal op als verdediger van de letterlijke orthodoxie. *„Dès que le tribunal invoque l'application d'une coutume bien déterminée à l'appui de son jugement, il n'y a pas motif d'annulation si la coutume a été mal appliquée, car la motivation est suffisante. Dire le contraire est s'occuper du fond".*

In een perceelszaak werpt de eiser in het verzoekschrift tot vernietiging op, dat het vonnis strijdig is met de internationale openbare orde. Deze opwerping wordt ontzenuwd en de voorziening verworpen : *„attendu que le tribunal a fait application de l'article 44 de l'arrêté nº 567/336/AIMO du 8 octobre 1946 qui substitue d'autres règles à la coutume ; qu'en faisant application de ces dispositions légales le tribunal n'a pu prendre une décision contraire à l'ordre public international"* (LEOPOLDSTAD 1959, 55).

De gewestrechtbank weigert de ontbinding van een koopovereenkomst uit te spreken. De eiser vraagt in de voorziening de vernietiging van het koopcontract : *„parce que je ne veux plus que le chef achète ma maison étant donné qu'il m'a injurié".* De voorziening wordt verworpen : *„attendu que le tribunal de territoire a fait une bonne application de la coutume ; que la vente d'une chose est parfaite en l'instant ou l'acheteur et le vendeur se sont mis d'accord et qu'un premier paiement fut effectué ; que c'est à bon droit que les injures sont rejettées comme cause de résiliation du contrat de vente"* (BOMA 1959, 101).

In een zaak van erfopvolging verklaart de gewestrechtbank Ekwa als oudste van de neven van moederszijde, bij gebrek aan ooms van moederszijde, erfgenaam van het perceel en titularis ervan onder voorbehoud van administratieve goedkeuring ; de vrouw stelt een vordering tot vernietiging in

en verkrijgt een uitvoering-schorsende verordening ; ze laat gelden dat het vonnis 30 jaren gemeenschappelijk leven met de de cujus over het hoofd ziet, en niets toekent voor de bijbouw (*impenses*). De voorziening wordt verworpen omdat het recht volgens de parketrechtbank juist toegepast werd. De stadsgewoonte zou voorschrijven dat de weduwe slechts vruchtgebruik van het perceel verkrijgt indien er wettige kinderen overblijven. Wat de bijbouw betreft, geldt het hier een nieuwe eis die niet voor de lagere rechter werd gesteld (LEOPOLDSTAD 1958, 112).

De gewestrechtbank wijst een perceel toe aan een neef die in het testament aangeduid staat, en een ander perceel in vruchtgebruik aan de weduwe en in blote eigendom aan de vijf kinderen die ze aan de erflater schonk. De broeder van de erflater beweert in de voorziening naar Babomagewoonte recht te hebben op die goederen. De parketrechter vindt dat de stadsgewoonte goed werd toegepast : zelfs zonder testament kwamen de goederen toe aan de weduwe en de kinderen. De stadsgewoonte werd terecht toegepast, meent hij, vermits de de cujus in de stad verbleef en de goederen zich daar bevinden (LEOPOLDSTAD 1957, 32).

De gewestrechtbank kent het vruchtgebruik van een perceel van de de cujus toe aan een familielid, onder de last de vier kinderen, de blote eigenaars, te onderhouden en over hun opvoeding te waken. De vordering van de weduwe wordt afgewezen omdat haar recht vervalt als ze hertrouwt of zich misdraagt ; in casu woont ze bij een minnaar in. De weduwe gaat in vernietiging ; ze wordt gehoord en twee rechters van de gewestrechtbank komen de stadsgewoonte uiteenzetten. De voorziening wordt verworpen. Het stadsrecht werd juist toegepast (LEOPOLDSTAD 1957, 4).

In de voorziening wordt erover geklaagd dat er in de plaats van de toepasselijke gewoonte geschreven recht werd toegepast. De voorziening wordt verworpen ; de rechtbank had terecht met de overeenkomst rekening gehouden : *„attendu que le tribunal s'est appuyé sur la coutume des parties, constituée en l'espèce par une convention ; que cette convention à caractère commercial fait la loi des parties et que le tribunal doit nécessairement en tenir compte pour statuer"* (LEOPOLDSTAD 1959, 6).

Decorte gaf Tito een gesloten omslag met 10.000 fr die hij naar de bank moest brengen. Tito verloor de omslag : hij legde hem op de tafel van een klerk, maar vond hem daar de volgende dag leeg terug. De centrumrechtbank van Boma veroordeelt hem tot terugbetaling van de geldsom. Tito die onwetend was van de inhoud van de omslag, gaat in voorziening, maar deze wordt verworpen : *„le tribunal se base sur la coutume qui prévoit que la per ..ne à laquelle on a confié une chose est responsable de la perte de cette chose, due à son imprudence"* (BOMA 1958, 72), en dit acht de parketrechter goede rechtsbedeling.

D. ONOPGEMERKTE SCHENDING VAN HET GEWOONTERECHT

187. DE DOOR DE SUBSTITUTEN NIET OPGEMERKTE PROBLEMEN VAN GEWOONTERECHTSVINDING.

In talrijke gevallen weigerden de parketrechtbanken vonnissen van de inlandse rechtbanken te vernietigen zonder aandacht te wijden aan de klacht over verkeerde gewoonterechtstoepassing. Zou zulke rechtspraak niet de stelling afbreken dat de parketrechtbanken de opdracht om te waken over een juiste rechtstoepassing voor ogen hadden ? Soms staat men inderdaad voor verwerpingsvonnissen van houders van de orthodoxe leer volgens welke de tekst van het decreet op de inlandse rechtbanken de parketrechtbanken die taak niet oplegde (14). Dit is nochtans een uitzondering. Meestal gebeurde de verwerping omdat de parketrechter in de hem voorgelegde grieven het rechtsprobleem niet herkende, niet inzag dat er eigenlijk over schending van het recht geklaagd werd, misleid door de natuur van de ongeschreven gewoonterechtsregel, die niet abstract geformuleerd is, maar uit feiten afgeleid moet worden. Zich verschuilend achter de leuze *„le tribunal de parquet ne connaît pas du fait"*, weigerde hij het gevraagde toezicht uit te oefenen, omdat hij het probleem van rechtsvinding eenvoudigweg niet opmerkte. Het kan ook zijn dat hij veinsde dit niet op te merken, omdat hij zich niet tegen de taak opgewassen achtte, er een oplossing aan te geven. De mening wordt geopperd dat de parketrechter – die hoofdzakelijk toch substituut hoorde te zijn – de nodige „feeling" voor privaatrecht miste, evenals het meesterschap over de technieken van gewoonterechtsvinding. Hiervan wordt een voorbeeld gegeven in verband met een vonnis van de gewestrechtbank van Leopoldstad van 9 januari 1958, waartegen twee voorzieningen aanhangig werden gemaakt en dat tot twee onafhankelijk van elkaar staande verwerpingsvonnissen aanleiding gaf. De feiten waren de volgende : de erflater was titularis van het bezettingsrecht van een perceel in Boma, waar hij in 1953 stierf. Tijdens zijn leven had hij de voogdij verkregen over Kiazi, een kind van zijn vrouw. Het perceel dat voor 17.000 fr verkocht werd, werd aan Kiazi als erfgenaam toegekend, met last 3.000 fr uit te betalen aan Tshungu, een achterneef van moederszijde van de de cujus. *„Un enfant sous tutelle acquiert certains droits à la succession"*, althans bij gebrek aan rechtstreekse nakomelingschap, meende de gewestrechtbank ; de familieleden van moederszijde van de de cujus kunnen op de erfenis zelf slechts rechten doen gelden bij gebrek aan andere rechthebbenden. Kiazi meent die 3.000 fr niet te moeten betalen en stelt een voorziening in, die wordt verworpen als uitsluitend gegrond op *„des considérations de fait"* (LEOPOLDSTAD 1958, 16). Tshungu stemt evenmin met het vonnis van de gewestrechtbank in en betwist Kiazi de hoedanigheid van erfgenaam : *„il n'est qu'un enfant sous*

(14) LEOPOLDSTAD, 1958, 12, 18 en 121 ; 1959, 25 ; zie noot (3), § 1, 2 van deze afdeling.

tutelle" ; in de voorziening klaagt hij erover dat de Tetela-gewoonte verkeerd werd toegepast, en beweert recht te hebben op het perceel. De voorziening wordt echter verworpen, omdat de parketrechtbank oordeelt dat het gewoonterecht juist tot gelding werd gebracht ; het klinkt laconisch : *„attendu que cette allégation était fausse étant donné que le tribunal a bien analysé cette coutume et en a fait une saine application en allouant une somme de 3.000 fr au demandeur"* (LEOPOLDSTAD 1958, 21). Op 17 maart verwierp aldus substituut FIASSE de voorziening van Kiazi, de pupil, omdat ze zogezegd slechts feiten betrof, terwijl op 18 maart substituut KONINKX de voorziening van Tshungu, de achterneef, verwierp omdat de gewoonte juist werd toegepast. In deze laatstgenoemde instantie zag de vernietigingsrechter het juridisch probleem ; hij stemde in met de oplossing die de gewestrechtbank eraan gaf. In het eerste verwerpingsvonnis daarentegen merkte de vernietigingsrechter achter de feiten die Kiazi aanbracht, de mogelijke rechtsschending niet. De problematiek van de onmacht tot abstracte formulering van de gewoonterechtsregel die door de lagere rechter geschonden of verkeerdelijk zou toegepast zijn, wordt hier aangeraakt.

188. DE NOODZAKELIJK TE MAKEN OVERGANG VAN HET VERHALENDE NAAR HET GEBIEDENDE.

In het geschreven recht gevormde juristen zijn gewend aan in abstracte formules gegoten rechtsregels. Om even in onze Nederlandse gewesten te blijven, mag er nochtans aan herinnerd worden dat de rechtsregel geheel anders luidde bij de oude Germanen. Hij was in concreto gesteld, hij noemde een geval. Zoals de aan het gewoonterecht onderworpen Kongolezen, waren de Germanen niet in staat, abstract te denken (15). We gaan hier even op in, om dit technisch probleem in het perspectief van de vernietiging reliëf te geven.

> Aanvankelijk gaven onze voorvaderen hun rechtsregelen in voorbeelden. Niet zelden waren dat kleurrijke genrestukjes, novelletjes, schetsjes, weergegeven in een dichterlijke, veelal ritmische taal. *„Nun reitet ein Mann auf dem weg, trifft er ein Leicham mit Narbe und Wunden"*, en zo gaat het voort, met zware cadans : men hoort de galop. Hij rijdt terug naar de stad, die hij juist heeft verlaten, en brengt zijn ontdekking ter kennis van de justitie. Op wie rust de bewijslast ? De wegen zijn eenzaam. Gaan wij ervan uit dat hij op de stille weg de man heeft gedood en moet hij zijn onschuld bewijzen, of ligt de bewijslast omgekeerd, en moet wie hem van die moord beticht het bewijs daarvan leveren ?
>
> Naast het geven van voorbeelden waar wij een regel in abstracto kennen, kende het oude recht ook de weergave van abstracte begrippen door voorbeelden. In plaats van „zonder verwijl" heet het : „zo, dat hij als hij ongeschoeid is, zich niet de tijd

(15) PITLO, A., *De lach in het recht*, Haarlem, 1963, blz. 21 en passim.

mag gunnen zijn schoenen aan te trekken, maar blootvoets te paard moet springen", ofwel : „dat hij, als hij aan tafel zit, zich niet de tijd mag gunnen zijn mes af te vegen, maar het vuil in de schede moet steken".

Na die periode komt die der symboliek. Door het zinnebeeldige kan het recht zich losmaken van dat wat is en komt men tot de scheiding van zijn en behoren. In die latere periode treft men dan ook soms een overdaad aan beeldende taal in de rechtsregels aan. Eén voorbeeld is voldoende ter verduidelijking van het verschil met de oudere, plastische formulering : „zo volledig is de eigenaar van het bos eigenaar van al het hout in het bos, dat een man, die met zijn wagen door het bos rijdt en het ongeluk heeft dat er een as breekt, niet gerechtigd is een stuk hout op te rapen om hiermede de as te vervangen, maar zich moet redden door zijn vinger in de naaf van het wiel te steken".

Spreekwoorden houden soms rechtsregels in. VON GIERKE (16) betrekt er vele in zijn beschouwing, zoals „de boer heeft maar één kind". Het is de kernachtige samenvatting voor de erfrechtelijke regeling van het blijversrecht : de oudste zoon alles. Het oude Germaanse recht kan men voor een deel kennen uit korte zegswijzen, kernachtige spreuken, gemakkelijk te onthouden (17). Wie ons burgerlijk recht bestudeert, vindt in de beschouwingen over de verkrijging van roerende voorwerpen nog het oude adagium : *„Hand muss Hand wahren"*. Men dient hier onderscheid te maken tussen het rechtsspreekwoord in eigenlijke en oneigenlijke zin (18). De rechtsspreekwoorden in eigenlijke zin zijn die, waaruit men het recht

(16) GIERKE, Otto von, *Der Humor im Deutschen Recht,* Berlijn, 1871[3], 1915.

(17) Deze spreekwoorden zijn voor een deel ontleend aan de 13e en 14e-eeuwse wijsheid. Er zijn verscheidene verzamelingen van oude rechtsspreekwoorden, vooral in de Duitse literatuur. De uitgebreidste is die van Graf und Dietheer (*Deutsche Rechtssprichwörter,* Nordlingen, 1864) ; zij bevat duizenden spreekwoorden, spreuken en zegswijzen die op het recht betrekking hebben, naar het onderwerp gerangschikt, O.a. : De misdadiger moest gestraft worden op de plaats van de misdaad. Deze norm gaf men weer in de volgende rechtsspreuk : *„Wo sich der Esel wälzt, da muss er Haare lassen."* *„Trittst du mein Huhn, so wirst du mein Hahn"* : de vrije man die een lijfeigene tot vrouw nam, werd zelf lijfeigene. In dit spreekwoord is de heer aan het woord, die er door dit huwelijk een lijfeigene rijker op wordt. Ten nadele van het vermogen der vorsten kende men geen verjaring. Dit gaf men weer met : *„Wer des Königs Gans iszt, kackt hundert Jahre danach die Federn".* Het klinkt in het Frans wat eleganter : *„Qui a mangé l'oie du Roi, cent ans après en rend la plume."* De man hoeft het kind, waarvan zijn vrouw gedurende het huwelijk bevalt, maar vóór het huwelijk is verwekt, niet als het zijne te erkennen. De formulering doet alweer agrarisch aan : *„Es ist niemand schuldig die Kuh mitsamt dem Kalbe zu behalten".* *„Narrenspiel will Raum haben"* : hiermede brengt men tot uiting, dat een krankzinnige niet aansprakelijk is voor zijn daden. Over de rol van de spreekwoorden in het Afrikaanse gewoonterecht, zie bijvoorbeeld het tijdschrift *AFRICA*, 1937, blz. 16 ; 1944, blz. 80 en 448 ; 1956, blz. 170 ; 1958, blz. 232 ; VANSINA, J., *Oral tradition,* Londen, 1965, blz. 161 v. In Kongo hebben de rechtsspreekwoorden tot nu toe evenmin het voorwerp uitgemaakt van een diepgaande studie. Enkele gedeeltelijke studies : BURTON, W., Proverbs of the Baluba-Proverbes des Baluba, *B.J.I.* 1955 tot 1958 ; COCQUYT, A., Proverbes des Ntomba e Njale, *Aequatoria,* XVII (1954), 7-27 ; CROENE, A., Enoncés de la coutume Basonge, *B.J.I.*, 1955, 103-104 ; SOUSBERGHE, L. de, L'Etude du droit coutumier indigène. Méthodes et obstacles : *Zaïre,* IX, (1955) 339-358, bijz. 343-353 ; id., Deux palabres d'esclave chez les Pende, Brussel, *Mém. A.R.S.O.M.*, 1961, bijz. 7-11 en 21-24 ; VAN GOETHEM, E., Proverbes judiciaires Mongo, *Aequatoria,* V (1942), blz. 1-8 ; VAN AVERMAET, A., Langage rythmé des Baluba, *Aequatoria,* XVIII, (1955) 1-5 ; MEEUSSEN, A., Aktiespreuken bij de Lega, *Kongo-Overzee,* XXV (1959), 73-76 ; SOHIER, J., De l'utilité de la réviviscence des proverbes juridiques, *B.J.I.* 1954, 159 en 268 ; VERDIER, blz. 111 ; SCHAPERA, I., Tswana legal maxims, *Africa,* 1966, XXXVI, nº 2.

(18) PITLO-VAN ROOYEN, W.M.S. *Woorden om justitia,* Amsterdam, 1958, blz. 8 en v.

kan leren kennen. Rechtsspreekwoorden in oneigenlijke zin zijn die, waarin het volk zijn mening over recht en rechtstoestanden ten beste geeft.

Bij gebrek aan volledige officiële bronnen zijn de oude rechtsspreekwoorden voor de rechtshistoricus een dankbaar materiaal om er, met een zekere mate van waarschijnlijkheid, het recht van de tijd waarin die spreekwoorden gemeengoed waren, uit af te leiden. Er valt op te merken dat de rechtshistoricus hierbij op de moeilijkheid zal stuiten van de te maken overgang van het verhalende naar het gebiedende. Een zelfde technische moeilijkheid ondervinden de juristen die van de bijbel een rechtsboek voor de christenen willen maken : „c'est que la bible, dans beaucoup de ses parties, est un narratif (mythes et chroniques de l'ancien Testament, récits et paraboles du nouveau), tandis que la règle de droit est, par définition, un impératif. Comment passer du narratif à l'impératif ? Le même obstacle n'a point empêché les *Hadith* (récits) de devenir une source du droit musulman. Ce qui permet le passage, c'est tantôt le mécanisme de l'exemplification, tantôt celui de la moralité (au sens de „moralité" de la fable)" (19). Die voor de jurist noodzakelijke overgang van het verhalende („le fond", zoals men het in de vernietigingsvonnissen vaak noemt) naar het gebiedende, hebben de parketrechters dikwijls niet kunnen maken.

189. DE KONGOLESE RECHTSSPREUKEN.

Er werd zoëven van de Germaanse-rechtsspreekwoorden gesproken. Het is hier niet de plaats om uit te weiden over de Kongolese rechtsspreuken, maar het moet worden vermeld dat de parketrechtbanken de inlandse rechtbanken ertoe aangezet hebben hun vonnissen met rechtsspreekwoorden te motiveren. Dit was in deze zin naïef dat de spreekwoorden en de in palavers gestereotypeerde beeldende taal behoorden tot de culturele bagage van inlandse specialisten, en dat de ingestelde inlandse rechtbanken weinig of geen beroep deden op die mensen. Men mag inderdaad niet uit het oog verliezen dat wat inlandse rechtbanken genoemd wordt, door de inlandse gemeenschap als ingestelde staatsrechtbanken beschouwd werd.

In de onderzochte rechtspraak werden slechts weinige spreekwoorden aangetroffen. Enkele voorbeelden : *„nsengo kuiku ka mutu ko" :* om een wiel tegen te houden zet men er een steel op, maar niet om een echtgenoot te weerhouden (MATADI 1959, 30) ; *„Nkwa kiau mbata munkolomna neembo nleke" :* eigenaar (van een grond) is de oudste, niet-eigenaar de jongste (THYSSTAD 1957, 7) ; de hond die vier poten heeft kan slechts één weg volgen (LEOPOLDSTAD 1957, 70). Het is trouwens betwijfelbaar of het hier om rechtsspreekwoorden gaat.

(19) La Révélation chrétienne et le droit, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, IX, Parijs, Dalloz, 1961, blz. 123.

190. HET OPSTELLEN VAN HET REKWEST.

In verband met de mogelijkheid tot vernietiging van de vonnissen van de inlandse rechtbanken wegens schending van een toe te passen norm bestaat de moeilijkheid in de redactie van de voorziening ; door de formulering van de klacht wordt het pas duidelijk dat niet de vaststelling van de feiten in het vonnis a quo betwist wordt, maar dat het om de eventuele miskenning van een rechtsregel gaat. Daar de formulering van het rekwest voor de parketrechtbank natuurlijk meestal te wensen overliet, kon zeer dikwijls de voorziening als „uitsluitend gegrond op de betwisting van feiten" gedoodverfd worden. In ons onderzoek werden talrijke verwerpingsvonnissen gevonden, waar een advocaat door het opstellen van de voorziening de schijn had kunnen voorkomen dat de betwisting slechts om de vaststelling van feiten draaide.

191. DE FORMULERING VAN DE TOEGEPASTE RECHTSGEWOONTE DOOR DE RECHTER TEN GRONDE.

Soms formuleerden de lagere rechtbanken duidelijk de toegepaste rechtsregel, zoals de gewestrechtbank van Tshela in het volgende geval : *„est maître d'un terrain celui qui prouve l'occuper paisiblement et exclusivement depuis longtemps et qui prouve y entretenir des arbres fruitiers (kolatiers, safoutiers, palmiers à vin, etc.) considérés par la coutume comme symbolique de la légitimité des droits exercés".* Op grond van deze regel wees de gewestrechtbank de vordering af, en noemde Boma Singini *„maître coutumier de l'ensemble des terrains litigieux (cfr. plan annexé)".* Een voorziening tegen dit vonnis werd verworpen (BOMA 1958, 24). De bedoeling is hier niet te onderzoeken of dit ten onrechte of terecht gebeurde ; wel : erop te wijzen dat het van belang zou zijn, in het kader van de vernietiging wegens verkeerde toepassing van het gewoonterecht, te streven naar een abstracte formulering van de toegepaste regel. Aan de hand van dit voorbeeld ziet men de mogelijkheid hiervan duidelijk in. Dit is een punt waarop de griffiers van de inlandse rechtbanken geoefend zouden moeten worden. Men denkt aan de verzuchting van de rechters van de *Privy Council : „It would be very convenient if the courts in west Africa in suitable cases would rule as to the native customs of which they think it proper to take judicial notice, specifying, of course, the tribes (or districts) concerned"* (zie vierde afdeling van dit hoofdstuk).

192. DE FORMULERINGSPLICHT VAN DE VERNIETIGINGSRECHTER EN VAN DE CASSATIERECHTER.

Vooral zou de vernietigingsrechter bij vernietiging wegens schending of verkeerde toepassing van het gewoonterecht zich ertoe moeten dwingen, de

regel te formuleren die naar zijn mening geschonden of verkeerd toegepast werd. En in elk geval zou de *lege ferenda* de wet op de rechtspleging voor het Hoogste Gerechtshof deze techniek verplicht moeten stellen, niet alleen als voorwaarde van de ontvankelijkheid van de voorziening (20), maar eveneens als plicht voor het Hof. Artikel 71 van de wet nr. 4-62 van 20 januari 1962 over het Hoogste Gerechtshof van Kongo-Brazzaville schrijft voor, zoals artikel 73 van de gelijkaardige wet van Dahomey : *„si elle (la cour suprême) prononce la cassation pour violation de (. . .) règles de droit privé traditionnel, elle indique les dispositions qui ont été violées et renvoie (. . .)"*. Beter ware het, de formulering van artikel 384 van de *Codice di procedura* te volgen : „Wanneer het Hof een voorziening ontvankelijk verklaart, die gegrond is op de schending of de verkeerde toepassing van juridische normen, dient het het beginsel te formuleren waaraan de rechter waarnaar verwezen wordt, zich zal moeten houden".
In verband hiermee is het wellicht leerrijk te zien hoe in Engelssprekend Afrika een arrest, dat gewezen wordt op een voorziening waarin over de schending van het gewoonterecht geklaagd wordt, in de *Selected judgments of the West African Court of Appeal* gepubliceerd wordt :

Accra, 30th June, 1954

Foster-Sutton P., Coussey J.A., and Windsor-Aubrey J.
M.D. BASSIL and KOFI NASSU ACQUAH, both of Accra } Appelants

v.

ABRAHAM KWAKU HONGER as head of the Family of George Akoteyfio Nelson (deceased) } Respondent

Native Law and Custom – Master marrying his own female slave – Position of children and their uterine descendants – Lease of family property without concurrence of principal members.

Estoppel – Testimony in another suit not affecting family's position – Testimony by person not a party to that suit.
Res judicata – Cases not resting on same foundation : different parties, etc.

Dan volgt de weergave van de feiten die tot het geding aanleiding gaven. Hierop komt dan de rechtsregel die het Hof van Beroep toepast. Dit is zeer belangrijk in verband met de formulering van de gewoonterechtsregels.

(20) Cfr. artikel 22 van de wet van 19 juli 1961 over het Hoogste Gerechtshof van Madagascar : *„la requête en cassation doit à peine d'irrecevabilité contenir l'énoncé des moyens et l'énoncé des (. . .) coutumes qui ont été violées"*. Over het vervallen van het vereiste van aanhaling van geschonden artikelen, zie verder, nr. 199.

„*Held :* When a master married his own female slave, their children were by customary law adopted into his family and their uterine descendants are members of his family on the same footing as the free uterine descendants ; therefore the lease to the first apellant executed by the second appellant and his sisters and niece was not valid as against the other principal members of the family and was of no effect as a lease.

Held also : (a) The attitude of the other principal members of the family in the earlier suit in which they were not parties was consistent with the respondent's claim in the present case ; the argument drawn from estoppel failed as there was no alteration in the family's position.
(b) The judgments in the above suits did not rest on the same foundation : the parties were not the same nor the cause of action ; there were no admissions in the validity of the lease here in question an issue in the earlier suit : therefore was no *res judicata.*
Cases cited : –
(1) Rex v. Inhabitants of Hartingdon Middle Quarter, 119 Eng. Reps. 288.
(2) Duchess of Kingston's case, 2 Smith's Leading Cases.
(3) Spencer and Another v. Williams and Others, 24 L.T.R. 513 at 516.
(4) Bainbridge v. Baddeley, 1847, 2 Ph. 705 at 709 ; 41 Eng. Reps. 1115 L.C.
Appeal by the defendants : No. 35/53.
Afuko Addo for Appellants.
Ollennu for Respondent.
The following judgment was delivered : (. . .)".

193. DE ONDERZOCHTE RECHTSPRAAK.

Er worden nu uit de onderzochte rechtspraak voorbeelden gegeven van de onmacht waarover zopas sprake was, om de overgang te maken van het verhalende naar het gebiedende, en van het gebrek aan „feeling" voor privaatrecht.
Eseka slaagde erin, een zelfde perceel aan drie kopers te verkopen. De tweede koper beloofde terugstorting van het reeds betaalde voorschot aan de eerste en kwam er aldus toe zich als titularis te laten inschrijven op het inlandse kadaster. De derde koper vroeg dezelfde behandeling te zijnen opzichte, maar de gewestrechtbank wees zijn eis af ; de voorziening tegen dit vonnis werd verworpen : *„attendu que le motif invoqué par Kandi en l'espèce, qu'il exige le paiement au même titre qu'Eseka, touche au fond de l'affaire ce qui échappe à notre compétence"* (MATADI 1958, 122). Het snijdt geen hout, te beweren dat zulk een vraag tot de feitelijke gegevens van het geding hoort. De centrum- en gewestrechtbank van Matadi veroordelen een uit de echt gescheiden man tot het betalen van een bouwvergoeding aan zijn vroegere echtgenote wegens haar aandeel aan de bouw van zijn huis. In de voorziening valt de man rechtstreeks de juridische fundering van het vonnis aan : *„il n'est pas d'accord sur la façon dont le tribunal a tranché le litige parce que son*

épouse avait l'obligation de travailler pour lui et que de ce fait il ne lui doit rien". Nu kon de parketrechtbank ofwel vernietigen wegens verkeerde toepassing van de gewoonte, ofwel verwerpen omdat de gewoonte juist toegepast werd ; ofwel zich in een orthodoxe ivoren toren terugtrekken met de bewering dat de parketrechtbank geen toezicht moet houden op de toepassing van het materiële gewoonterecht, of enger nog, dat de parketrechtbank slechts nagaat of de vormen werden geëerbiedigd. Die houding zou, indien al niet juist, dan toch juridisch te verdedigen zijn geweest, terwijl het doodverven van de voorziening als *„fond échappant à la compétence du tribunal de parquet"* klinkklare onzin is (BOMA 1957, 18). Het is jammer genoeg een veel voorkomende handelwijze. Het blijkt duidelijk dat een Hoogste Gerechtshof door de beantwoording van dergelijke voorziening de lijnen in de rechtspraak der inlandse rechtbanken zou dienen te trekken die nodig zijn voor de rechtszekerheid.

In eerste aanleg wordt aan Lukienda Anne de verdeling van de huwelijksgoederen (perceel en vrachtwagen) geweigerd : *„il est inconcevable qu'une divorcée puisse réclamer la contrevaleur de son travail (construction et commerce)"*. Volgens de rechtspraak van de gewestrechtbank echter mag een uit de echt gescheiden vrouw aan haar ex-echtgenoot een vergoeding vragen om zonder in armoede te vallen een nieuw leven te beginnen ; de rechtbank stelt die vergoeding exaequo et bono vast. De gewestrechtbank wijzigt het vonnis van de lagere rechtbank en veroordeelt de man ertoe, zijn ex-echtgenote 9.000 fr te betalen, waarop de man een voorziening in vernietiging instelt. De voorziening wordt verworpen : *„arguments relatifs au fond"* (LEOPOLDSTAD 1958, 84). Hoe het voorgestelde middel ook geformuleerd weze, het blijkt toch dat de man het bestaan van de regel uit de stadsgewoonte in twijfel trekt.

Een aanvraag om een voogdij te bekomen werd door de centrumrechtbank van Leopoldstad afgewezen : *„en application de la coutume des parties qui rejette la demande du droit de tutelle sur les enfants nés en concubinage"*. Een voorziening tegen dit vonnis liep op niets uit : *„le tribunal de parquet ne peut statuer sur le fond"* (LEOPOLDSTAD 1959, 38). De rechtsvraag is nochtans duidelijk : mag een kind van ongehuwd-samenlevenden onder de voogdij van een natuurlijke ouder komen ?

In een grondenzaak luidt de voorziening als volgt : *„(je demande l'annulation) parce que le tribunal m'a condamné à racheter les biens du deuxième demandeur. Les palmiers en question se trouvent sur mes terres. En ce qui concerne les biens de Puati (deuxième demandeur), c'est Bodo (premier demandeur) qui doit les payer, puisque c'est lui qui l'a autorisé à planter des biens sur mes terres"*. Volgens de parketrechtbank leverde deze voorziening slechts feitelijke elementen ter beoordeling van de vernietigingsrechter (BOMA 1959, 75). De voorgestelde feiten werden nochtans voor de lagere rechter besproken en leverden geen bewijsmoeilijkheden op. Zoals het elders uitgedrukt werd, nl. in LEOPOLDSTAD 1957, 27 : *„le deman-*

deur ne conteste pas les faits, mais conteste les conséquences des coutumes appliquées".

De parketrechtbank van KIKWIT (1958, 47) verwerpt een voorziening tegen een vonnis van de gewestrechtbank, dat een vonnis van een lagere rechtbank vernietigde in een zaak van terugvordering van bruidsprijs. De lagere rechtbank had een oud geschil beslecht : *„règle coutumière des Bambunda : pour une affaire de dot ancienne, s'il n'y a plus de témoins oculaires, les contestations ne peuvent être tranchées sauf s'il reste des enfants en vie".* De gewestrechtbank riep echter de verjaring in en vernietigde het vonnis. Heeft de gewestrechtbank hierdoor echter op juiste wijze het gewoonterecht tot gelding gebracht ? De parketrechter blijkt dit probleem niet te zien.

Een vrouw van wie echtscheiding uitgesproken werd, en wiens kind aan de clan van de beweerde vader werd toegewezen, betwist dit laatste in de voorziening : het kind werd meer dan tien maanden na de scheiding en dus na de mogelijke bevruchtingsperiode geboren. Verwerping volgt, omdat de voorziening de *„fond"* betreft (LEOPOLDSTAD 1958, 8). Het lijkt interessant hier een vergelijking te maken met het arrest van 14 januari 1964 van het Cassatiehof van Kameroen waarin dezelfde juridische vraag gesteld en ingezien werd (21).

Eigenlijk betwistte Eyenga Albertine de toegepaste rechtsregel volgens welke haar man de vader is van het kind dat geboren werd vóór de gewoonterechtelijke uitspraak van de echtscheiding, alhoewel het volgens de vrouw die de feitelijke scheiding inroept, niet door hem verwekt werd. Die vraag hoort volgens de parketrechtbank tot de feitelijke elementen van het geding *(le fond)* (LEOPOLDSTAD 1958, 135).

> In een voorziening werd de vernietiging beoogd van een vonnis van de gewestrechtbank van Seke Banza, die wegens overspel de echtscheiding uitsprak, de hoede van de twee kinderen toevertrouwde aan de vrouw Bongila Julienne en de man tot 5.000 fr veroordeelde wegens overspel. De man, Nsuami, tekende beroep in vernietiging aan ; hij kloeg erover dat de twee kinderen aan de moeder werden toevertrouwd alhoewel de bruidsprijs niet terugbetaald hoefde te worden, en dat de echtscheiding uitgesproken werd zonder zijn toestemming. De voorziening werd verworpen, omdat ze de feitelijke toedracht van de zaak betrof ! (MATADI 1959, 30).

Door de lagere rechtbank werd een vordering tot vergoeding van de schade die aangericht werd door een varken dat aan de verweerder toebehoorde, afgewezen ; de eiser had namelijk de verplichting zijn veld te omheinen. De voorziening tegen dit vonnis werd verworpen (BOMA 1957,

(21) Zie lager, nr. 220.

31). De gestelde rechtsvraag kan als volgt op abstracte wijze geformuleerd worden : „is de eigenaar van een varken aansprakelijk voor de schade die door het dier aangericht wordt indien het verwoeste veld niet omheind is ? "

Bibi Lutete verpachtte bij contract dieren aan Mwanza. Het vonnis spreekt van *„contrat de métayage"*. Mwanza leed door toedoen van deze dieren schade, en eiste vergoeding ; zijn vordering werd afgewezen door de gewestrechtbank van Lukula, en een voorziening tegen dit vonnis werd verworpen (BOMA 1959, 31). De rechtsvraag die onderzocht moest worden lijkt te zijn : „kan de eigenaar van dieren aansprakelijk gesteld worden voor de schade, door die dieren toegebracht aan de persoon aan wie zij in pacht gegeven werden ? "

Kote, in wiens akker koeien schade hadden aangericht, kreeg door de sectorrechtbank van Mbavu 267 fr schadevergoeding toegewezen, maar door de gewestrechtbank van Seke-Banza werd dit vonnis gewijzigd en werd de vordering afgewezen : *„la coutume ne prévoit pas d'indemnisation quand les champs sont situés près d'un village et ne sont pas clôturés"*. Zijn voorziening tegen dit vonnis *(„il ne lui appartient pas de clôturer son champs vu qu'il lui appartient en propre")* werd verworpen, omdat ze de feitelijke elementen van het geding betrof (MATADI 1958, 140).

Kilo's zeug werd in 1954 voor voortteling aan Mungenga afgestaan ; ze stierf tengevolge van ziekte in december 1956. Volgens de Bambalagewoonte had Mungenga Kilo tijdig moeten verwittigen van de ziekte. De lagere rechtbank veroordeelde Mungenga, die wegens zijn nalatigheid verantwoordelijk werd gesteld voor de dood van het dier, tot het overhandigen van een jonge zeug aan Kilo. De voorziening tegen dit vonnis wordt verworpen (KIKWIT 1957, 19). Men kan zich nochtans voorstellen dat de toepassing van die rechtsregel betwist kan worden. (zie voor een gelijkaardig Zuid-Afrikaans geval nr. 311).

Lucas Puati dagvaardde zijn vader Vutu Puati en eiste het geweer op dat deze hem vroeger geschonken, maar daarna wegens slecht gedrag weer afgenomen had. De sectorrechtbank van Lubolo wees de vordering af, maar zij werd door de gewestrechtbank van Tshela ingewilligd op grond van de regel : *„tout cadeau qu'un père fait à son fils reste acquis, quelles que soient les circonstances ultérieures"*. De voorziening tegen dit vonnis werd verworpen (BOMA 1957, 94). De gestelde rechtsvraag kan als volgt weergegeven worden : „is een schenking van een vader aan een zoon onherroepelijk ? "

In de voorziening klaagde de eiser over schending van de gewoonte : *„un cadeau ne se rembourse pas"* ; ze wordt verworpen (LEOPOLDSTAD 1957, 65) : *„le tribunal de territoire a estimé que les éléments fournis par le défendeur à l'appui de ses dires n'étaient pas probants, les témoins étant sujet à caution pour raisons de parenté. Ce faisant il a tranché sur le fond, à rencontré les arguments du défendeur en expliquant pourquoi il ne les retenait pas"*. De parketrechtbank vond dus dat het vonnis voldoende gemotiveerd was, maar ging niet in op de klacht dat het gewoon-

terecht verkeerd werd toegepast, omdat zij vond dat dit bezwaar tot de grond van de zaak (lees : tot de feiten van het geding) hoorde. Men zou haast durven schrijven dat zij de stier niet bij de horens durfde te vatten.

Voor de sectorrechtbank van Lubolo werd Mutu Matieve ertoe veroordeeld de som van 4.562 fr aan zijn zoon te betalen voor de palmboomaanplantingen die hij op de landerijen van zijn vader had aangebracht en achtergelaten bij zijn vertrek naar zijn familie van moederszijde. De gewestrechtbank van Tshela wijzigde dit vonnis op grond van de regel dat de zoon die zich bij zijn familie van moederszijde vervoegt, aan zijn vader alle vruchten van zijn arbeid (ontginning van de grond of planten van fruitbomen) in het vaderdorp achterlaat. De voorziening van de zoon Vika Mutu werd verworpen (BOMA 1958, 15). Het ging hier nochtans om een mooie rechtsvraag die onderzocht diende te worden.

Een geding voor de gewestrechtbank van Leopoldstad handelde over de verkoop van een perceel. Nzeza, de titularis van het bezettingsrecht, verkocht zijn recht aan Pasi, eiser, voor de som van 19.000 fr, maar het contract werd het bestuur niet ter goedkeuring voorgelegd. De verkoper, verweerder, kwam later op zijn beslissing terug. De gewestrechtbank paste de regel toe dat de verkoop voldongen is tussen de partijen als een consensus over de zaak en de prijs bereikt is, zelfs indien de zaak noch geleverd, noch betaald werd. De eiser werd dus eigenaar en moest het saldo betalen onder voorbehoud van bestuurlijke goedkeuring ; de verkoper werd verplicht de overeenkomst te eerbiedigen. Nzeza, verliezend verweerder, hield voor dat elke overeenkomst aangaande een perceel nietig is, indien ze niet goedgekeurd werd op het bureel van het inlandse kadaster van het stadsbestuur, en hij verwees naar artikel 2 van het besluit van 10 juli 1951 en naar het vernietigingsvonnis 5885/D.44/DBT. van 11.5.1956 van substituut DEBATTY. Hij vroeg de vernietiging van het vonnis van de gewestrechtbank aan. De voorziening werd verworpen : *„le premier juge n'a pas violé les formes substantielles ; le jugement ne renferme aucune cause d'annulation"* (LEOPOLDSTAD 1959, 39). Een belangrijke rechtsvraag werd aan het toezicht van de parketrechtbank onderworpen maar op het hoogste vlak zonder antwoord gelaten : is de medewerking van het „inlands kadaster" voor de eigendomsoverdracht nodig of niet ?

194. HET GEBREK AAN LEIDING VANWEGE DE VERNIETIGINGSRECHTBANKEN GEILLUSTREERD AAN DE HAND VAN DE RECHTSPRAAK OVER DE GRONDEIGENDOM.

Vastgesteld moet worden dat door de onmacht om van het verhalende naar het gebiedende over te stappen in belangrijke en ingewikkelde rechtsvragen, zoals die betreffende de grondeigendom in Neder-Kongo, de parket-

rechtbanken – praktisch dus de hoogste rechterlijke instanties – geen leiding gegeven hebben. Dikwijls werd als eigenaar van de grond door de lagere rechters de groep beschouwd die op de betwiste grond zaken, en vooral beplantingen, bezat (22). Voorzieningen tegen die vonissen werden verworpen omdat ze de feitelijke toedracht van de zaak betroffen (BOMA 1958, 59 ; 1959, 39,84). *„L'expertise a été faite de la façon la plus complète et en fonction du seul moyen capable de l'éclairer à savoir en établissant la propriété en vérifiant les biens et implantations que les parties possédaient sur les terres"* (BOMA 1958, 30). Maar wanneer de rechter ten gronde die regel niet had toegepast, werd een voorziening tegen dat vonnis, die als volgt geformuleerd was : *„le terrain fut toujours exploité par mes ancêtres. Le défendeur n'exploite jamais ce terrain puisque ces terres se trouvent loin du lieu où il habite. Tous les biens qui s'y trouvent m'appartiennent"*, eveneens verworpen (BOMA 1959, 19).

De lagere rechtbank leidde de eigendom af uit de ouderdom van de zaken die men op die grond bezat : *„biens ancestraux, preuve d'une occupation ancienne* (BOMA 1958, 34) ; soms werd slechts de aanwezigheid van begraafplaatsen in acht genomen (THYSSTAD 1957, 7). Voorzieningen tegen deze vonnissen werden afgewezen, maar eveneens voorzieningen tegen vonnissen die het omgekeerde deden : aldus bestreed de eiser in vernietiging de beslissing die de oude vestigingsplaats van zijn dorp, Mbata Ngongo, en de begraafplaats aan de tegenpartij had toegewezen, en hij vroeg de erkenning van de gewoonterechtelijke grens, – wat volgens de parketrechtbank tot de feitelijke toedracht van de zaak hoorde (BOMA 1959, 103) ; aldus ook de volgende voorziening : *„je demande l'annulation parce qu'il (le jugement) attribue le terrain qui m'appartient à mon adversaire alors que ce dernier n'y possède que de jeunes biens"* (BOMA 1959, 88). Gemeend wordt integendeel dat de voorziening de vernietigingsrechter slechts naar het hem verboden domein van de feiten van het geding zou gelokt hebben, wanneer uit het bestreden vonnis, of althans uit het dossier, de relatieve ouderdom van de geïncorporeerde zaken of het bestaan van de begraafplaatsen niet op te maken waren. Indien die vraag echter door de eiser aan de lagere rechtbank voorgelegd was geweest, en indien bij het bewijs van die eventueel betwiste feiten de rechter ten gronde van zijn vrije waarderingsbevoegdheid gebruik had gemaakt, hield de voorziening goed en wel een klacht in over schending van het recht.

„Attendu que le tribunal de territoire, après expertise, consacra une situation de fait, résultant de l'occupation effective des terrains depuis un nombre important d'années, prouvée par la présence d'anciens arbres fruitiers, palmiers, safoutiers, etc. ; attendu que les motifs à la base de la décision du tribunal découlent tous les éléments du dossier" (BOMA 1959, 70). Men

(22) Cfr. MALENGREAU, G., Les droits fonciers coutumiers chez les indigènes du Congo belge, *I.R.C.B.* 1947, XV; Le régime foncier dans la société indigène, *Congo,* 1939, II, blz. 1; ALLOTT, blz. 283-307.

stemt er graag mee in dat de gewestrechtbank haar vonnis motiveerde. Maar werd de gewoonte wel in acht genomen ?

De in de voormelde vonnissen toegepaste rechtsvermoedens werden soms in een voorziening in vernietiging uitdrukkelijk bestreden, tevergeefs echter. De eiser in vernietiging bracht aldus naar voren dat de rechter ten gronde geen rekening had gehouden met het feit dat Tembo, de verweerder, zoon van een slaaf was en dus volgens de gewoonte geen grondeigenaar kon zijn, hoelang hij ook de grond bezeten kon hebben (BOMA 1959, 27). In een andere voorziening stelde de vertegenwoordiger van de clan Vitanimi van Kimpangu de vraag of *„l'omission de vérifier si l'occupation n'était pas précaire comme il aurait été stipulé jadis par une convention expresse entre les deux clans"* geen schending van de vormen door de lagere rechtbank uitmaakte, en hij beweerde dat het feit dat sinds meer dan zeventig jaren beplantingen aangelegd en bomen geplant werden door de tot eigenaar verklaarde clan Nakongo van Kimakandi *„n'infirme en rien la précarité (de l'occupation)"* (THYSSTAD 1958, 35). Eigenlijk bestreed de eiser in vernietiging de stelling van de gewestrechtbank dat het bezit als eigendomsbewijs aangenomen werd (23).

Soms werd, evenzeer tevergeefs, in de voorziening het rechtsgevolg bestreden dat door de gewestrechtbank aan de gekwalificeerde toestand gehecht werd.

> De gewestrechtbank van Lukula verklaarde aldus dat de eiser die de oudste beplantingen bezat op de grond, eigenaar van de grond was. De verweerders kregen nog vijf jaren respijt voor ze die grond zouden moeten verlaten, en mochten van de vruchten blijven genieten van de meer dan vijf jaar oude gewassen, die zonder protest van de eiser waren geplant. De voorziening tegen dit vonnis werd verworpen : *„le tribunal admettant l'occupation de bonne foi n'a certes pas fait application d'une coutume contraire à l'ordre public en leur laissant un délai de cinq ans pour jouir de leurs plantations"*. Inderdaad was de toegepaste regel niet strijdig met de openbare orde, maar de vraag mag worden gesteld of het gewoonterecht juist werd toegepast. Eerlijkheidshalve moet gezegd worden dat in dit verwerpingsvonnis de rechter toch niet van „feitelijke toedracht" *(fond)* gewaagde ; hij weigerde eenvoudigweg toezicht op de rechtstoepassing uit te oefenen (BOMA 1958, 59) ; in een ander geval beval de rechtbank van Lukula dat de eigendom van de grond aan Vangu zou toekomen, maar dat Mbungu gedurende tien jaren het vruchtgebruik ervan verder zou genieten, mits hij op de eerste juli van elk jaar een vergoeding van 1.000 fr zou betalen. De voorziening van Mbundu die op de eigendom aanspraak maakte werd verworpen (BOMA 1959, 84).

(23) In een ander geval steunde de eiser in vernietiging (de clan Benza, die de betwiste grond moest verlaten, maar recht kreeg op een vergoeding van 9.515 fr., te betalen door de tot eigenaar verklaarde clan Gimbi) precies op het bezit : *„il veut baser son droit en propriété uniquement sur le fait d'une occupation"*, oordeelt de parketrechter en dit argument behoort volgens hem tot de feitelijke toedracht van de zaak ; het werd door de eerste rechter beantwoord (MATADI 1959, 18).

Ook wanneer zoals het in deze grondenzaken dikwijls gebeurde, de lagere rechtbank het recht blijkbaar niet toepaste, maar een billijke oplossing gaf aan het geding, weigerde de parketrechtbank richtlijnen te geven die bij het oplossen van die dikwijls voorkomende gedingen zouden dienen.

> De sectorrechtbank had de ondeelbare exploitatie opgelegd. De gewestrechtbank wijzigde het vonnis en, na een grens bepaald te hebben, kende zij aan beide partijen exclusieve rechten toe. Verweerder kreeg één jaar om op de grond die aan de eiser werd toegewezen, te oogsten, en één maand om de hem toebehorende jonge beplantingen weg te halen ; de andere beplantingen zouden aan de eigenaar van de grond toebehoren. In de voorziening wou verweerder de rechtsoplossing van de sectorrechtbank gehandhaafd zien, maar de parketrechter vond dat deze vraag tot de feitelijke elementen van het geding behoorde (BOMA 1958, 83).

Uit dit korte overzicht van agrarische grondenproblemen in Neder-Kongo kan men opmaken dat men er volop in de rechtsonzekerheid verkeert.

195. SPORADISCHE REACTIE VAN DE PROCUREUR EN VAN DE PROCUREUR-GENERAAL.

Het gebeurt dat de hiërarchische meerderen van de substituut – parketrechter reageren. Aldus in de volgende gevallen. In een proces betreffende jachtvoorrechten beriep de eiser zich op de eigendom van de grond waarop het wild werd geschoten, en betwistte deze eigendom tegenover de verweerder, niettegenstaande de meldingen in de politieke verslagen van het bestuur. Zijn vordering werd afgewezen. In de voorziening hield de eiser staande dat de gronden hem toebehoren, dat zijn *„bambuta"* er begraven zijn, en dat de rechters de gewoonte niet hebben gevolgd ; de Yansi zouden slechts eigenaar zijn omdat de Staat hen de gronden heeft toegewezen. De voorziening werd evenwel verworpen omdat ze slechts de *„fond"* zou betroffen hebben (KIKWIT 1959, 51). Procureur des konings VAN WYMEERSCH is het daar niet mee eens, en brengt hiermee koren op onze molen als we beweren dat een rechtskwestie als *„fond"* wordt gedoodverfd : *„ce n'est pas si sûr que l'argumentation ne soit relative qu'au fond. En effet, en invoquant que la décision du tribunal de territoire est basée notamment sur des témoins invoquant le fait du prince (décision administrative), il laisse nettement sous-entendre que le tribunal n'a pas recherché les éléments de droit coutumier relatifs au fond du problème et n'a pas basé sa sentence sur la coutume alors qu'elle existait. C'est un motif d'annulation".*

In een grondenzaak wordt de eis ongegrond bevonden en de eiser wordt tot 15 dagen strafdienst en een geit als schadevergoeding veroordeeld door de gewestrechtbank van Gungu. Tegen de toegemeten straf gaat de veroordeelde in vernietiging. De parketrechtbank geeft toe dat er een overdreven strekking om te straffen bestaat in burgerlijke zaken ; indien de straf nochtans op een

oude gewoonte gegrond is, en de rechtbank de nieuwe opvattingen van het verkeer *(l'évolution générale des moeurs)* niet heeft gevolgd, is dit een feitenkwestie waar de parketrechtbank zich niet mee in te laten heeft (KIKWIT 1959, 14). De procureur-generaal vindt integendeel dat *„si la coutume avait évolué dans le sens de la suppression de la condamnation pénale, le jugement aurait pu être annulé".*

In een burgerlijke grondenzaak over schending van grenzen wordt door de sectorrechtbank van Maduda tegen de verweerder 30 dagen strafdienst uitgesproken en dit vonnis wordt bevestigd door de gewestrechtbank van Tshela. De voorziening wordt zonder omhaal verworpen (BOMA 1958, 97). De procureur laat verstaan dat er misschien toch een rechtskwestie mee gemoeid was : *„sans doute les deux juridictions ont elles estimé que le demandeur était d'une parfaite mauvaise foi, auquel cas la coutume englobe l'occupation indue d'un terrain dans la notion de vol. Mais est-ce précisé dans la motivation ? "*

De lagere rechtbank stelde dat : *„le mariage n'existe pas lorsque le mari n'a pas versé de dot à l'ayant droit".* Een voorziening tegen dit vonnis werd verworpen (LEOPOLDSTAD 1957, 57). In een aantekening bij dit vonnis wordt opgemerkt : *„ce mariage était parfaitement valable ; le jugement aurait dû être annulé. Il est navrant de constater que des affaires de ce genre sont traitées avec si peu d'attention".*

De gewestrechtbank stelt de onbestaanbaarheid van een huwelijk vast : de bruidsprijs werd niet aan de rechthebbende, maar aan de broer van de vrouw betaald, en de clan van de vrouw had haar instemming niet betuigd. De voorziening tegen dit vonnis werd verworpen (LEOPOLDSTAD 1958, 1). In een aantekening bij dit vonnis wordt opgeworpen dat het huwelijk als geldig te beschouwen is indien op het ogenblik van de huwelijkssluiting de personen die hun toestemming moeten geven en de bruidsprijs opstrijken, kennis hebben gehad van de bijzondere voorwaarden en ermee hebben ingestemd.

Een voorziening was gegrond op het feit *„que le tribunal n'a pas statué sur l'objet réel de l'affaire en se basant à tort sur le jugement de 1934 de Luozi ; que le terrain Kingula n'est pas compris dans les terres dont la propriété de Bilala a été établie".* De voorziening werd verworpen (THYSSTAD 1958, 30). In een aantekening brengt de procureur hierop kritiek uit : *„il est inexact que le moyen soulevé par le demandeur soit relatif au fond de l'affaire".* In feite werd in de voorziening over de verkeerde toepassing van het beginsel van het gezag van gewijsde geklaagd. Ook in BOMA 1959, 5 vindt de procureur : *„il n'est pas si sûr que l'argumentation ne soit relative au fond".*

Lesi vroeg vergoeding voor de schade aangericht door een brand, die in de hut van verweerder ontstond en die eveneens de naburige hut van de eiser had vernield. Hij kreeg 1.694 fr toegewezen. De verliezende verweerder

verkreeg dat dit vonnis herzien werd en werd *ex aequo et bono* tot 500 fr veroordeeld : het bedrag der schade werd inderdaad niet voldoende bewezen geacht. De voorziening tegen dit vonnis werd verworpen : *„le jugement est basé sur l'équité, il n'y a aucune violation des formes"* (BOMA 1957, 5). In een aantekening bij dit vonnis werd erop gewezen dat het recht misschien niet juist tot gelding werd gebracht : *„le jugement ne précise pas si le tribunal de territoire avait rencontré les moyens soulevés dans la demande de révision, à savoir le soulèvement que la coutume ne prévoit pas de dédommagement en cas d'incendie involontaire"*.

196. DE GEGRONDE VERWERPING.

Vele voorzieningen moesten anderdeels inderdaad verworpen worden omdat de feitelijke grondslag van de middelen niet in de bestreden uitspraak of in de stukken van het geding te vinden was, of omdat hetgeen in de uitspraak omtrent de feiten was vastgesteld werd bestreden. Aldus ontbond de gewestrechtbank een koopovereenkomst na een kwijtschrift als valsheid in geschrift te hebben beschouwd ; de verkoper moest de reeds ontvangen 15.000 fr terugstorten. Zijn advocaat liet in de voorziening gelden dat er niet genoeg elementen aanwezig waren om tot de valsheid van het kwijtschrift te besluiten. Terecht werd de voorziening verworpen : *„il se borne à constater la valeur que le tribunal a donné à un élément de fait"* (LEOPOLDSTAD 1957, 6).

Als minnaar van een minderjarig meisje werd Kuba door de gewestrechtbank veroordeeld tot het betalen van 5.000 fr als *„indemnité prénatale et frais de gésine"*. Hij beweert dat het kind door een andere minnaar van het meisje verwekt werd, maar kan het niet bewijzen, terwijl het bloedonderzoek zijn vaderschap niet uitsluit. Terecht wordt zijn voorziening verworpen (LEOPOLDSTAD 1959, 66).

197. DE NOOD AAN EEN BEGRIJPENDE HOUDING VAN DE VERNIETIGINGSRECHTER.

Vermits de rechtsgewoonten niet abstract geformuleerd zijn, is echter niet op het eerste gezicht uit te maken of de voorziening *„mélangé de fait et de droit"* is, of niet. Bijvoorbeeld wordt er in de voorziening over geklaagd dat : *„ce terrain m'appartient exclusivement. Je suis le seul à y travailler depuis dix ans sans contestation de la part de mon adversaire"* (BOMA 1959, 96) ; *„mes trois champs de caféiers se trouvent sur ce terrain depuis 1944"* (BOMA 1959, 98) ; *„je possède beaucoup de biens sur cette terre"* (BOMA 1959, 68). Wordt hier de feitelijke vaststelling bestreden (bijvoorbeeld : eiser heeft er geen tien doch slechts vier jaar gewerkt ; of : eiser bezit slechts één koffieplantage en die werd aangelegd in 1958 ; of : eiser bezit praktisch geen goederen op die grond), zodat de voorziening *„mélangé de fait et de droit"* zou zijn, of aanvaardt integendeel de eiser de feiten zoals ze

uit het bestreden vonnis blijken ? Misschien wenst de eiser aan die niet-betwiste feiten een bepaalde juridische betekenis te geven, of bestrijdt hij de juridische betekenis die de lagere rechter eraan gaf. Het is dus een moeilijke taak voor de vernietigingsrechter, de rechtsvraag, die misschien onder de feitelijk gehouden formulering schuilt, van de feiten van het geding te onderscheiden.

198. HET AMBTSHALVE OPWERPEN VAN RECHTSGRONDEN.

Deze wenselijke begrijpende houding van de vernietigingsrechter is verschillend van het ambtshalve opwerpen van rechtsgronden door hem. Inderdaad kan een voorziening slechts de vaststelling van de feiten door de rechter ten gronde bestrijden, alhoewel in het vonnis een (onopgemerkte) juridische fout werd gemaakt die op het beschikkend gedeelte weegt. Zal dan de vernietigingsrechter die juridische fout, spijts de feitelijk gehouden voorziening, ambtshalve mogen opwerpen ? Een voorbeeld : In de voorziening werd bestreden dat de overeenkomst een einde gemaakt had aan de feitelijke vennootschap. Het geschil draaide om een bestelwagen en een som van 4.500 fr. De voorziening werd (terecht) verworpen : *„le tribunal a bien démontré l'existence de cette convention en se basant sur divers témoignages et sur un document sous lequel le demandeur avait opposé son empreinte digitale"* (BOMA 1958, 17). Op impliciete maar positieve wijze werd nochtans ook een in de voorziening onopgemerkte rechtsvraag beantwoord : is een geschrift met een duimafdruk een geldig bewijs van een overeenkomst ? Mocht de vernietigingsrechter op ambtshalve bijgebrachte gronden vernietigen indien het lokale gewoonterecht dergelijk bewijs niet zou aanvaarden ? We menen dat voor de districtsrechtbank het antwoord bevestigend moet luiden.

Er moet hier echter op een verschil met de cassatierechtspleging gewezen worden. Het Hof van Cassatie beperkt zich in burgerlijke zaken tot de middelen waarop het beroep steunt (24). Aan het Kongolese Hoogste Gerechtshof zou de *lege ferenda* in beginsel een gelijksoortige beperking kunnen opgelegd worden om zijn taak niet bovenmatig te verzwaren ; ambtshalve cassatie zou nochtans kunnen voorgeschreven worden *bij alle inbreuken op de openbare orde* (25).

(24) VEEGENS, nr. 130 ; BESSON, nr. 1126 ; RIGAUX, nr. 95.

(25) Cfr. VEEGENS, nr. 130.
Het doet op het eerste gezicht zonderling aan, dat het Belgische Hof van Verbreking, zoals de Hoge Raad, in straf- en belastingszaken ambtshalve mag en moet casseren, maar niet in civiele zaken, ook al is daar de openbare orde in het gedrang. Het gevolg van het vieren van de teugels zou echter zijn dat de taak van de civiele kamer zeer zou verzwaard worden ; immers de eiser zou desgewenst kunnen volstaan met het uitbrengen van een dagvaarding zonder enige materiële inhoud, zoals de dagvaarding in hoger beroep en het vragen van recht op de stukken. Bovendien zou men geneigd worden in ieder arrest meer te lezen dan bedoeld is. Zie nochtans art. 37 van de ord. 58-86 van 17 december 1959 over de gerechtelijke inrichting van Kameroen, tweede en derde lid : *„Les cas d'ouverture à pourvoi sont : l'incompétence, le défaut de motif, le vice de forme et la violation de la loi. Les moyens peuvent être soulevés d'office par la cour suprême."*

199. DE AANVULLING VAN RECHTSGRONDEN BINNEN DE GRENZEN VAN DE AANGEVOERDE GRIEVEN.

De lege ferenda moet de Kongolese cassatierechtspleging, zoals de nieuwe Nederlandse (art. 407, 2° en 3°) het deed (26), de vereiste van aanhaling van artikelen laten vallen, zodat het voldoende zou zijn in het middel aan te geven : 1° welk deel van de bestreden uitspraak (welke beslissing, welke rechtsoverwegingen) wordt aangevallen, en 2° waarom door die beslissing het recht is geschonden, d.w.z. in welke zin zij volgens de eiser had moeten uitvallen. Het is een op zichzelf staande vraag, hoe streng de cassatierechter aan de middelen gebonden is. Het Hoogste Gerechtshof zou o.i. de verplichting moeten hebben de rechtsgronden aan te vullen, op voorwaarde zich te houden binnen de grenzen van de aangevoerde grieven. De Indonesische wetgever ging (o.i. ten onrechte) verder : de cassatierechter is niet gebonden aan de voorgedragen middelen (27). Volgens § 559 Z.P.O. is het *Reichsgericht* gebonden aan de *Anträge* van de eisende partij, d.w.z. aan haar opgave in hoever zij de uitspraak a quo bestrijdt en vernietigd wil zien (de conclusie dus), maar bij klachten over schending van materieel recht niet aan de aangevoerde gronden. Deze vormen slechts een aansporing voor de rechter (28). Dit zou door de Kongolese wetgever overgenomen kunnen worden.

(26) In Nederland heeft de uitbreiding van de voornaamste cassatiegrond tot schending van het ongeschreven recht tot gevolg gehad dat het vereiste van aanhaling van de geschonden artikelen in het cassatiemiddel vervallen is. Onder de oude wet was het voornaamste verschilpunt tussen de taak van de rechter in hoger beroep en in cassatie, dat de appelrechter de aangevoerde grieven onderzoekt, maar tevens ambsthalve acht moet slaan op voorschriften van openbare orde. De cassatierechter was daarentegen verbonden aan de aangevoerde middelen. In Nederland kent men de „*moyens relevés d'office*" niet, zoals bijv. in Frankrijk. Deze strenge handhaving van de regel heeft een zware verantwoordelijkheid gelegd op de advocaten die zich met de behandeling van cassatieberoepen bezighouden ; de rechtsontwikkeling kan geen stap vorderen, zolang niet een daartoe strekkend middel was voorgedragen.
Deze bestaande regel is in het nieuwe artikel 419, lid 1 R.V. gehandhaafd. Het middel moet zowel aan de rechter als aan tegenpartij kenbaar maken waarover in cassatie de strijd zal gaan. De vereisten, waaraan de formulering van het middel moet voldoen, zijn door de Hoge Raad in een reeks arresten vastgelegd. In het middel moet in alle gevallen worden aangegeven :
1° welk deel van de bestreden uitspraak (welke beslissing, welke rechtsoverwegingen) wordt aangevallen en
2° waarom door die beslissing het recht is geschonden d.w.z. in welke zin zij het volgens de eiser had moeten uitvallen.
Over de strekking van het vervallen van het vereiste van aanhaling van de geschonden artikelen bestaat nog geen eenstemmigheid. Mr. KIST J. heeft in *N.J.B.* 1913, blz. 981 betoogd dat ieder cassatiemiddel onder de nieuwe wet eenvoudig deze structuur zal moeten hebben : „ten onrechte heeft het Hof beslist, dat . . . omdat immers . . .". In beginsel valt hiertegen niets in te brengen, maar het gaat erom met hoeveel nauwkeurigheid de komende rechtsstrijd moet worden afgebakend.
Aanhaling van wetsartikelen zal ook onder de nieuwe wet haar nut behouden omdat bijvoorbeeld nummers als 1382 en 2279 Napoleontische code verstaanbare symbolen zijn voor de daarin neergelegde complexe rechtsregels. Ongeschreven regels moeten óf worden omschreven óf duidelijk geïmpliceerd zijn in de formulering van de klacht.

(27) DE JONGE, J.J., *Het nieuwe cassatie-instituut van Indonesië*, proefschrift Djakarta, 1951, blz. 156-171. Cfr. infra nr. 230 v.

(28) VEEGENS, nr. 15.

§ 2. Verkeerde toepassing van geschreven recht

200. HET DECREET OP DE INLANDSE RECHTBANKEN.

Volgens de samengeordende decreten op de inlandse rechtbanken heeft de vernietigingsrechter, naar de letter van de tekst, niet de bevoegdheid een vonnis van een inlandse rechtbank wegens verkeerde toepassing van geschreven recht te vernietigen. In artikel 35, waarin de vijf vernietigingsgronden worden aangegeven, verschijnt het woord „wet" immers tweemaal (in verband met de wezenlijke vormen die voorgeschreven zijn door de wet, en met de toegepaste gewoonte die strijdig is met de wetgeving), maar nergens om verkeerde toepassing ervan als vernietigingsgrond aan te geven. Nu is het wel zo dat de inlandse rechtbanken normalerwijze geen geschreven recht mogen toepassen. We zagen nochtans dat dit in drie gevallen gebeurde : a) wanneer een tekst uitdrukkelijk ter vervanging van een gewoonterechtsregel werd uitgevaardigd ; b) wanneer een tekst de inlandse rechtbanken uitdrukkelijk bevoegdheid verleende ; c) wanneer een tekst, zoals sommige bepalingen van de geschrevenrechtelijke huurwetgeving bijvoorbeeld, door de rechtspraak wordt beschouwd als toepasbaar in het gewoonterechtsstelsel. Vastgesteld wordt dat de parketrechtbanken het steeds als vanzelfsprekend hebben beschouwd dat ze bij verkeerde toepassing van geschreven recht, zowel wet als bestuurlijk reglement, hoorden te vernietigen.

201. DE ONDERZOCHTE RECHTSPRAAK.

In KIKWIT 1959, 63 weigerde de parketrechtbank een vonnis van de gewestrechtbank, dat de vordering tot echtscheiding van een tweede echtgenote afwees, te vernietigen. De feiten waren de volgende. De eiser was gehuwd, maar had zijn eerste vrouw verlaten en een bijzit genomen. In 1954 bood hij de malafu aan en nam hij zijn bijzit aldus tot tweede vrouw. Procureur-generaal DELNEUVILLE vroeg zich in een aantekening bij dit vonnis af of het decreet van 1950 op de polygamie juist was toegepast : *„Pour donner à la législation coutumière son efficacité, il fallait ordonner le remboursement de la dot"*. Deze opmerking veronderstelt dat wegens verkeerde toepassing van het bedoelde decreet van 1950 verbroken kon worden.

Mapindemi nam in 1950 Mbunbudi tot tweede vrouw en betaalde de bruidsprijs. Hij liet nochtans na, zoals de wet het voorschreef, zijn nieuwe vrouw in zijn identiteitsboekje te laten inschrijven, wat in 1958 niet meer mogelijk was. De sectorrechtbank van Mikwi, voor wie een vordering aanhangig was gemaakt, gaf de eiser 15 dagen om zijn tweede vrouw weg te zenden ; ze werd als bijzit beschouwd. Het vonnis werd bevestigd door de gewestrechtbank, maar vernietigd door de parketrechtbank van KIKWIT (1958, 34), formeel wegens gebrekkige motivering, maar in werkelijkheid wegens verkeerde wetsuitlegging : *„attendu que Mapindemi fut effecti-*

vement marié coutumièrement à Mbunbudi avant le premier janvier 1951 ; que le tribunal de territoire n'argumente pas d'une façon complète au sujet des faits et en tire une conclusion hâtive ; qu'il omet d'examiner si le demandeur (art. 5, al. 2, du decret du 4 avril 1950) n'a pas rapporté la preuve qu'il était marié avant le premier janvier 1950 ; que le jugement n'est pas motivé à suffisance de droit (art. 20, Charte), etc." De gewestrechtbank had volgens de vernietigingsrechter de wet slecht begrepen ; Mapindemi mocht op een andere manier dan door de inschrijving bewijzen dat hij vóór de fatale datum van de eerste januari 1951 gehuwd was.

> Basele vroeg echtscheiding tegen Adjoko Marie, en voerde als reden aan dat hij in zijn dorp een tweede vrouw gehuwd en er de bruidsprijs voor betaald had. De spreuk indachtig dat de hond die vier poten heeft slechts één weg kan volgen, beval de centrumrechtbank van Matete hem, de tweede vrouw weg te sturen, kende verweerster een schadevergoeding toe van drie kippen en twee kruiken wijn, en veroordeelde eiser tot een boete van 150 fr. Substituut FIASSE vernietigde dit vonnis, in zover een boete opgelegd werd en in zover de tweede vrouw bevolen werd naar haar dorp terug te keren. Het decreet van 4 april 1950 voorziet geen andere sanctie dan de nietigheid van het huwelijk ; de „gewoonte" waarop het vonnis steunde, is strijdig met de wettelijke bepalingen (LEOPOLDSTAD 1957, 70).

Botuli, die 50 kruiken wijn op krediet aan Bisoki verkocht had, eiste betaling voor de gewestrechtbank. Deze verwierp de vordering op grond van *„une règle de procédure qui prévoit que les tribunaux indigènes ne peuvent sanctionner une cause illégale"*. De voorziening in vernietiging van Botuli werd door de parketrechtbank verworpen ; het ging volgens haar om *„un acte de commerce dans le chef du demandeur en contravention à la prohibition d'ordre public prévue par l'ordonnance-loi du 12 juillet 1917"* (LEOPOLDSTAD 1957, 63). In een aantekening bij dit vonnis liet de procureur verstaan dat de parketrechtbank had moeten vernietigen wegens verkeerde toepassing van de wetsverordening : *„La prohibition ne s'adresse qu'aux commerçants ; rien ne montre que Botuli (qualifié : comptable) exerçait la profession de commerçant (art. 1, D. 2 août 1913)"*.

Ingeval de wettelijke hypothese aanwezig was, werd integendeel vernietigd indien de rechtbank een ambtshalve op te werpen regel niet toepaste. Aldus had de hoofdrechtbank van de Mfimi een man veroordeeld tot betaling van zijn schulden. De schuldeiser was echter handelaar en de hierboven aangehaalde wetgevende verordening van 12 juli 1917 verbood de handelaars aan (economisch zwakke) inlanders krediet toe te staan. Het koopcontract was volgens de parketrechtbank dus nietig en de hierop gegronde vordering onontvankelijk. Het vonnis, samen met een twintigtal andere, werd vernietigd op grond van artikel 35, 5° (gewoonte strijdig met de wetgeving). Het gaat er eigenlijk om vernietiging wegens niet-toepassing van een ambtshalve toe te passen geschreven tekst (INONGO 1957, 15).

Op grond van een provinciaal reglement werd een man boete opgelegd omdat hij verwaarloosd had bepaalde aanplantingen van voedingsgewassen uit te voeren. Het vonnis van de secundaire rechtbank van de Banunu werd vernietigd (zonder dat hierbij een wettige grond aangeduid werd), omdat „uit het vonnis zelf" bleek dat de man in slechte gezondheid verkeerde, terwijl de tekst volgens de parketrechtbank slechts op gezonde mannen van toepassing was (INONGO 1958, 15).
Een vonnis dat op grond van een soortgelijk reglement nopens werken van openbaar nut een vrouw veroordeelde, werd vernietigd : de wettelijke hypothese werd verkeerd verstaan ; de tekst betrof immers slechts de volwassen en gezonde mannen, en niet de vrouwen. Wegens verkeerde toepassing van de tekst werd dus vernietigd. Door evenwel op grond van artikel 35, 5° te vernietigen, liet de parketrechtbank de mogelijkheid open om meer dan 6 maanden na de uitspraak het vonnis te vernietigen (INONGO 1958, 38).

De sectorrechtbank van Kipuka veroordeelde op basis van een districtsreglement (beslissing nr. 13/Agri/1956 van de districtscommissaris van Kwilu) een vrouw om voortijdig maniok geoogst te hebben. Het vonnis werd door de gewestrechtbank gewijzigd omdat het reglement op de vrouw niet toepasselijk was. Eerder was een vonnis van die gewestrechtbank vernietigd geworden wegens verkeerde toepassing van datzelfde reglement : *„attendu que les faits ne sont constitutifs d'infraction ; attendu que les femmes ne sont imposées en matière de culture ; que la décision n° 13 ne leur est pas applicable si elles font de leur propre gré des champs ; qu'il n'y a pas d'infraction coutumière ; que la décision n'est légale que dans les limites prévues par l'ordonnance n° 104 qui limite les pouvoirs du commissaire de district aux circonscriptions indigènes soumises au décret de 1933 et aux besoins pour l'exécution des travaux agricoles obligatoires ou l'alimentation des populations"* (KIKWIT 1957, 20). In het onderhavige geval volgt de gewestrechtbank dus de stelling van de parketrechtbank. De vernietiging van haar vonnis werd nochtans door de districtscommissaris aangevraagd ; volgens de districtscommissaris werd de beslissing nr. 13/Agri/1956 genomen in uitvoering van de wetgevende verordening nr. 104 van 7 april 1942, die zelf genomen werd – volgens hem – in uitvoering van een decreet van 5 december 1933, terwijl de beslissing nr. 118/A.I.M.O./54 van de districtscommissaris van Kwilu de inlandse rechtbanken van het district de bevoegdheid gaf om de overtredingen van het decreet van 1933 te bestraffen. De voorziening van de districtscommissaris werd echter door de parketrechter verworpen, omdat de beslissing nr. 118, die de inlandse rechtbanken bevoegdheid geeft, slechts op de werken doelt die voorgeschreven zijn door artikel 45 van het decreet van 1933 (opgelegde akkerbouw), en niet op die welke voorgeschreven worden door de wetgevende verordening nr. 104 (verplichte aanleg van zaadvoorraden) : *„attendu que l'ordonnance n° 104 n'est pas une mesure d'exécution du décret de 1933, que l'argumentation est donc sans valeur"* (KIKWIT 1958, 3). Het vonnis van de gewestrechtbank dat

het vonnis van de sectorrechtbank vernietigde wordt dus gehandhaafd, met een verbeterde motivering nochtans : de feiten werden juist gekwalificeerd, maar de hypothese van het districtsreglement was niet dezelfde als de hypothese van artikel 45 van het decreet van 1933, zodat de sectorrechtbank die slechts voor de hypothese van het decreet van 1933 bevoegd was, hier bevoegdheid miste (cfr. nr. 96).

Men kan een soortgelijk geval van verkeerde verklaring van de hypothese van een tekst vinden : op grond van artikel 10 van het decreet van 12 februari 1953 werd een vrouw veroordeeld omdat ze geweigerd had gras weg te maaien. Dit vonnis werd door de parketrechtbank vernietigd, omdat de tekst van 1953 de openbare gebouwen niet in zijn toepassingsveld betrekt ; het gaat er in die tekst slechts om de zindelijkheid van de eigen percelen (INONGO 1957, 25).

> Op grond van een geschreven reglement over verplichte aangifte van geboorten werd boete opgelegd. Zonder een wettelijke vernietigingsgrond aan te duiden, vernietigde de parketrechtbank het vonnis, omdat naar geschrevenrechtelijke begrippen (in het vernietigingsvonnis werd art. 24, 1° van het strafwetboek ingeroepen) de feiten verjaard waren. Het recht werd aldus door de lagere rechter niet juist tot gelding gebracht (THYSSTAD 1958, 4, 23 en 52).

De parketrechtbank vernietigde een vonnis (met verwijzing naar artikel 35, 5° D.I.R.), omdat een boete werd uitgesproken die hoger was dan het in de toegepaste tekst (over de hygiëne) toegelaten maximum. (INONGO 1958, 36 ; om dezelfde reden werd hetzelfde jaar in nog 9 andere gevallen vernietigd). Terloops mag hier opgemerkt worden dat de districtsrechtbank in dergelijk geval tegenwoordig zelf de juiste straf zou kunnen toemeten, zonder de zaak te verwijzen.

Voor de gewestrechtbank eiste een man dat alle nakomelingen van een uit zijn clan voortkomende slaaf, die aan de verweerder verkocht werd, hem overgeleverd zouden worden. De nakomelingen van de slaaf weigerden echter naar de clan van de eiser terug te keren. De vordering werd door de gewestrechtbank verworpen, en bovendien werd wegens het instellen van dergelijke vordering een boete van 2.000 fr opgelegd. Dit stuk van het beschikkend gedeelte werd vernietigd, zonder dat een vernietigingsgrond uitdrukkelijk aangeduid werd : *„attendu qu'aucun texte n'érige en infraction le fait d'introduire une action contraire à l'ordre public international ; attendu que le tribunal n'invoque aucune coutume pour justifier l'amende ; que cette coutume n'existait certainement pas, l'esclavage n'étant pas contraire à l'ordre public coutumier"* (BOMA 1959, 25). In dit geval werd een beginsel van algemene orde verkeerd toegepast.

In een geval van slagen en verwondingen en van terugvordering van een paar schoenen, kende de gewoonterechtbank schadevergoeding toe aan de eiser en legde een boete op aan de tegenpartij. Dit vonnis werd vernietigd

(zonder opgave van vernietigingsgrond) omdat de man reeds door de politierechter veroordeeld was geweest. Er was aldus schending van het beginsel *„nul ne peut être condamné deux fois pour la même infraction"* (LEOPOLDSTAD 1958, 92).

202. EEN ERROR IN PROCEDENDO.

De rechters ten gronde kunnen ook de samengeordende decreten op de inlandse rechtbanken, de grondtekst zelf die hun werking tot basis dient, verkeerd verstaan. Eerder dan een *error in judicando* wordt dan een error in procedendo begaan, menen we. Zelfs als een vonnis uitdrukkelijk een vraagstuk van rechtspleging oplost, wordt de hierbij begane vergissing geen *error in judicando ;* ze blijft haar eigen karakter van *error in procedendo* bewaren (29).

Enkele gepubliceerde voorbeelden van schending van het D.I.R. : de vermaning als straf komt niet voor in het D.I.R. (Parketrb. Opper-Katanga, 13 juni 1953, *J.T.O.* 1954, 25, noot) ; de uitspraak van een straf in andere voorwaarden dan die welke in het D.I.R. beschreven zijn (Parketrb. Opper-Katanga, 31 maart 1954, *J.T.O.* 1958, 234, noot).

Nsita Tshima wou twee kinderen erkennen die zijn vrouw Nkembi Ngoma hem vóór hun huwelijk schonk. Het waren echter overspelige kinderen en de gewestrechtbank van Matadi verwierp de vordering. Dit vonnis werd vernietigd : *„attendu que la motivation se base sur des notions de droit écrit"*. De motivering was niet gebrekkig, zoals het vernietigingsvonnis wou laten uitschijnen, maar het gewoonterecht werd niet toegepast en aldus werd artikel 24 van het Decreet geschonden (MATADI 1959, 35) (30).

Over de vordering tot echtscheiding van Na verklaarde de gewestrechtbank van Leopoldstad zich onbevoegd te oordelen. Er werd geen bruidsprijs betaald, zodat er geen gewoonterechtelijk huwelijk plaatsgegrepen had ; in het identiteitsboekje van de eiser werd melding gemaakt van een burgerlijk huwelijk (maar de eiser kon van de akte geen bewijs leveren). De parketrechtbank vernietigde dit vonnis, zonder hiervoor enige wettelijke grond aan te geven : in de registers van de missie werd van een burgerlijk huwelijk geen melding gemaakt en volgens de ingewonnen inlichtingen bestond er in 1919

(29) SATTA, S., *Diritto processuale civile,* Padova 1959[6], nr. 282 ; RIGAUX, nr. 16. Contra ; MARTY M., blz. 19 v.

(30) De rechtbank past het gewoonterecht niet toe en schendt aldus de substantiële vormen : Parketrb. Kibali-Ituri, 30 mei 1942, *B.J.I.* 1943, blz. 37, noot. Zie ook : Parketrb. Lualaba 29 november 1954, *J.T.O.* 1955, blz. 35, noot. A.S. ; *B.J.I.* 1958, blz. 272, noot J.S. De rechtbank oordeelt naar billijkheid en past een zogezegd met de openbare orde strijdige gewoonterechtsregel niet toe ; de substantiële vormen worden geschonden door de niet-toepassing van de gewoonte : Parketrb. Opper-Lomami, 28 juni 1954, *B.J.I.* 1958, blz. 263, noot.

in Dima geen burgerlijke stand voor inlanders. *„Attendu que le tribunal de territoire se basant par erreur sur une mention non contrôlée (inexacte), s'est déclaré incompétent (pour appliquer des règles de droit écrit) ; que le tribunal s'est basé à tort sur l'article 11, al. I, du décret sur les tribunaux indigènes ; qu'il était compétent"* (LEOPOLDSTAD 1958, 27). Men merkt dat de parketrechtbank een onderzoek naar een feit instelde : bestond er in 1919 een burgerlijke stand voor inlanders in Dima ? Maken de kerkelijke

(31) Zie over de gebrekkige motivering in rechte : § 1, A van deze afdeling. Over de gebrekkige motivering in feite, zie : Hoofdstuk 1, afdeling II, § 2, A.
Een voorbeeld hiervan vindt men in een niet-gepubliceerd vonnis van de parketrb. van Buta, van 20 april 1951, R.I. 182, waar de mogelijkheid van een verkeerde toepassing van het decreet op de bescherming van het onvolwassen meisje aanleiding tot vernietiging is :

„VU le jugement n° 2835/15 du Tribunal de la Chefferie Bakengaie, en territoire de Poko, rendu le 6 février 1951, en cause
NADI, fille de Nzombi, capita Ekeberu, chef Ekifule, territoire Poko
Contre
NZOMBI, capita Ekeberu, chef Ekifule
Et
MISENGILE, capita Ekeberu, chef Ekifule, territoire de Poko
CONDAMNANT Nzombi et Misengile chacun à 30 jours de servitude pénale principale, et à 50 francs d'amende, ou 5 jours de servitude pénale subsidiaire ; comdamnant en outre Nzombi à 800 francs de dommages-intérêts, aux redevances traditionnelles (80 francs), et aux frais (10 francs) ;

Le TRIBUNAL
ATTENDU qu'il apparaît du jugement n° 2835/15 rendu par le Tribunal de la Chefferie *Bakengaie,* chef Ekifule, en date du 6 février 1951, que la fille Nadi, pubère au moment où elle introduisit son action devant le Tribunal susdit, fut, il y a deux ans, mariée au nommé Misengile contre une dot de 800 francs ;
ATTENDU qu'elle intenta son action en vue de la dissolution de son mariage avec ce natif, parce qu'au moment où elle se maria avec Misengile, elle était encore impubère ;
ATTENDU que le père de la fille Nadi reconnaît qu'il accepta une dot de 800 francs lors du mariage de sa fille ; qu'au moment de son mariage avec Misengile elle était encore impubère.
ATTENDU que le Tribunal prononça le divorce entre les nommès Misengile et Nadi, parce que Nadi avait été donnée en mariage étant impubère ; que la dot devait être restituée suivant les termes du jugement ;
QUE le Tribunal prononça de plus les peines suivantes : contre Nzombi père de Nadi, une servitude pénale principale de 30 jours, une amende de 50 francs ou une servitude pénale subsidiaire de 5 jours en cas de non paiement dans le délai de 30 jours, ainsi que la totalité des frais soit 10 francs ; contre le nommé Misengile, l'époux de Nadi, une servitude pénale principale de 30 jours et une amende de 50 francs, payable dans les 30 jours, ou 5 jours de servitude pénale subsidiaire en cas de non paiement dans le délai imparti ; ce sur base des articles 1 & 4 du Décret du 9 juillet sur la Protection de la fille indigène non pubère ;
ATTENDU qu'il ne ressort pas du jugement rendu ni des déclarations des parties qui furent toutes entendues, qu'il y eut cohabitation entre Nadi, impubère, et son époux Misengile ; qu'au contraire, la demanderesse, Nadi, semble plutôt dire qu'elle n'alla jamais encore chez son époux, mais qu'au moment de sa puberté, c'est à dire vers la période où elle intenta son action en divorce, elle fut enjointe de rejoindre son mari ; qu'elle refusa ;
ATTENDU qu'il n'est donc pas prouvé que Nzombi et Misengile soient en infraction ; qu'il n'est pas établi que Nadi fut donnée, il y a deux ans et pendant son impuberté, à son époux Misengile, qu'il n'est pas établi que Misengile eut des rapports intimes avec Nadi, ou qu'il la prit chez lui, ou qu'il lui procura un logement quelconque ;
ATTENDU que l'infraction n'est pas établie dans le chef des nommés Misengile et Nzombi ; que l'affaire pénale ou Nzombi et Misengile furent condamnés aux peines précitées, doit être réexaminée quant au fond dans le but d'établir s'il y eut cohabitation prématurée, ou si Misengile donna logement à Nadi, son épouse, alors qu'elle était encore impubère ; que le jugement entrepris n'est donc pas motivé en fait et en droit en ce qui concerne les peines prononcées contre Nzombi et Misengile ;
VU l'arrêté Royal du 13 mai 1938, spécialement en ses articles 12-13-35 & 36 ;
ANNULE le jugement n° 1835/15 en date du 6 février 1951 du Tribunal de la chefferie Bakengaie, où siégeait Monsieur WERQUIN L., Juge."

huwelijksregisters melding van een burgerlijk huwelijk ? Beter ware geweest te vernietigen wegens een motiveringsgebrek, nl. wegens „défaut de base légale". Het vonnis maakt immers niet duidelijk of de voorwaarden voor de onbevoegd verklaring op grond van artikel 11 D.I.R. aanwezig zijn.

De parketrechtbanken hebben dus vernietigd wegens schending of verkeerde toepassing niet alleen van het Decreet (hetgeen eigenlijk als error in procedendo de vernietiging wegens schending van een substantiële vorm mogelijk maakte), maar ook van een toe te passen geschreven tekst. Formeel deden ze hierbij een beroep op *„gebrekkige motivering"* (31), op *„niet door het decreet voorgeschreven straf"*, op *„gewoonte strijdig met de wetgeving"*, of gaven helemaal geen formele vernietigingsgrond op. Ze vervulden hierbij in wezen een cassatiefunctie.

Afdeling II CASSATIE EN RECHTSGEWOONTE IN DE GESCHREVEN-RECHTELIJKE STELSELS

„Cette ouverture au contrôle du droit positif tout entier, seul susceptible d'assurer l'unité du droit et de la sécurité juridique au-delà de l'unité d'application des règles ‚converties en articles de loi', nous paraît heureuse, là surtout où le législateur s'est refusé de promulguer des textes (. . .)".

VANDER ELST R., in : *Journal des Tribunaux*, 4 maart 1967, blz. 145.

203. GEEN GELIJKSTELLING VAN RECHTSGEWOONTEN EN VAN VREEMD RECHT.

Rechtsgewoonten worden als ongeschreven normen traditioneel op voet van gelijkheid geplaatst met vreemd recht in verband met de problematiek van het toezicht op de schending ervan.

„La violation de la loi étrangère ne peut, pas plus que celle d'une maxime juridique, donner ouverture à cassation, sauf dans les cas où elle entraîne une contravention à la loi belge . . ." (32).

Die gelijkschakeling van vreemde en interne rechtsnormen, van (meestal) geschreven en ongeschreven regels kan zonderling lijken. Inderdaad kunnen als gemene punten slechts aangeduid worden dat de kennis van beide soorten rechtsregels onderzoeksmaatregelen vergt, en dat beide voor de rechter ten gronde bewijs kunnen behoeven. Toch is het voor deze studie van belang schijnbaar aan die gelijkschakeling mee te doen door hier de vraag te stellen of schending en verkeerde toepassing van een door de rechter ten gronde toe te passen vreemde rechtsregel als middel van verbreking aanvaard moet worden, en hoe wetgevingen, rechtspraak en rechtsleer tegenover deze vraag staan. De praktische reden en bepaalde principiële redenen voor een negatieve beantwoording van die vraag in verscheidene rechtsgebieden zijn inderdaad analoog met de redenen die soms aangehaald worden om het Hoogste Gerechtshof het toezicht te weigeren over de gewoonterechtstoepassing. Die redenen moeten dus onderzocht worden.

(32) Verbr., 4 juni 1881, *Pas.*, blz. 162.

§ 1. Cassatie en schending van een vreemde rechtsregel

204. HET ITALIAANSE ANTWOORD OP DE GESTELDE VRAAG.

In talrijke rechtsgebieden wordt de gestelde vraag bevestigend beantwoord. Aldus in Italië, waar de „cassazione" in haar essentiële trekken aan het Franse model gelijk is, doch waar de rechtspraak op het punt dat ons bezighoudt, zich na enkele aarzelingen bevrijd heeft van de enge opvatting van de Franse praktijk. Er bestaat geen restrictieve tekst zoals in Duitsland en Zwitserland, en evenmin heerst er bij de cassatierechters een beperkende opvatting over de zending van het Hof, zoals dit bijvoorbeeld in Frankrijk en België het geval is. Sedert de eenmaking van het Italiaanse rechtsstelsel namen rechtspraak en rechtsleer er grif aan dat niet-toepassing, schending of verkeerde toepassing van vreemd recht mogelijkheid boden tot voorziening in verbreking (33).

Het grootste deel van de rechtspraak aanvaardt er eveneens dat de rechter ten gronde de plicht heeft, het vreemde recht ambtshalve op te zoeken en toe te passen. Speurend naar het toepasselijk vreemd recht is hij aan de door de belanghebbende partijen geleverde bewijzen niet gebonden ; zelfs wanneer de partijen de vreemde rechtsregel niet inroepen en er geen bewijs voor aanbrengen, moet de rechter hem toepassen, indien de Italiaanse verwijzingsregel hem dat gebiedt ; hij is vrij in zijn waardering van de door de partijen geleverde bewijzen wat bestaan en draagwijdte van het vreemd recht betreft. De belanghebbende partijen leveren in de praktijk bijna altijd aan de rechtbank het documentatiemateriaal dat nodig is voor de waardering van de vreemde rechtsregel (zoals de echt-verklaarde wettekst, getuigschriften van Italiaanse en vreemde juristen, leerstellige studies, getuigschriften van Italiaanse of vreemde diplomatieke of consulaire agenten, enz). Dit is een overblijfsel van de opvatting die aan het vreemd recht een feitelijk karakter toekende. Maar het grootste deel van de rechtspraak is er zich van bewust dat dit geen voorwerp van een werkelijke *onus probandi* uitmaakt, maar slechts een vorm is van samenwerking van de partijen met de rechter. Het karakter van rechtsvraag die de toepassing van vreemd recht door de Italiaanse rechter aldus vertoont, moest logischerwijze leiden tot de ontvankelijkheid van de voorziening in cassatie wegens niet-toepassing, schending of verkeerde toepassing ervan.

Hoe bijvoorbeeld het Napolitaanse Hof van Verbreking in de zaak *Vivanti t. Figurati* van 26 januari 1897 de uitbreiding van zijn toezicht tot de schending of de verkeerde toepassing van regels van vreemd recht motiveerde, is leerrijk om te volgen. Verweerder in cassatie had opgeworpen dat de schending van een vreemde wet door een Italiaanse rechtbank geen aan-

(33) GUILIANO, M., Le traitement du droit étranger dans le procès civil dans les systèmes juridiques continentaux, *Revue internationale de droit comparé*, 1962, nr. 1, blz. 26.

leiding tot verbreking kon geven, omdat de instelling van de hoogste gerechtshoven tot enig doel had de eerbiediging en de naleving van de *nationale* wetten te verzekeren door verbreking van gerechtelijke beslissingen die ze zouden geschonden hebben. Vreemde wetten nu zouden, wanneer de rechtbank ernaar verwees, slechts een document uitmaken ; hun foutieve uitlegging zou evenmin als de verkeerde interpretatie van om het even welk ander document toegang tot de cassatie rechtvaardigen. Die teksten zouden nooit als wet op Italiaanse bodem kunnen toegepast worden, alwaar ze wegens de absolute territorialiteit der soevereiniteiten noodzakelijkerwijze zonder gezag waren. Formeel verwierp het Hof deze opwerpingen, en hield voor dat de Italiaanse rechter door schending van de vreemde wet die hij moest toepassen, de bepalingen schond van de Italiaanse wet die er de toepassing als wet van eiste. Indien er schending was van wetten waarvan het staatsgezag de toepassing oplegde, moest er ook mogelijkheid tot voorziening in verbreking bestaan ; door de mogelijkheid van de sanctie der verbreking te erkennen, wordt de regel van de territorialiteit van de wetten niet tekort gedaan. Het aan de vreemde wet in Italië toegekende gezag vindt zijn oorsprong inderdaad niet in de wil van de vreemde soeverein, maar in die van de Italiaanse soeverein, die in het bedoeld geval de toepassing ervan op zijn grondgebied opgelegd heeft (34). In overeenstemming met deze houding kwam het Florentijnse verbrekingshof ertoe, in een arrest van 13 mei 1918, te aanvaarden dat „het voor de eerste maal voor het verbrekingshof voorbrengen van een vreemde wettekst volgens geen enkel beginsel onontvankelijk zou zijn, daar het hier niet om een document gaat dat om zo te zeggen ter beschikking van een der partijen staat, maar om een vreemde wet" ; „de rechter mag en moet zelfs", vervolgde het Hof, „indien hij op de ene of andere manier kennis had van de bepalingen van de vreemde wet, ze ambtshalve toepassen, wanneer ze toepasselijk zijn" (35).

De door de verweerder in de zaak *Vivanti t. Figurati* aangehaalde reden tot verwerping van de voorziening, door het Italiaanse Hoogste Gerechtshof irrelevant bevonden, bepaalt in Frankrijk integendeel de houding van het Hof van cassatie :

> „Une analyse approfondie de la jurisprudence française nous met à même d'apprécier que, si la violation de la loi étrangère ne donne pas ouverture à cassation, la raison de cette restriction se trouve ailleurs que dans le prétendu caractère de fait de cette loi. En effet, c'est surtout la conception que la cour suprême a de sa propre mission qui dans le système juridique français, paraît avoir déterminé les règles du recours en cassation en matière de loi étrangère", schrijft GIULIANO (36). Deze gedachte vinden we reeds duidelijk uitgedrukt in een arrest van 15 april 1861, volgens hetwelk een vergissing in de uitlegging van een vreemde wet

(34) *Foro italiano*, 1897, I, 633 en v.
(35) Zaak Arguelles t. Zucchi, *Journal du droit international*, 1919, blz. 1136 en v.
(36) GIULIANO, M., *art. cit.*, blz. 16.

geen verbreking van het aangevallen arrest kon teweegbrengen, *„la cour de cassation, instituée pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de la jurisprudence, n'ayant pas la mission de redresser la fausse application des législations étrangères"* (37). Het is een gedachte die trouwens vrij dikwijls door de rechtsleer werd onderstreept, wanneer, zoals door LEREBOURS – PIGEONNIERE (38), het feit benadrukt werd dat de hoofdrol van het Hof erin bestaat *„d'assurer l'unité du droit français et non pas d'assurer l'unité d'interprétation française et étrangère d'un droit étranger"* (39).

Ook het Belgische Verbrekingshof kleefde in verschillende arresten deze houding aan (40). In Duitsland en Zwitserland is deze opvatting in een uitdrukkelijke wetsbepaling geformuleerd. Volgens het eerste lid van paragraaf 549 van het Duitse wetboek van burgerlijke rechtspleging, en naar luid van artikel 57 van de Zwitserse federale wet op de gerechtelijke inrichting, is de voorziening in revisie slechts ontvankelijk bij schending van een Duitse of Zwitserse federale rechtsregel.

Men moet opmerken dat deze reden van weigering om toezicht uit te oefenen op de toepassing van vreemd recht niet behoort tot het probleem waar onze aandacht naar uitgaat, namelijk de mogelijkheid van een toezicht van het Hoogste Gerechtshof op de toepassing van het gewoonterecht. Bij gewoonterecht gaat het inderdaad om nationaal recht.

205. HET OOSTENRIJKSE ANTWOORD.

In Oostenrijk werd het sedert het van kracht worden van het Wetboek van burgerlijke rechtspleging van 1895, het levenswerk van Frans Klein, nooit betwist dat schending van vreemd recht reden kon zijn tot voorziening in revisie (41). Paragraaf 503 van dat wetboek maakt geen onderscheid tussen de Oostenrijkse wet en de vreemde wet, wanneer hij bepaalt dat de voorziening in revisie gegrond is indien de aangevochten beslissing berust op een verkeerde juridische waardering van het geding. Sinds lang is de rechtspraak van het Hoogste Gerechtshof in die zin gevestigd, dat de vreemde wet in dit opzicht met de interne op gelijke voet geplaatst moet worden. Het Hof aarzelt niet de uitlegging na te gaan die de lagere rechters gaven van de krachtens de Oostenrijkse verwijzingsregel toegepaste vreemde wet. Zeker, er bestaat een verschil tussen de Oostenrijkse en de vreemde wet, maar het bestaat slechts hierin dat de rechter, hoewel verplicht ambtshalve het vreem-

(37) *DALLOZ*, 1861, I, blz. 420.
(38) *Précis du droit international privé*, Parijs, 1954[6], blz. 231.
(39) Zie ook BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, Parijs 1959[3], blz. 396, en ZAJTAY, blz. 104.
(40) Zie namelijk Verbr., 27 december 1918, *Pas.* 1919, I, 28 ; 19 maart 1931, *Pas.*, I, 122 ; 5 en 19 april 1937, *Pas.*, I, 99 en 115. Cfr. HAYOIT de TERMICOURT, R., Mercuriale van 1 september 1962, *J.T.* 1962, blz. 469.
(41) LEWALD, blz. 286 ; RABEL, *The Conflict of laws* V, 1958, blz. 374-500.

de recht toe te passen, niet geacht wordt de vreemde wet te kennen. Paragraaf 271 van het wetboek van rechtspleging, overeenstemmend met paragraaf 293 van het Duitse wetboek, geeft hem zelfs het recht zo nodig de tussenkomst van het Ministerie van justitie te vragen om de nodige inlichtingen te verkrijgen. Voor de rest wordt het vreemde recht op voet van gelijkheid met het interne recht behandeld.

206. HET ONTWERP VAN HET GRIEKSE WETBOEK VAN RECHTSPLEGING.

Het in 1953 uitgegeven ontwerp van het Griekse wetboek van rechtspleging schrijft in artikel 369 voor dat „de rechtbank ambtshalve en zonder bewijs rekening houdt met het in een vreemde staat van kracht zijnde recht en van de gewoonten", en dat zij „indien zij ze niet kent, er het bewijs van vorderen mag of ieder middel gebruiken mag dat zij nuttig achten zal, zonder zich tot de door de partijen geleverde bewijzen te beperken" ; in artikel 610 wordt gezegd dat de schending of verkeerde toepassing van het vreemd recht middel tot verbreking is. Ook het Portugese wetboek van burgerlijke rechtsvordering van 1939 (art. 521 en 722), toepasselijk in Kongo's nabuurland Angola, moet in dezelfde zin vermeld worden.

207. HET HOOGSTE GERECHTSHOF ALS DERDE INSTANTIE.

Zoals in Engeland, werkt in de Scandinavische landen (Zweden, Noorwegen, Denemarken, Finland, IJsland) het Hoogste Gerechtshof als een derde instantie, als een *„Court of final appeal"*, bevoegd voor een *revisio in facto et in jure* (42), zodanig dat het geen problemen meebrengt om toegang ertoe te verkrijgen wegens schending of verkeerde interpretatie van vreemd recht. Terwijl echter in de Scandinavische landen het beginsel niet betwist wordt volgens hetwelk het vreemde recht waarvan de toepassing geboden wordt door de verwijzingsregels van het forum, door de rechtbank ambtshalve toegepast kan worden (43), beschouwen de Engelse rechtsleer (44) en rechtspraak het vreemd recht als een *„question of fact"* : „De rechtbank bezit het recht niet de vreemde wet uit te leggen. De vreemde tekst die in de getuigenis van de experten ingeroepen wordt, mag slechts als een element van die getuigenis beschouwd worden, en als een hulpmiddel om een mogelijk con-

(42) VEEGENS, nrs. 18, 20, 73.

(43) KORKISCH, Der Anteil der Nordischen Landern an den Fragen des internationalen Privatrechts, *Rabels Zeitschrift* 1958, blz. 611 en v.

(44) Zie DICEY-KEITH, *Conflict of Laws*, 5de uitgave, blz. 859 en v. ; CHESHIRE, *Private International Law*, blz. 69 en v. In de zaken die behandeld worden door een rechter bijgestaan door een jury, worden de vragen in betrekking met het bewijs van vreemd recht nochtans door de rechter zelf opgelost, zonder aan de jury voorgelegd te worden. Cfr. *Administration of justice act*, 1920, 10 en 11 Geo. 5, chap. 81, sect. 15 ; *Supreme Court of judicature (consolidation) act* 1925 ; 15 en 16 Geo. 5, chap. 49, sect. 102.

flict tussen de experten op te lossen", verklaarde Lord WRIGHT. Om duidelijk te maken hoe de Kamer der Lords toezicht uitoefent met betrekking tot het toepassen van vreemd recht, kunnen twee belangrijke uitspraken, namelijk van 1924 en van 1932, vermeld worden. In beide gevallen ging het om de vraag of de rechtspersoonlijkheid van Russische banken die onder het tsaristisch regime als naamloze vennootschappen gesticht werden, door de sovjetwetgeving tenietgedaan werd (45). Russische juristen werden als expertgetuigen gehoord om de draagwijdte van de sovjetwetgeving te bepalen. In het eerste geval (46) vonden de Lords dat verweerster onvoldoende had bewezen dat de ontbinding van de eisers een gevolg van de nationalisatie zou zijn, terwijl na een nieuw onderzoek van dezelfde vraag in het tweede geval (47) het Hoog Gerechtshof de stelling aannam dat de sovjetdecreten het juridisch bestaan der genationaliseerde banken vernietigd hadden. Het waren de getuigenissen die de rechters ertoe brachten hun stelling te herzien. „Wat het Russisch recht betreft, staan we voor een feitelijke vraag", meent Lord WRIGHT, „waarmee een Engelse rechtbank niet ambtshalve rekening mag houden, zelfs indien dezelfde vraag reeds het voorwerp van bewijs in een ander geding heeft uitgemaakt : *„The Court must act upon the evidence before it in the actual case".* De Amerikaanse rechtbanken worden in beginsel evenmin geacht het vreemd recht te kennen dat ze eventueel zullen toe te passen hebben (48), en dit geldt in de meeste staten ook voor het recht der andere staten, met voorbehoud van het vermoeden tot bewijs van het tegendeel, dat de andere staten dezelfde *common law* hebben als het *forum.* Verscheidene staatswetgevingen hebben nochtans aan dat beginsel beperkingen gesteld, door de rechter toe te staan, of zelfs te verplichten, *„judicial notice"* te nemen van het vreemde recht (49).

208. DE NEGATIEVE BEANTWOORDING VAN DE GESTELDE VRAAG.

Frankrijk, België, Nederland, Luxemburg, Spanje, Griekenland, Duitsland en Zwitserland vormen de continentale rechtsgebieden, waarin de Hoogste Gerechtshoven de uitlegging van het vreemde recht dat toegepast moet worden overlaten aan de rechter ten gronde. De taak die men voor het Hoogste Gerechtshof te zwaar heeft geacht, rust dus volledig op de rechters die over de feiten oordelen. De steun en de leiding die van de hoogste rechter zouden kunnen uitgaan, worden hun onthouden.

(45) WORTLEY, The dissolution of foreign corporations in private international law in the light of the Russian bank cases, *British year book of international law,* 1933, blz. 1 en v.

(46) *Russian commercial and industrial bank v. Comptoir d'escompte de Mulhouse and others,* (1925) A.C. 112 ; *Clunet,* 1924, blz. 1081.

(47) *Lazard Brothers v. Midland bank* 1933, A.C. 289 ; *Clunet,* 1934, blz. 159.

(48) SOMMERICH, O.C., en BUSCH, B. The expert witness and the proof of foreign law, 38 *Corn. L.Q.* (1953), 125-160.

(49) Zie *Michigan law review,* XXX, 1931-32, blz. 747 en v. ; WACHTELL, *United states law review,* LXIX, 1935, blz. 526 en v. ; 580 en v.

Door een uitdrukkelijke tekst wordt alleen in Duitsland en Zwitserland dit toezicht aan de Verbrekingshoven ontzegd. Verscheidene auteurs hebben getracht aan te tonen dat deze teksten niet noodzakelijk de ontvankelijkheid verhinderen van een voorziening die op een schending van een vreemde wet gefundeerd is, zonder nochtans de traditionele uitleg die aan die tekst gegeven wordt te kunnen doen veranderen. Wat de Duitse rechtspraak betreft, wordt aan deze procedurale tekst nochtans een beperkend karakter gegeven, zodanig dat, terwijl paragraaf 377 van het wetboek van strafvordering en paragraaf 73 van de wet op de arbeidsrechtbanken (Arbeitsgerichtsgezetz) zonder nadere bepaling voor schending van een rechtsnorm de revisie voorzien, de rechtspraak en rechtsleer verbreking wegens schending van vreemd recht aannamen. Het grootste deel van de Duitse rechtsleer staat trouwens ook in burgerlijke zaken, *de jure condendo,* de uitbreiding van het toezicht van het Hoogste Gerechtshof voor, wat de uitlegging van het vreemde recht betreft. De toepassing en uitlegging van vreemd recht wordt anderzijds door de Duitse wetgeving, rechtspraak en rechtsleer geenszins beschouwd als een door de partijen te bewijzen (50) feitenkwestie, in tegenstelling met de Franse procedure-opvattingen.

In de andere vermelde landen bestaat hieromtrent geen tekst. De weigerachtige houding is er enkel aan de opvattingen van het Hoogste Gerechtshof te wijten, die een ongeschreven processuele regel deden ontstaan. Duidelijk omschreven en onwrikbaar kan men die houding van het Verbrekingshof in Frankrijk en België trouwens niet noemen. Sinds 1839, het jaar waarin het Belgische Hof zich voor de eerste maal over dit punt moest uitspreken, heeft het Hof de uitlegging van het vreemde recht door de rechter ten gronde *niet altijd* voor soeverein gehouden (51). Het jaar 1882 wordt gekenmerkt door een ommekeer in deze rechtspraak : procureur-generaal MESDACH DE TER KIELE volgt de zienswijze van LAURENT, die zich in zijn toen pas verschenen *„Droit civil international"* op de Franse rechtspraak inspireerde, en wordt door het Hof gevolgd :

> „attendu qu'en supposant que l'arrêt ait une interprétation erronée du droit anglais et ait admis à tort que ce droit permet à la loi du domicile de régler les causes du divorce, cette interprétation, dépouillée de toute contravention à une loi belge, n'est plus qu'une appréciation souveraine de fait".

Afgezien van enkele niet-conforme arresten (52), werd die houding gehandhaafd tot in 1961. Het arrest van 29 mei 1961 gooit het roer om : het verklaart dat de waardering door de rechter ten gronde van de draagwijdte van de vreemde wet slechts in zover soeverein is, dat ze *de termen van die*

(50) GIULIANO, *art. cit.*, blz. 6.
(51) HAYOIT DE TERMICOURT,, *J.T.*, 1962, nr. 4371.
(52) Arresten van 16 juli 1906, 11 juni 1914, 12 november 1935, aangehaald door HAYOIT de TERMICOURT, *ibid.*, noot 36.

wet niet miskent. Dit blijkt volgens Procureur-generaal HAYOIT DE TERMICOURT een terugkeer te zijn tot de houding van de eerste jaren (53).

Enkele maanden na dat arrest betrad ook het Franse verbrekingshof nieuwe paden, maar het formuleerde het anders : het heet daar dat de feitenrechter niet mag *„méconnaître et dénaturer le sens clair et précis d'un document législatif versé aux débats".* Met denaturatie wordt een grove verkeerde interpretatie bedoeld, maar niemand weet waar de grens ligt tussen een uitlegging die nog juist door de beugel kan en een andere. Dit is in elk geval een belangrijke inbreuk op het van meetaf aangenomen beginsel volgens welk het Hof weigert de interpretatie van de lagere rechtbanken te controleren (54). Deze minimumcontrole omtrent de „denaturatie" is trouwens niet de enige uitzondering die de Franse rechtspraak aannam : er wordt ten eerste een onderscheid gemaakt tussen de schending of verkeerde toepassing en de niet-toepassing ; in dit geval is er schending van de collisieregels en is verbreking mogelijk. Verbreking werd gedurende een zekere tijd eveneens mogelijk geacht, *„pour autant que la contravention à la loi étrangère soit devenue le principe d'une contravention à la loi française"* (55) ; men vindt dezelfde uitzondering in enkele Belgische arresten. Een derde uitzondering, die onder invloed van raadsheer AUDIBERT in zijn merkwaardig verslag aan de voltallige vergadering van het Verbrekingshof op 20 december 1950 werd aangenomen, wordt aangenomen in geval het probleem dat door de uitlegging van het vreemde recht gesteld wordt „een algemene draagwijdte heeft".

Deze uitzonderingen dragen er niet toe bij de ongeschreven processuele regel aannemelijk te maken volgens welke de schending of de verkeerde toepassing van het vreemde recht geen mogelijkheid tot verbreking biedt :

> *„Elles transforment cette règle en quelque chose d'incompréhensible et d'indéfendable,"* meent GIULIANO, *„il est assez évident que la jurisprudence française s'est servie de ces exceptions pour se libérer de la dite règle de procédure chaque fois qu'elle le jugeait utile. Il est également évident que, si l'on devaient (sic) s'en tenir à la logique et suivre une ligne de conduite cohérente, les raisonnements qui sont à la base de ces exceptions détruiraient complètement la règle de procédure à laquelle on se proposait simplement d'apporter quelques dérogations".*

Dit logisch niet meer te verdedigen beginsel wordt door een groot deel van de rechtsleer aangevallen (Bijvoorbeeld : Valéry, Weiss, Pillet, Bartin,

(53) Later volgden in dezelfde zin de arresten van 27 november 1964, *Pas.* 1965, I, 309 ; 10 december 1964, *Pas.* 1965, I, 364 ; 12 november, 1965, *Pas.* 1966, I, 336. De volledige ommekeer greep plaats in 1966 : het arrest van 15 december 1966 verwierp de voorziening (*J.T.* 1967, blz. 150) omdat de beschikkingen van de vreemde wet als dusdanig (*„en tant que fondé sur la violation"*) niet geschonden werden. Cfr. VANDER ELST, *art. cit.*

(54) BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé,* Parijs 1959, blz. 393.

(55) MARTY, blz. 129. België : Verbr., 11 mei 1855, *Pas.* 1855, I, 256 ; 9 maart 1871, *Pas.* 1871, I, 30 ; Cass. Lux., 12 juni 1888, *Pas. Lux.* II, blz. 539. Cfr. *Journal du droit intern.*, 1874, blz. 12 ; ZAJTAY, blz. 81.

Lapradelle, de Vareilles-Sommières, Arminjon, Lerebours-Pigeonnière, A. Rolin).

> *„En ce qui concerne la loi étrangère, il est à peine besoin d'indiquer la nécessité du contrôle de la cour suprême à un moment ou par suite de l'extension croissante des relations internationales et de l'immigration, les tribunaux nationaux sont, avec une fréquence accrue, dans l'obligation d'appliquer des règles de droit étranger : jamais il n'a été plus nécessaire d'unifier la constatation et l'interprétation de ces règles par nos tribunaux"* verklaarde MARTY in zijn meesterlijke studie over de cassatie, en ook MAURY meent : *„on ne peut guère contester que serait souhaitable l'application uniforme par les tribunaux français d'une disposition de droit étranger, uniformité que l'intervention de la cour suprême peut seule assurer".* In Griekenland is de kritiek der rechtsleer zeer scherp, ook in Spanje.

In Nederland neemt de Hoge Raad sinds een arrest van 4 juni 1915 (W. 9871 ; N.J. 1915, 865) in vaste rechtspraak aan, dat het vreemde recht in processen, die in Nederland worden gevoerd, niet moet worden behandeld als een feit dat door de belanghebbende partij moet worden gesteld en bewezen. Het vormt een „rechtsgrond" in de zin van artikel 48 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die de rechter zo nodig ambtshalve moet aanvullen. (Deze bepaling komt in de Franse en Belgische wetboeken niet voor). In het oorspronkelijke ontwerp van de nieuwe Nederlandse wet op de cassatie van 1963 was op initiatief van de Hoge Raad zelf voorgesteld ook cassatie wegens schending van vreemd recht mogelijk te maken.

> „Wegens schending van vreemd recht kan vernietiging slechts volgen, indien de Hoge Raad bestaan en inhoud van de rechtsregel zonder nadere bewijslevering met voldoende zekerheid vermag vast te stellen."

Bij de memorie van antwoord heeft de minister van Justitie dit voorstel ingetrokken. Een amendement uit de tweede Kamer tot herstel van de oorspronkelijke redactie is ingetrokken na mondeling overleg in de vaste Commissie voor justitie, waaraan ook een delegatie uit de Hoge Raad en zijn Parket heeft deelgenomen, een staatsrechtelijk novum.

De definitieve redactie is zó gekozen, dat Surinaams en Antiliaans recht in cassatie kunnen worden getoetst. Met het oog op de rijksband tussen Nederland en deze landen ging het niet op hun rechtsstelsel als vreemd recht te behandelen. Zij zijn geen „vreemde staten".

Alles wel beschouwd moet de gevallen beslissing, ook volgens VEEGENS (in een voordracht aan de Nederlandse vereniging voor rechtspraak van 8 mei 1964), worden betreurd : „Zij gaat in tegen de ontwikkeling in de ons omringende landen, waar de hoogste rechtscolleges meer en meer zijn overgegaan tot toetsing van buitenlands recht. Een bepaling, die cassatie zou

hebben opengesteld ingeval van klaarblijkelijke miskenning van buitenlands recht, zou ruimte hebben gelaten voor een verdere ontwikkeling, zonder de Hoge Raad te zeer aan banden te leggen".

209. DE REDENEN VOOR DE NEGATIEVE BEANTWOORDING VAN DE GESTELDE VRAAG.

Welke redenen doen in de minder progressieve rechtsstelsels de weigerachtige raadsheren gelden om de toegang tot het Hof op grond van schending van vreemd recht te weigeren ?

Men is schuilgegaan achter een gemeenplaats die herhaaldelijk gebruikt werd als een axioma, dat geen ander bewijs behoeft dan zijn klaarblijkelijkheid, namelijk dat inhoud en interpretatie van vreemd recht feitenkwesties zijn, en als zodanig aan het toezicht van het Verbrekingshof ontsnappen : *„la loi étrangère n'est pour nous qu'un simple fait du procès, susceptible d'être débattu comme les autres faits"*, zei in 1843 advocaat-generaal HELLO. Deze stelling werd door de Belgische procureurs-generaal en door bepaalde arresten van het Belgisch Hof opnieuw opgenomen. In zijn verslag voor de voormelde zaak *Gunguéné t. Falk en anderen* van 20 december 1950 aan het Franse Verbrekingshof, hield raadsheer AUDIBERT het erbij : *„l'existence et l'interprétation des lois étrangères sont des questions de pur fait, qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond et qui échappent au contrôle de la cour de cassation"*.

Uit de procedureregel dat de partij die vreemd recht inroept dit moet bewijzen, werd eigenlijk afgeleid dat de vreemde wet bewezen moet worden als een feit. ZAJTAY nu heeft aangetoond dat er niet het minste causaal verband bestaat, en dat men voorstander kan zijn van deze procedureregel, zonder hierom vast te houden aan de mening dat de vreemde wet een feitenelement is. Anderzijds kan men het karakter van rechtselement van de vreemde wet voorstaan zonder voor te stellen dat de procedureregels die erop van toepassing zijn, zouden gelijkgesteld worden met die welke in betrekking staan met het recht van het forum. Een bijna eensgezinde doctrine heeft deze zienswijze, als zou het vreemde recht waarvan de toepassing voorgeschreven werd door het recht van het forum een feitenelement zijn, bestreden (RIGAUX, nr. 80).

Een tweede rechtvaardiging ter staving van de stelling dat het Verbrekingshof geen toezicht uitoefent op de toepassing van het vreemde recht, werd reeds vermeld : het Hof zou slechts ingesteld zijn met het doel de wil van de nationale wetgever te doen eerbiedigen en de eenheid van de rechtspraak in de toepassing en de interpretatie van de nationale wet te handhaven. We gaan hier niet dieper op in, omdat deze reden uiteraard niet tegen het gewoonterecht kan ingeroepen worden, en haar weerlegging dus geen aarde aan de dijk brengt om onze stelling omtrent het gewoonterecht te

staven. Het is evenwel duidelijk dat de vreemde wet toegepast wordt omdat die toepassing bevolen wordt door een nationale rechtsregel, de verwijzingsregel ; het is eveneens klaar dat indien de nationale verwijzingsregel de toepassing van de vreemde wet gebiedt, hiermee een juiste, nauwkeurige toepassing bedoeld wordt. Bijgevolg is elke niet-toepassing of foutieve toepassing van de vreemde wet een inbreuk op de verwijzingsregel, dit wil zeggen een nationale rechtsregel (RIGAUX, nr. 239 a).

In feite gelden voor deze houding slechts praktische redenen. *„Des raisons pratiques expliquent seules, sans le justifier, le maintien d'une doctrine que condamne le caractère obligatoire des règles de droit international privé"*, zegt DONNEDIEU DE VABRES. De kennis van het bestaan en de inhoud van het vreemde recht vergen daden van onderzoek en instructie. Die moeilijkheden worden echter dikwijls overdreven : de ontwikkeling der internationale betrekkingen, de bijna algemene verspreiding der wetteksten maken tot een vrij zeldzame hypothese het geval waarin rechter en partijen de inhoud van de vreemde wet niet vermogen te bepalen. De bibliotheken van de ministeries van Buitenlandse Zaken, de universitaire instituten, het internationaal rechtskundig instituut te Den Haag staan de rechters en pleiters ten dienste. Misschien legde de rechtbank van Milaan, in de zaak *I.G. Farbenindustrie* van 10 juni 1949, de vinger op de wonde, toen zij de mening opperde dat die houding haar voornaamste steun vond in de inertie van de rechter, die maar al te graag een dikwijls lastig speurwerk wenst te vermijden. Men hoort een gelijksoortig verwijt in het proefschrift van EVRIGENIS (56) : *„Il est certain que selon les idées scientifiques actuellement reçues, on approuvera l'attitude de la Cour Suprême qui, à une paresse que tendent à idéaliser des arguments conceptualistes, préférera offrir son autorité, sa compétence et son amour de travail à la tâche de l'application correcte du droit étranger, et, à travers celle-ci, à la réalisation des buts du droit international privé"*.

Bij de bespreking van artikel 56 van het voorontwerp van de hervormingswet van het Frans burgerlijk wetboek, door raadsheren die in de commissie zetelden voorgesteld en bepalende dat *„l'interprétation des lois étrangères ne peut donner ouverture à cassation"*, zei MAURY trouwens de indruk te hebben dat de raadsheren last hebben van een slecht geweten, en daarom zouden willen zeggen : „we passen slechts een wettekst toe" ! Deze bepaling werd verworpen.

Naast die gemakzucht is er ook wel de vrees, het prestige, het gezag van het Hof in het gedrang te brengen ; *„sans aucun doute, c'est moins par suite d'une conviction raisonnée que par la crainte de s'aventurer sur un terrain insuffisamment balisé que s'expliquait la crainte traditionnelle de la Cour*

(56) EVRIGENIS, D., *L'application d'un droit étranger*, Salonique 1956, proefschrift besproken in *Rev.*, 1957, blz. 526.

suprême de dire quel est le sens effectif des règles juridiques étrangères". Recht spreken is nochtans verantwoordelijkheid op zich nemen (VEEGENS, nr. 74 ; RIGAUX, 239, (b)).

210. DE LEGE FERENDA.

Een jonge wetgever als de Kongolese mag zich de weelde veroorloven om de meest moderne theorieën in de rechtsleer tot de zijne te maken.

Is het noodzakelijk dat de Kongolese wetgeving *de lege ferenda* een bepaling zou opnemen om het op te richten Hoogste Gerechtshof de bevoegdheid te verlenen te verbreken wegens schending van vreemd recht, bijvoorbeeld Portugees of Zambiaans recht ? Raadsheer HALLEMANS schreef dat indien het Belgisch Hof zijn houding radicaal wou veranderen, hier zelfs geen wettekst voor noodzakelijk is (57). Deze beschouwing geldt ook voor Kongo. Aangezien het opzoeken en de uitlegging van vreemde rechtsregels nochtans kunnen vereisen dat er handelingen worden gesteld waartoe het bevel of waarvan de uitvoering niet in de gewone zending van het Hof begrepen zijn, is het wenselijk dat een bepaling in de organieke wetgeving over het Hoogste Gerechtshof de bevoegdheden van het Hof in dit opzicht zou bepalen.

In welk opzicht kan nu de houding die het Verbrekingshof tegenover het vreemd recht zou aannemen, invloed uitoefenen op de houding die het Hof zou aannemen ten opzichte van het gewoonterecht ? Die vraag kon gesteld worden vóór de uitvaardiging van de grondwet van 1967 die het beginsel invoerde dat verbreking wegens schending van gewoonterecht open staat.

Slechts één positief argument : indien het Hof, zoals de moderne doctrine en wetgeving, en zelfs de jurisprudentiële tendensen in de in dit opzicht minder progressieve rechtsgebieden het voorhouden, kennis mag nemen van de uitlegging van vreemd recht, ziet men niet in om welke doctrinale redenen het ook geen toezicht op de toepassing van het gewoonterecht zou uitoefenen. Het Hof heeft aldus duidelijk bewezen dat het zich bewust is van zijn taak te waken over de eenheid van gans het positieve Kongolese recht en over de correcte rechtstoepassing. Mocht het Hof echter weigeren te verbreken wegens schending of verkeerde toepassing van vreemd recht, dan is er geen argument uit te halen om toezicht over de toepassing van het gewoonterecht te weigeren, omdat de enige geldige theoretische reden voor deze houding, zoals we al zagen, zou zijn, dat het Hof zich uitsluitend geroepen acht over het nationale recht te waken. Uiteraard kan uit die reden die de houding van het Hof zou kunnen inspireren, niets gehaald worden om de stelling te bestrijden dat de schending van een ongeschreven regel van de lex fori een schending is van de wet, d.i. een schending van het recht dat zich aan de

(57) *Le fait et le droit.*

rechter opdringt en waarvan het hoogste gerechtshof de eenheid in de toepassing moet waarborgen. Men hoeft slechts naar de nieuwe Nederlandse wetgeving op de cassatie te verwijzen om dat duidelijk te maken, vermits naar luid van die wet verbreking wegens schending van gewoonterecht mogelijk is, maar niet wegens schending van vreemd recht.

§ 2. Cassatie en schending van een gewoonterechtsregel

211. ONGERECHTVAARDIGDE RECEPTIE VAN DE TRADITIONELE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN CASSATIE.

In Kongolees perspectief wordt in deze paragraaf, *de lege ferenda,* de vraag gesteld, of het wenselijk is dat het gewoonterecht in volle omvang onder de controle van de cassatierechter geplaatst wordt. We beperken ons in deze afdeling tot het stellen van die problematiek in het geschrevenrechtelijk stelsel.

In Nederland ontsnapte, tot voor de nieuwe wet op de cassatie van 20 juni 1963, de vraag naar inhoud en bindende kracht van een beroepsgewoonte aan het toezicht van de Hoge Raad (58) ; men kon zich in cassatie niet beroepen op schending van een gewoonterechtsregel, maar wel op niettoepassing ervan wanneer dat hoorde (59). In Frankrijk en België wordt nog steeds de bepaling van de inhoud van de gewoonte beschouwd als een feitenkwestie die aan de controle van het Verbrekingshof ontsnapt (60) ; wie een gewoonte inroept, moet ze met vaste en voortdurende feiten staven ; of hij daarin slaagt, wordt uitsluitend door de rechter over de feiten, niet door het verbrekingshof, beslist (61). Meer algemeen kan trouwens gezegd worden dat sinds vorige eeuw het Brusselse Hof constant uitdrukkelijk weigerde uitlegging en toepassing na te gaan van een Belgische ongeschreven rechtsregel (62). In België gaan stemmen op om de vraag te stellen of het nog te rechtvaardigen is bij de traditionele rechtspraak te blijven met betrekking tot het toezicht op de schending van de interne ongeschreven rechtsregels (63).

(58) *Nederlandse Jurisprudentie,* 1951, 492. VAN PRAAG L., *Rechtspraak en voornaamste litteratuur betreffende de wet op de rechterlijke organisatie in het beleid der Justitie,* 1925, II, 588 v.

(59) *Ibid.,* 1946, 465.

(60) *Verbr.,* 25 september 1947, 380 ; 19 februari 1953, 476 ; 15 maart 1965, 734 (aangehaald door RIGAUX, blz. 340, noot 10).

(61) *Verbr.,* 29 mei 1947, *Rw.* 1948-48, 834. De heersende leer in Frankrijk wil wel cassatie, indien die gebruiken waar de wet naar verwijst (*usages de droit*), zijn geschonden. Een uitzondering wordt echter gemaakt t.a.v. de gebruiken waar B.W. art. 1135, 1159 en 1160 naar verwijzen (*usages de fait*). Zie PACHE, A., *La coutume et les usages dans le droit privé positif,* Lausanne, 1938, 245. Deze uitzondering wordt niet gemaakt door LEBRUN, A., *La coutume,* 1932, 325. Zie verder het desbetreffende hoofdstuk XII bij PACHE, *op. cit.,* 243-253. Zie ook ESCARRA, J., *Cours de droit commercial* 1952, nr. 73. DE SMIDT, J.Th., *Rechtsgewoonten. De gebruiken en de plaatselijke gebruiken waarnaar het B.W. verwijst,* Amsterdam 1954.

(62) Bij voorbeeld : *Verbr.,* 28 juni 1820, *Pas.,* blz. 171 ; 3 januari 1837, *Pas.,* blz. 7 (aangehaald door VANDER ELST, *art. cit.,* blz. 145). Cfr. hoger, nr. 20.

(63) VANDER ELST, *art. cit.* FORIERS, P., L'ouverture à cassation en cas de violation d'une maxime de droit, *Rev. crit. Jur. B.,* 1967, blz. 139-149.

Wanneer vastgesteld kan worden dat het Hof van Cassatie zijn rechtspraak opgeeft met betrekking tot het toezicht op de schending 1° van het geschreven vreemd recht, zoals in de voorgaande paragraaf beschreven werd ; 2° zelfs van ongeschreven pretoriaans vreemd recht, zoals onmiddellijk aangetoond zal worden aan de hand van het arrest van 15 december 1966 ; 3° van ongeschreven regels van conflictueel recht ; 4° van algemene en minder algemene rechtsbeginselen, kan de gestelde vraag pertinent genoemd worden.

212. HET TOEZICHT OP HET PRETORIAANSE VREEMD RECHT.

Sinds een arrest van 15 december 1966 kan inderdaad gezegd dat het Hof zeer waarschijnlijk toezicht gaat uitoefenen op pretoriaans recht. In zijn besluiten schreef advocaat-generaal MAHAUX : „Indien men de ene (bepalingen van het Belgisch Burgerlijk Wetboek) en de andere (bepalingen van het Franse Burgerlijk Wetboek) tegenover mekaar plaatst, kan men vaststellen dat ze in gelijke bewoordingen zijn opgesteld en dat ze geen enkele wijziging ondergingen sinds de publicatie van het Burgerlijk Wetboek van de Fransen en van het Napoleontisch Wetboek. Een onderzoek van de rechtsleer en van de rechtspraak, in België zowel als in Frankrijk, laat trouwens blijken dat ze dezelfde uitleg kregen". En het Hof gaat in op die gedachte : „Overwegende dat de bepalingen van het Belgische en van het Franse burgerlijk Wetboek, op de schending waarvan een beroep werd gedaan . . . in gelijke bewoordingen opgesteld zijn en op dezelfde wijze uitgelegd worden, en dat het middel dus onontvankelijk is bij gebrek aan belang". De uitlegging van de tekst door de Franse rechtspraak werd dus door het Hof nagekeken.

> De Nederlandse, Franse en Belgische rechtspraak over dezelfde Codeartikelen kan uiteen lopen (64). Aldus is de opvatting over de aansprakelijkheid voor zaken, art. 1384 B.W. 1° lid, verschillend naargelang Belgisch dan wel Frans recht van toepassing is, – in beide gevallen afwijkend van de in Nederland heersende leer die een risico – aansprakelijkheid op grond van het gelijkluidende art. 1403 Ned. B.W. 1° lid afwijst (65).

Men mag zich dus afvragen wat er zou gebeurd zijn indien die in identieke termen opgestelde tekst op verschillende wijze in Frankrijk en België uitgelegd ware geweest ? *A contrario* redenerend mag besloten worden dat

(64) Zie in het algemeen MEIJERS, Uitlegging en toepassing in Nederland van aan den Code civil ontleende wetsvoorschriften, *Verz. Priv. Opst.* I., blz. 45 ; van DIEVOET, *Het Burgerlijk recht in België en Nederland van 1800 tot 1940*, blz. 377-386 ; WIARDA, J., Enige opmerkingen over rechtsvergelijking in het algemeen, *W.P.N.R.* 4172-4. Voor een concreet probleem : art. 970 B.W., Beroep Douai 7 mei 1901, *Clunet* 1901, 810, en 2 november 1933, *Revue* D.I.P., 1935, 126.

(65) PLANIOL-RIPERT VI, n° 612 ; MAZEAUD II[4], nrs. 1139-1141, DE PAGE II[2] n° 1002 en ASSER-RUTTEN, III. 2, blz. 573.

het middel ontvangen had kunnen worden, uitsluitend op grond van de verschillende uitleg, vermits het verworpen werd wegens de overeenstemmende uitleg.

Voor dit arrest bleek dat niet duidelijk, omdat cassatie op grond van pretoriaans recht technisch gegrond werd op de tekst waarin volgens een fictie de uitlegging van de rechtspraak versmolten werd (66). Die fictie blijkt niet bruikbaar, indien een zelfde tekst anders uitgelegd wordt in het buitenland dan door de inlandse rechtspraak. Het arrest van 15 december 1966 laat veronderstellen dat verbroken kan worden op grond van een gelijkluidend Frans en Belgisch wetsvoorschrift, dat echter door de respectieve rechtspraak anders uitgelegd wordt. Men zou dan m.a.w. staan voor een in dezelfde bewoordingen opgestelde tekst, maar voor verschillende ongeschreven rechtsregels, – want een bestaande rechtsregel wijzigen door eraan toe te voegen, of ervan af te nemen, omdat men hem juist wil toepassen, is in werkelijkheid niets anders dan een rechtsregel maken (67).

213. HET TOEZICHT OP ONGESCHREVEN COLLISIEREGELS EN OP ALGEMENE RECHTSBEGINSELEN.

Een voorziening kon evenmin op een ongeschreven regel van conflictueel recht gegrond worden, maar die technische klip werd omzeild door in de voorziening artikel 3 van het Burgerlijk wetboek aan te halen. Soms blijkt nochtans uit een meer expliciete uitspraak dat het Hof er niet meer voor terugschrikt (zij het samen met een tekst, maar zonder het eraan te verbinden), een beginsel of een ongeschreven verwijzingsregel in te roepen, en de schending ervan te bestraffen. Aldus in het bekende door de verenigde kamers uitgesproken arrest van 16 februari 1955 (68), dat verbreekt wegens schending van „artikel 3 van het Burgerlijk Wetboek alsmede van de in België aanvaarde regels van internationaal privaatrecht". In Nederland is de doorbraak van het ongeschreven recht voldongen door het arrest van 20 januari

(66) Hoewel beweerd wordt dat een rechtbank niet door gerechtelijk precedenten gebonden is, wordt dank zij deze fictie door het Hof van Cassatie de hand gehouden aan de door haar gewenste uitlegging. In Spanje gebeurt dit openlijker ; er kan verbroken worden op grond van de „*doctrina legal*". Een rechtsregel, geformuleerd in twee gelijkluidende beslissingen van de cassatierechter, heeft op grond van een oude traditie kracht van wet, zodat over schending daarvan in cassatie kan worden geklaagd. Het cassatiehof zelf kan op een „*doctrina legal*" terugkomen. Zodoende is een tussenvorm geschapen tussen de continentale gevestigde rechtspraak en het Angelsaksische precedent. (HERZOG, J.B., *Le droit jurisprudentiel et le tribunal suprême en Espagne*, Toulouse 1942, blz. 121 en 427).

(67) Men denkt hierbij aan het woord van CARNOT : „*(si les termes de la loi sont clairs, il ne faut pas en rechercher l'esprit pour s'autoriser à rechercher le moyen de nullité qui est invoqué. Si les termes de la loi ne sont pas clairs, il n'y en a pas violation ouverte ni conséquemment matière à cassation. Il n'y a aucun milieu entre ces deux propositions). Il n'est pas dans le domaine de la cour de cassation de faire les lois ; et c'est réellement en faire que de modifier celles qui existent, soit en y ajoutant, soit en y retranchant, sous le prétexte d'en faire une juste application.*" DALLOZ, *jurisprudence générale*, VII, *Cassation*, 1360.

(68) *J.T.* 1955, blz. 249, noot Foriers.

1961 (69), waarbij werd aangenomen dat de werking van het beruchte artikel 992 B.W. over het testament van een Nederlander in het buitenland kan worden ingeperkt door een ongeschreven regel van internationaal privaatrecht, in geval van nationaliteitswisseling tussen het maken van het testament en het overlijden, en het arrest van 17 mei 1962 (70), waarbij de Hoge Raad casseerde, omdat de rechtbank een wettelijke leemte (betreffende de voogdijvoorziening over Nederlandse minderjarigen na een echtscheiding in het buitenland) niet op een juiste wijze had aangevuld.

Ook de toepassing van algemene rechtsbeginselen (71) heeft het Hoogste rechtscollege, in Nederland (72) en België, aan zich getrokken door bij wetsartikelen in te lijven. De toestand bij het Belgische Hof van Verbreking heeft procureur-generaal CORNIL aldus beschreven : „U eist voorzeker dat het middel de aanwijzing van een wettekst bevat, maar U vergenoegt zich met de aanduiding van de tekst die aan de vindingrijkheid van de leer en van de rechtspraak heeft toegelaten de grondregel op te richten, ook al zou de door de leer en de rechtspraak gevolgde weg zeer lang zijn" (73).

Spreuken en algemene rechtsbeginselen, die men de juridische traditie mag noemen, noemt CARBONNIER het gewoonterecht van geleerde oorsprong ; zijn plaats is halverwege tussen eensdeels het gewoonterecht van volkse oorsprong en anderdeels de rechtspraak en rechtsleer (*Droit civil*, I, Parijs, P.U.F. 1955, blz. 96).
Over de algemene rechtsbeginselen : BOULANGER, M., *Etudes Ripert*, I, 1950, blz. 51 v.
Kenmerkende voorbeelden van Franse cassatiearresten die een beroep doen op traditionele spreuken, zonder op een tekst te steunen, en die spreuken uitleggen en er de draagwijdte van bepalen, zijn : Req. 15 juni 1892, S. 93. 1. 281 (verrijking zonder oorzaak) ; Civ. 29 maart 1950, D. 50, 396 (quae temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum). Er bestaan verzamelingen van spreuken ten behoeve van rechtspractici, bijv. DAGUIN, *Axiomes, aphorismes et brocards français du droit*, 1926.

(69) *R.v.d.W.*, 1962, afd. 4.
(70) *ibid.*, afd. 17.
(71) Artikel 18 van het Mexikaans burgerlijk wetboek staat de rechtbanken uitdrukkelijk toe een beroep te doen op de algemene rechtsbeginselen. Cfr. GORPHE, F., *les décisions de justice*, Sirey 1952, blz. 131, noot. 4. In Kongo behoort deze regel sinds de verordening van 14 mei 1886 tot het positieve recht.
(72) H.R. 13 november 1933, W. 12716, N.J. 1934, 975 : het recht van de bewindvoerder tot het neerleggen van zijn functie ; H.R. 30 oktober 1925, W. 11444, N.J. 1926, 1157 en 4 november 1955, 1956, nº 1 : het onderlinge verhaalsrecht tussen de medeplegers van een onrechtmatige daad ; H.R. 23 mei 1958, nº 527 ; de overgang van de rechtsvorderingen wegens belediging in geval van overlijden ; H.R. 30 januari 1959, nº 548 : de „*rechtsorde*" wordt beschouwd als bron van verbintenissen bij ongerechtvaardigde verrijking.
(73) Lichte wijzigingen aan de rechtspleging (1952), blz. 22. Zie voor Frankrijk ; BESSON, nrs. 1345-9.

214. HET TOEZICHT OP HET INTERNE PRETORIAANSE RECHT EN OP RECHTSGEWOONTEN.

Uitdrukkelijk wordt dan ook de vraag gesteld : *„ne peut-on souhaiter (. . .) qu'elle (la cour suprême) aille un peu plus loin encore dans la logique de son évolution en l'étendant au contrôle du droit positif belge (. . .)"*, en dus ook tot het pretoriaanse recht, *„ces indispensables règles de droit non écrites qui forment selon l'expression de PORTALIS : le vrai supplément de la législation"* (74). Men moet zelfs verder gaan en zich afvragen waarom dan het gewoonterecht niet in volle omvang onder de controle van de cassatierechter geplaatst kan worden. Deze verdere stap is niet moeilijk als het om notoire gewoonten gaat die met pretoriaans recht gelijkgesteld kunnen worden. Maar waarom niet tevens de niet-notoire gewoonten binnen de gezichtskring van de cassatierechter brengen ? De Nederlandse wetgever is terecht zo ver gegaan, op voor deze laatste categorie een later te bespreken beperking van het bewijs na. Aan het bewijs voor de rechter ten gronde van de niet-algemeen-bekende gewoonte en de eventuele onderzoeksmaatregel van het Hof van Cassatie wordt in afdeling IV aandacht gewijd.

215. DE EUROPESE RECHTSGEWOONTEN.

Wat men verstaat onder gewoonterecht in een geschreven rechtelijk stelsel, moet in het kort verduidelijkt worden (75). In Europa zijn algemene, over het gehele land geldende gewoonten zeldzaam geworden. Alle fundamentele regels van de samenleving zijn in de loop der eeuwen geleidelijk in de wet vastgelegd.

> „Though minor customs and usages spring up even nowadays, especially in commercial relationships, the great formative period of the more important customs belongs to the past" (ALLEN, blz. 124 en 65 v.).

(74) VANDER ELST, R., *J.T.* 1967, 145.

(75) De litteratuur over het gewoonterecht is onoverzienbaar. Een overzicht van de theorieën bij ROSS, *Theorie der Rechtsquellen* (1929), blz. 425. Voor Nederland : KOSTERS, *De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht* (1912), KAMPHUISEN, Gewoonterecht (1935), WERTHEIM, *De verhouding van het B.W. tot de gewoonte van 1838 tot heden*, Gedenkboek B.W., blz. 97, de SMIDT, *Rechtsgewoonten* (1954) en VEEGENS, nr. 75 en v., voor België : VAN DIEVOET, *Het burgerlijk recht in België en Nederland van 1800 tot 1940* (1943), blz. 233. Voor Frankrijk : GENY I., nrs. 109-134 en LEBRUN, *La coutume* (1932). KÜSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, Le c.c. et la coutume, *Etudes Capitant* 1937, blz. 403 v. CARBONNIER, J., *Droit civil*, A. I., Parijs, P.U.F., 1955, blz. 11-12, 20-21, 96-103. Voor Engeland : ALLEN, blz. 64, DENNIS LLOYD, *The idea of law*, hoofdstuk 10. Voor Duitsland : RÜMELIN, *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung* (1929), HENRICH, *Zur Problematik des Gewohnheitsrechtes*, Rec. Gény II, blz. 277, en ENNECCERUS-NIPPERDEY I. 1 (15), blz. 261. Voor Italië : BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padua 1942. In het volkenrecht : GUGGENHEIM, *Les deux éléments de la coutume en droit international*, in : *Etudes en l'honneur de Scelle*, Parijs 1950, I, blz. 275 en v. KUNZ, *The nature of customary international law*, in : *American journal of int. law*, 1953, blz. 662 en v. ; ZICCARDI, *La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche*, in : *Communicazioni e studi dell' Università di Milano*, X (1960), blz. 159 en v.

Voorts heeft zich in de maatschappij een zo ingrijpend differentiatieproces voltrokken, dat de voorwaarden voor het ontstaan van nieuwe algemene volksgewoonten nauwelijks kunnen worden verwezenlijkt. Het thans nog geldende gewoonterecht is óf plaatselijk óf beroeps- en bedrijfsgebruik. De inleidende titel van het Nederlands Ontwerp-Burgerlijk Wetboek stelt in artikel 6, lid 1, de plaatselijke gewoonte en het beroeps- of bedrijfsgebruik binnen hun eigen grenzen terecht gelijk met de algemene gewoonte.

Het is inderdaad praktisch onmogelijk te onderscheiden tussen gewoonte *(coutume, Gewohnheit)*, en gebruik *(usage, Verkehrssitte)*, naargelang het handelen al dan niet gepaard gaat met de overtuiging dat het zo en niet anders behoort te zijn (76). De leer is in Nederland terug te vinden in het door KAMPHUISEN en anderen verworpen (77) onderscheid tussen gewoonte en bestendig gebruikelijk beding. Zij berust op een overschatting van het gerechtigheidsgehalte van oude overgeleverde gewoonten in vergelijking met nieuw opgekomen handelsgebruiken. Aan een erkenning in rechte van de laatste was niet te ontkomen, ook als zij weinig meer waren dan een neerslag van machtsverhoudingen. De juristen herleidden ze daarom met een geliefde fictie tot de wil van de handelende partijen. Ook de vaak verkondigde mening, dat een contractueel gebruik alleen hen zou binden die het kennen, moet worden verworpen. Uit de vertrouwensleer volgt, dat het kunnen en moeten weten rechtens met de positieve wetenschap op één lijn wordt gesteld. Aan die eis is bij een voldoende ingewortelde gewoonte vanzelf voldaan. Wie in een universiteitsstad een studentenkamer huurt, is voor het academiejaar verbonden, als dit ter plaatse het gebruik is, ook al kende hij die regel niet.

216. DE NEDERLANDSE WET OP DE CASSATIE VAN 1963.

In Nederland heeft de wetgever zoals gezegd het nationale gewoonterecht nu binnen de gezichtskring van de Hoge Raad gebracht (78). „Als in de toekomst in cassatie kan worden geklaagd over schending van gewoonterecht", aldus de toelichting tot de wet, „zal het tot de taak van de Hoge Raad gaan behoren in geval van betwisting onderzoek te doen naar bestaan en inhoud van beweerd gewoonterecht. Deze taak sluit in beginsel mede in een zelfstandig onderzoek naar de feiten en omstandigheden, waarvan gelding en draagwijdte van de omstreden regel afhangen". Net zoals de Hoge

(76) Aldus KOSTERS, *op. cit.*, nr. 75, blz. 102, GENY, I. nº 130 en §§ 157 B.G.B. en 346 H.G.B.; daarentegen ASSER-SCHOLTEN, Alg. Deel, blz. 143 en LEBRUN, nrs. 297 en 343.

(77) KAMPHUISEN, blz. 113 ; MOLENGRAAFF I., blz. 12, met rechtspraak ; ASSER-SCHOLTEN, Alg. Deel^2, blz. 137 en VEEGENS, nr. 78.

(78) Dit volgt uit de omschrijving van de tweede grond van cassatie, die na heftige strijd in het parlement in de nieuwe wet als volgt luidt : „(beroep in cassatie is alleen mogelijk . . .) 2º wegens schending van het recht niet uitzondering van het recht van vreemde staten" (art. 99 R.O., eerste lid).

Raad of het Hof van Cassatie tot een dergelijk onderzoek kan worden geroepen met betrekking tot de vraag, of het voorschrift over wiens schending werd geklaagd bestaat (79). Zonder nadere voorziening zou de verruiming van de cassatie op dit gebied tot gevolg gehad hebben dat de Hoge Raad voor de noodzakelijkheid van een omvangrijk feitelijk onderzoek zou geplaatst worden. Met dergelijk onderzoek wilde de minister van Justitie de Hoge Raad niet belasten ; daarvoor achtte hij de lagere rechters meer geschikt, tot wier taak nu eenmaal de vaststelling van de feiten behoort. De bepaling van het 3de lid van artikel 99 R.O. (80) houdt, blijkens de toelichting op art. 405 R.V., een beperking in van de taak van de Hoge Raad, met betrekking tot het onderzoek van de feiten op grond waarvan het bestaan van een gewoonterechtsregel wordt beweerd of bestreden. *Is te dien einde bewijsvoering nodig,* dan kunnen de feiten alleen op grond van de bestreden uitspraak als vaststaand worden aangenomen. Voor de cassatierechter blijft daarbij de taak over te toetsen, of al dan niet in de vastgestelde feiten gewoonterecht besloten ligt.

De nieuwe bepaling wil voor de Hoge Raad nochtans niet een volstrekte gebondenheid scheppen aan de vaststellingen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten waaruit het bestaan of niet-bestaan van een regel van gewoonterecht is afgeleid, die te vergelijken zou zijn met de beperking van de feitelijke grondslag in cassatie. Zij laat de mogelijkheid open dat de Hoge Raad, oordelende dat er geen bewijsvoering nodig is, de vaststelling van de lagere rechter verbetert op grond van algemene bekendheid of algemene ervaringskennis. Op daaraan ontleende nieuwe feiten zal in cassatie met vrucht een beroep kunnen worden gedaan. Behoort de beweerde of bestreden regel dus tot het gewoonterecht, dan valt de nadruk op de gelding. De feiten op grond waarvan het „bestaan of niet-bestaan" van een gebruik in de bestreden uitspraak is aangenomen, worden geacht vast te staan, behoudens een mogelijkheid van verbetering op grond van eigen wetenschap van de Hoge Raad. De aangehaalde woorden beperken de taak van de cassatierechter tot een toetsing van de aldus gefixeerde ontstaansfeiten aan de criteria voor gewoonterecht. Zij zal voorts omvatten de controle op de uitlegging van de gevonden regel en op de toepassing die daarvan in de bestreden uitspraak is gegeven. Op deze punten legt de wet geen beperking.

Blijkens het voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie hebben enige leden de vraag opgeworpen, of men de Hoge Raad niet beter geheel vrij zou laten in de wijze waarop hij gewoonterechtsregels zal aanvaarden, behoudens dat hij geen getuigenverhoor kan gelasten. VEEGENS

(79) RIGAUX, nr. 66-67 ; Hoge Raad, 1946/181, 1949/494, aangehaald door WIELENGA, B.E., *Essai sur la cassation civile aux Pays-Bas,* Den Haag, 1952, blz. 67, en door VEEGENS, nr. 74, noot 4.

(80) „Feiten, waaruit het bestaan of niet-bestaan van een regel van gewoonterecht worden afgeleid, kunnen, voorzover zij bewijs behoeven, alleen op grond van de bestreden uitspraak als vaststaand worden aangenomen".

meent dat dit resultaat door de nieuwe wet bereikt is. Enige andere leden hadden er geen bezwaar tegen, de Hoge Raad de bevoegdheid te geven tot het onderzoek naar het bestaan van een gewoonte, hetzij door het verstrekken van een rogatoire commissie aan een lagere rechter, hetzij door het gelasten van een onderzoek door een raadsheer-commissaris uit zijn midden (81). Met betrekking tot het Kongolese Hoogste Gerechtshof zou men, *de lege ferenda*, met dit laatste voorstel akkoord kunnen gaan, alhoewel het de voorstanders van het klassieke cassatie-instituut een ketterij moet lijken (ZAJTAY, nrs. 110 en 113).

217. ITALIE, OOSTENRIJK, NOORWEGEN, GRIEKENLAND, DUITSLAND, ZWITSERLAND.

Algemeen wordt door de Italiaanse rechtspraak en de rechtsleer aanvaard dat een voorziening gegrond kan zijn op de schending van een gewoonterechtsregel (82). Het Italiaanse Hof van cassatie toetst de rechtskracht van de gewoonte, de omvang van haar werking en de verhouding tussen plaatselijk en algemeen gebruik, maar onthoudt zich eveneens van onderzoek naar de ontstaansfeiten.

In Oostenrijk is de onjuiste juridische beoordeling van de zaak grond tot cassatie en die grond wordt door de rechtspraak ruim opgevat, en omvat ook gewoonterecht (83).

In Noorwegen behoort de toetsing van het bestaan en de inhoud van gewoonterecht eveneens tot de taak van het hoogste gerechtshof (84), evenals in het Griekse ontwerp-Wetboek van rechtsvordering (artikel 610).

Zowel bij het *Reichsgericht* als bij het *Bundesgericht* kan worden geklaagd over schending van gewoonterecht. Het Duitse recht kent slechts een controle in volle omvang van het *Reichsgericht* op de toepassing van algemeengeldend gewoonterecht. Deze strekt zich mede uit tot de feitelijke grondslagen van de vaststelling. De Z.P.O. paragraaf 1549 laat revisie slechts toe wegens schending van rechtsvoorschriften waarvan de gelding zich uitstrekt buiten het ambtsgebied van de beroepsrechter. Daarmee is het plaatselijke gewoonterecht uitgebannen. Het *Reichsgericht* ging echter na of de lagere rechter de voor het gehele rijk geldende algemene rechtsbeginselen, die de vorming van gewoonterecht beheersen, had geschonden. Handelsgebruiken worden in de Duitse leer niet beschouwd als gewoonterecht, maar als ervaringsregels voor uitleg en aanvulling van overeenkomsten en worden tot de revisibele rechtsregels gerekend.

(81) VEEGENS, nr. 82, in fine.
(82) ASCARELLI, T., *Le fait et le droit*, blz. 118 ; *Rec. Lambert II*, blz. 745, noot 87.
(83) VEEGENS, blz. 45.
(84) *Ibid.*, blz. 47.

Volgens art. 43 van de Zwitserse wet levert alleen schending van bondsrecht grond tot cassatie op. Plaatselijke gebruiken worden tot het bondsrecht gerekend voor zover een federale wet ernaar verwijst. In die gevallen onderzoekt het *Bundesgericht* niet het bestaan van de door de lagere rechter vastgestelde gewoonterechtsregel. Het heeft zich echter het oordeel over de normatieve kracht van de vastgestelde feiten voorbehouden (85).

Tot besluit van dit overzicht mag gezegd worden dat in moderne geschreven rechtsstelsels, zoals het Nederlandse, het Oostenrijkse, het Duitse en Zwitserse, het Italiaanse en het Noorse, en in het Griekse ontwerp-wetboek, een rechterlijke beslissing kan aangevochten worden wegens schending van een rechtsgewoonte. Van het plaatselijk gewoonterecht nochtans gebeurt in Duitsland en Zwitserland de toepassing buiten het toezicht van het hoogste gerechtshof. Slechts in Duitsland en in het Griekse ontwerp-wetboek strekt de controle zich mede uit tot de feitelijke grondslagen van de vaststelling en is onderzoek naar de ontstaansfeiten toegelaten ; in Nederland is de cassatierechter vrij in de wijze waarop hij het bestaan van gewoonterechtsregels zal aanvaarden, zonder echter een getuigenverhoor te kunnen gelasten.

In het Kongolese recht blijkt het gewenst dat ook in het geschreven rechtsstelsel verbreking wegens schending van gewoonterecht – met inbegrip van de niet-notoire rechtsgewoonten – mogelijk wordt, en dat onderzoeksmaatregelen naar het bestaan en de draagwijdte van een rechtsgewoonte door het Hoogste Gerechtshof zou kunnen bevolen worden.

(85) *Ibid.*, blz. 146.

Afdeling III CASSATIE EN RECHTSGEWOONTE IN DE GEWOONTERECHTSSTELSELS

218. HET BELGISCHE HOF VAN CASSATIE, EN HET OVERZEES GEWOONTERECHT.

In Kongo kon er geen voorziening in cassatie ingesteld worden tegen in laatste aanleg gewezen vonnissen van gewoonterechtbanken. Uitdrukkelijk werd die mogelijkheid uitgesloten door artikel 1 van de wet van 15 april 1924 die de bevoegdheid van het Belgische Hof van Cassatie in zaken van burgerlijk- en handelsrecht tot Kongo uitbreidde (86).

Niet uitdrukkelijk uitgesloten waren dus de voorzieningen tegen vonnissen of arresten van rechtbanken of hoven van geschreven recht waarin Afrikaanse rechtsgewoonten werden toegepast, tegen vernietigings- of verwerpingsvonnissen van parketrechtbanken, tegen vonnissen in beroep of in vernietiging van districtsrechtbanken na het van kracht worden van het decreet van 16 september 1959 op 15 maart 1960. Tegen dergelijke vonnissen of arresten werd echter nooit een voorziening ingesteld : ze was inderdaad bij voorbaat tot verwerping gedoemd, vermits de door het Hof van Cassatie te volgen regels de Belgische waren volgens artikel 2 van de vernoemde wet van 15 april 1924, en vermits men weet dat het Hof te Brussel niet wegens schending of verkeerde toepassing van rechtsgewoonten verbreekt.

De toestand was aldus duidelijk : in het gewoonterechtsstelsel en in verband met de rechtspraak van de gewoonterechtbanken, werd het laatste woord nooit door het Hoogste Gerechtshof uitgesproken. In deze afdeling wordt nagegaan welke in dit opzicht de toestand was in de vroegere Franse en Engelse gebieden, en in de nieuwe Frans- en Engelssprekende Afrikaanse republieken. Er wordt eveneens een voorbeeld gezocht in een buiten Afrika liggend rechtsgebied, het Indonesische namelijk, dat een rechtsstelsel kent dat met het Kongolese vergeleken kan worden.

§ 1. Frans Afrika

219. HET FRANSE HOF VAN CASSATIE EN HET OVERZEES GEWOONTERECHT.

Het Franse noch het Belgische Hof van Cassatie hebben met betrekking tot het Afrikaans gewoonterecht de leidinggevende rol gespeeld die in Engels-

(86) *Codes*, II, blz. 90-93 ; *B.O.* 1924, blz. 448 ; gewijzigd bij de wet van 25 februari 1925 (*B.O.*, blz. 165) en van 15 juni 1959 (*B.O.*, blz. 1841).

sprekend Afrika, zoals zal gezien worden, de gerechtelijke commissie van de Private Raad gespeeld heeft. Als voorbeeld van hun denkhouding kan een Frans cassatiearrest vermeld worden dat de voorziening verwierp, – de rechtsvraag betrof de geldigheid van een verkoop tussen echtelieden –, omdat het Hof zich niet bevoegd achtte toezicht uit te oefenen op de uitlegging van Anamitisch gewoonterecht dat door de Franse openbare macht noch opgesteld, noch afgekondigd werd.

De zaak Huyen van Sun t. Ho-thi-lang (87)

„LA COUR ; – Sur l'unique moyen pris de la violation des art. 1595 et s., C. civ., des dispositions de la loi annamite, de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale : –

Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré valable une vente entre époux, alors qu'en droit annamite la vente entre époux est juridiquement inconcevable et alors, au surplus, que, si la loi annamite était considérée comme muette, comme n'ayant pas décidé expressément du sort de telles transactions, il y avait lieu d'appliquer la loi française comme raison écrite au regard de laquelle la vente incriminée constituait soit une donation déguisée révocable à volonté, soit une vente entre époux, nulle en dehors des cas expressément prévus par l'art. 1595, G. civ., –

Mais attendu que, pour statuer ainsi qu'il l'a fait, l'arrêt attaqué, rendu en matière indigène et entre indigènes, s'est fondé sur la loi et coutume annamite ; –

Attendu que cette loi et cette coutume n'ayant été ni rédigées, ni promulguées par la puissance publique française, leur interprétation échappe au contrôle de la Cour de cassation ; –

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Saïgon le 26 août 1926, etc."

Een vonnis van een inlandse rechtbank (88) kon evenmin als in België, in cassatie aangevochten worden. Wanneer het bestreden vonnis daarentegen uitgesproken werd door een rechtbank van geschreven recht, mocht het Hof slechts toezicht uitoefenen op de toepassing van de rechtsregelen van lokaal statuut indien die opgesteld en gecodifieerd werden door de wetgevende of verordenende macht (89) ; het Parijse Hof weigerde eveneens voorzieningen te ontvangen die op schending van Islamitisch recht gegrond waren (90).

(87) Cass. – req., 29 oktober 1928, S. 1929, 1, 41, noot SOLUS. APPERT, Du rôle de la Cour de cassation dans l'application des lois étrangères ou indigènes, *Rev. de dr. international privé*, 1913, blz. 352.

(88) Over de organisatie van de inlandse rechtbanken, cfr. J. CHABAS, *Jurisclasseur de procédure civile*, 4de aanhangsel, art. 443 tot 473, en La justice de droit local en A.O.F., *Revue de l'union française*, 1958, blz. 748.

(89) ROLLAND, L., en LAMPUE, P., *Droit d'Outre-mer*, Dalloz, 1959, blz. 390.

(90) In de materies aangeduid door artikel 5 van het decreet van 20 november 1932 moest er in beroep geoordeeld worden volgens het Islam-recht en volgens de Islamitische vormen (*Rev. jur. et pol. de l'Union fr.*, 1949, nr. 2, 488).

220. DE HOMOLOGATIEKAMERS.

De rol van Hof van Verbreking werd ten opzichte van de inlandse rechtbanken vervuld door een bijzondere vernietigingsrechtbank (in A.O.F., Togo en Madagascar *Chambre d'Annulation* genoemd ; in A.E.F. en Kameroen *Chambre d'Homologation*). Het betrof hier een afdeling van het Hof van Beroep zetelend in Dakar en Brazzaville, dat als opperste controleorgaan voor de vonnissen van de inlandse rechtbanken fungeerde. Die kamers waren bevoegd alle uitspraken van de gewoonterechtbanken te bekrachtigen of te vernietigen, met in dit laatste geval verwijzing van de zaak naar de betrokken lagere rechtbank. Vernietigd kon worden wegens vormverzuim, dat meestal bestond in het niet-aangeven van de toegepaste gewoonte, of wegens onjuiste uitlegging van de gewoonte. De op deze laatste grond gebaseerde vordering in vernietiging hoorde door de procureur-generaal ingesteld te worden. Naar luid van art. 36 van het decreet van 31 juli 1927 waren deze kamers samengesteld uit : de voorzitter van de Hogere Rechtbank, een Europees ambtenaar en vooraanstaande inlanders als assessoren ; de procureur van de republiek of zijn substituut vervulde de functie van openbaar ministerie ; de griffier was die van de Hogere Rechtbank. Sinds de hervorming van 1946 werd de speciale Homologatiekamer samengesteld door de voorzitter van het Hof van Beroep of een door hem aangeduid raadsheer, een beheerder van de overzeese Franse gebieden en een Afrikaans vooraanstaande, beide aangeduid door de Hoge Commissaris van de Republiek. Tijdens de periode van de institutionele communauteit volgens wetten van 1959 en 1960 (91) vormde in elke Republiek een afdeling van het Hof van Beroep een nationale bijzondere homologatiekamer.

221. DE NATIONALE HOOGSTE GERECHTSHOVEN.

Sinds de onafhankelijkheid is Togo de enige republiek gebleven waar een wet op het Hoogste Gerechtshof in dit opzicht geen verandering aankondigt, en waar de voorzieningen in annulatie tegen vonnissen van gewoonterechtelijke (en politie-) rechtbanken moeten gebracht worden voor een formatie van het Hof van Beroep genaamd *Chambre d'Annulation*, dus niet voor het Hoogste Gerechtshof. In de andere republieken hebben de wettelijke bepalingen op de Hoogste Gerechtshoven de bevoegdheid van die Hoven in zake lokaal of traditioneel recht ten minste in het vooruitzicht ge-

De Herzieningskamer van het Hof van beroep van Algiers (decreet van 25 mei 1892) kon in zake persoonlijk statuut, erfopvolging en onroerende goederen, slechts oordelen over schending van de gewoonte en van Musulmaans recht, maar niet over de schending van de vormen (*Rev. jur. et pol. de l'Union fr.* 1949, nr. 1, blz. 83).

Een verordening van 23 november 1944 brengt hier verandering : alle in kracht van gewijsde gegane vonnissen van Islamitische rechtbanken kunnen aangevochten worden hetzij voor het Hof van cassatie wegens schending van geschreven recht, hetzij voor de Herzieningskamer wegens schending van Musulmaans recht, van gewoonterecht of van de vormen.

(91) JEOL, nr. 14 en 57. Zie *Rev. Jur. et Pol.*, 1963, blz. 541.

steld (92). Tenlaatste bij de installatie van de Hoogste Gerechtshoven betekent dit (behalve in Kongo-Brazzaville en, voorlopig, in Gabon) afschaffing van de annulatie- of homologatiekamers (93).

In Kongo-Brazzaville, Dahomey, Niger en de Centraalafrikaanse republiek schrijven de wetten (94) op het Hoogste Gerechtshof uitdrukkelijk verbreking voor wegens *„violation de la loi et de la coutume"*. In de wet van Madagascar staat : *„la violation des coutumes est assimilée à la violation de la loi"*. In de wetgevingen van bepaalde republieken treft men overgangsbepalingen aan als deze : *„les pouvoirs dévolus à la chambre d'annulation par la loi 59-98 du 14 août 1959 sont attribués à la Cour Suprême, chambre judiciaire ; dans ce cas elle est complétée par deux notables"* (art. 199, Ivoorkust) ; *„la Cour suprême se trouve saisie au 1r janvier 1960 de tous les recours sur lesquels la cour de cassation et la chambre spéciale d'homologation saisie par pourvoi du procureur général n'ont pas statué"* (art. 60, eerste lid, verordening nº 59-86 van 17 december 1959 van Kameroen). In andere republieken wordt voorgeschreven dat de hervormde (M. JEOL, *op. cit.*, nr. 58, noot 2) bijzondere vernietigingskamer blijft functioneren tot aan de installatie van een Hoogste Gerechtshof (Centraalafrikaanse Republiek, Opper-Volta, Niger, Tsjaad). In Gabon wordt er een *section d'annulation* voorzien in het Hoogste Gerechtshof. In Kongo-Brazzaville en voorlopig ook in Gabon functioneert er een *chambre d'annulation de droit local* in het Hof van Beroep, alhoewel er reeds een Hoogste Gerechtshof opgericht werd. Vermeld mag worden dat de verschillende wetgevingen 2 of 4 assessoren op cassatieniveau in gewoonterechtelijke zaken voorschrijven (behalve in Kameroen en Gabon).

222. EEN BEPERKTE LEIDINGGEVING OP GEWOONTERECHTELIJK GEBIED. ENKELE VOORBEELDEN VAN ARRESTEN VAN NATIONALE HOOGSTE GERECHTSHOVEN.

Leest men de verzameling arresten van een jong Cassatiehof als dat van Yaounde of van Dakar na, dan kan men zich niet van de indruk ontdoen dat behalve op het gebied van vormverzuim en van strijdigheid met de openbare orde (gebieden die door de Kongolese parketrechtbanken eveneens gecontroleerd werden), er weinig leiding gegeven wordt in het gewoonterecht. Zolang de rechtspleging van die Hoven klakkeloos die van Parijs blijft navolgen, zal er weinig aan veranderen. Er zou een onderzoek naar bestaan en betekenis van een gewoonterechtsregel moeten kunnen bevolen worden.

(92) In Algerië maakte de instelling van een *„chra"* kamer van het Verbrekingshof een einde aan het bestaan van de muzelmanse revisiekamer van het Beroepshof, van Algiers.
ROUSSIER, J., De l'unification de l'organisation judiciaire en Algérie, *Rev. Jur. et Pol.*, 1959, blz. 596.

(93) JEOL, nr. 63.

(94) Zie Titel I, hoofdstuk I, noot 24.

Er volgen enkele voorbeelden van arresten, die gemakkelijk met vernietigingsvonnissen van Kongolese parketrechtbanken kunnen vergeleken worden.

Weduwe Bekombé Moudissa t. Vrouw Ebellé Dikoumé (95)

Het vonnis dat geen antwoord geeft op de besluiten van de partijen en dat de rechtsgewoonte waarop het gesteund is niet formuleert, is vernietigbaar :

„LA COUR,

Vu le mémoire ampliatif de Me Bonnard, avocat-défenseur à Douala, déposé le 8 juin 1963 ;

Sur les moyens substitués d'office à ceux proposés et pris de ce que, pour reconnaître à la dame Ebellé un droit d'usufruit sur la terre litigieuse, l'arrêt attaqué se fonde :

1° Sur le fait que cette terre appartenait, de son vivant, au père de la dame Ebellé, sans répondre aux conclusions de la demanderesse au pourvoi qui soutenait le contraire ;

2° Sur l'occupation continue par la dame Ebellé sans énoncer la coutume en cette matière, ce qui ne permet pas d'en contrôler l'application ;

Attendu que l'arrêt attaqué reconnaît à la dame Ebellé un droit d'usufruit sur la terre, dont dame Bekombé, au nom de son fils mineur, revendique la pleine propriété ;

Que la Cour d'appel fonde sa décision, d'une part, sur le fait que cette terre appartenait, de son vivant, au père de la dame Ebellé, d'autre part, sur l'occupation continue de la terre par la dame Ebellé ;

Attendu que ces énonciations ne suffisent pas à permettre à la Cour Suprême de contrôler la légalité de la décision, l'arrêt n'ayant ni répondu aux conclusions de la dame Bekombé contestant l'origine de la terre litigieuse, ni énoncé la coutume qui conférerait un droit d'usufruit à l'occupant ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE l'arrêt rendu le 11 janvier 1963 par la Cour d'appel de Douala ;

REMET en conséquence la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant ladite décision et pour y être fait droit, les RENVOIE devant la Cour d'appel de Yaoundé ;

RESERVE les dépens ;

DIT que la taxe de pourvoi sera remboursée à la demanderesse ;

ORDONNE qu'à la diligence de M. le Procureur général de la Cour Suprême le présent arrêt sera imprimé et sera transmis pour être transcrit sur les registres du greffe de la Cour d'appel de Douala et que mention en sera faite en marge ou à la suite de la décision annulée".

(95) Arrest nr. 47 van 11 februari 1964, *Bulletin des arrêts*, nr. 10, blz. 791.

Bengono Paulette t. Biomo Claude (96)

Het arrest dat een gewoonterechtelijk huwelijk als geldig beschouwt, op de voltrekking van de gewoonterechtelijke vormen steunt, en dat deze niet opsomt en nalaat de toegepaste rechtsgewoonte te noemen, is vernietigbaar ; eveneens het arrest dat uitspraak doet over niet-gevraagde zaken of op impliciete wijze de vordering verwerpt, zonder de redenen hiervoor aan te geven ; ook het arrest dat een persoon veroordeelt die geen partij is in het geding.

„LA COUR,

Vu le mémoire ampliatif de Me Carciu, avocat-défenseur à Yaoundé, déposé le 24 février 1962 ;

Sur les moyens soulevés d'office pris de la violation des articles 3 de l'ordonnance du 17 décembre 1959 et 44 du décret du 31 juillet 1927, excès de pouvoir et manque de base légale, en ce que, d'une part, pour déclarer valable le mariage coutumier du sieur Claude Biomo et de la dame Paulette Bengono, la Cour d'appel n'a énoncé ni la coutume applicable ni les rites coutumiers établissant l'existence de ce mariage dont la date n'a pas, au surplus, été indiquée, ce qui laisse indécise la filiation des enfants de la dame Bengono, et que, d'autre part, l'arrêt attaqué a prononcé le divorce aux torts de la femme sans faire état d'une demande reconventionnelle du mari et sans relever les griefs sur lesquels la décision se fondait, omettant, en outre, de statuer sur la demande de la dame Bengono ainsi que sur la garde de ses enfants, qui faisaient cependant l'objet principal du litige, et condamnant, enfin, au remboursement de la dot Nkoumou, beau-frère de Biomo, qui n'était pas partie à l'instance ;

Attendu que l'arrêt attaqué a reconnu valable le mariage de Claude Biomo et de Paulette Bengono en se fondant sur l'accomplissement de rites coutumiers qu'il n'énumère pas et omettant d'énoncer la coutume dont il fait application, négligeant, au surplus, d'indiquer la date de ce mariage, ce qui laisse indécise la filiation des enfants de la dame Bengono ;

Attendu que la Cour d'appel a, d'autre part, prononcé le divorce des époux aux torts de la femme qui apparaît, cependant, avoir été seule à formuler une demande en divorce ; que le juge d'appel n'énonce pas les griefs qu'il a retenus et omet de statuer sur la demande de la dame Bengono ainsi que sur la garde de ses enfants, qui faisait l'objet principal du litige ; que l'arrêt condamne, enfin, au remboursement de la dot le beau-père de Biomo, Nkoumo, qui n'était pas partie à l'instance ;

Attendu qu'en statuant ainsi la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs et n'a pas donné de base légale à sa décision ; que celle-ci, au surplus, dépourvue de motifs lorsqu'elle se prononce sur choses non demandées ou qu'elle rejette implicitement la demande, est insuffisamment motivée sur les autres points qu'elle tranche ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE l'arrêt nº 27 rendu le 30 octobre 1963 par la Cour d'appel de Yaoundé ;"

(96) Arrest nr. 74 van 9 juni 1964, *Bulletin des arrêts*, nr. 10, blz. 812.

Eloundou en Atangana Brigitte t. Atémengué (97)

Het vaderschap kan slechts de bloedbanden tot grond hebben, met uitsluiting namelijk van alle beschouwingen over de bruidsprijsbetaling aan de ouders van de moeder van het kind.

„Sur le moyen soulevé d'office, pris de la violation des articles 3 et 37 de l'ordonnance du 17 décembre 1959, 13 de l'arrêté du 16 mars 1935 organisant l'état civil, et des principes d'ordre public exposés dans le préambule de la Constitution en ce que l'arrêt confirmatif a attribué à Atémengué la paternité de deux des trois enfants nés de la femme Atangana parce qu'il avait versé une dot sur cette femme, sans relever les circonstances qui rendaient certaine cette paternité ;

Attendu que la paternité ne peut avoir pour fondement que l'existence de liens du sang, à l'exclusion notamment de toutes considérations sur le versement d'une dot aux parents de la mère de l'enfant ;

Attendu que la preuve de la filiation naturelle, que le législateur n'a pas réglementée, doit au moins résulter de présomptions graves, précises et concordantes ;

Attendu que l'arrêt attaqué, pour confirmer le jugement admettant la reconnaissance d'enfants nés après le versement d'une dot, se contente de constater que „la plupart des témoins ont admis implicitement mais nécessairement que ces enfants étaient issus des œuvres de Atémengué", qui les réclamait ;

Attendu que ces énonciations, qui font apparaître l'impression des témoignages recueillis, sont insuffisantes pour établir la filiation contestée, la dame Atangana, affirmant que Atémengué n'était pas le père de ses enfants ;

Attendu, au surplus, qu'en décidant que les deux enfants nés sur la dot appartiennent au „doteur" et en reconnaissant que le troisième, né dans les mêmes conditions, n'était pas de lui mais était issu du sang d'un amant, le juge du fond s'est contredit ;

Que la contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE (. . .)".

Nguéa t. Quan (98)

Wanneer de erflater een persoonlijk gewoonterechtelijk statuut heeft, moet de geldigheid van zijn testament gewaardeerd worden in verband met de gewoonte van de de cujus. De gewoonte legt geen vormen op.

Terecht hebben de rechters ten gronde de Douala-gewoonteregel die de meisjes van de erfopvolging uitsluit strijdig met de grondwet verklaard. Indien een vreemdeling aan de familie in beginsel niet als voogd kan aangeduid worden, verbiedt de gewoonte het familiehoofd niet bij testament de voogdij over zijn kinderen te regelen op de manier die hij met het oog op hun belangen de beste acht.

(97) Arrest nr. 41 van 14 januari 1964, *Bulletin des arrêts*, nr. 10, blz. 789.
(98) Arrest nr. 67 van 11 juni 1963, *Bulletin des arrêts*, nr. 8, blz. 554.

„LA COUR,

Sur le premier moyen pris de la violation de la loi et de la coutume, violation de l'article 970 du code civil, violation des règles de dévolution successorale et de l'organisation de la tutelle en matière coutumière ;

Sur la première branche :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir admis la validité du testament de Kwédi Nguéa Maurice alors que les règles prescrites par l'article 970 du code civil n'ont pas été observées, le testament dit olographe n'ayant pas été écrit de la main du testateur ;

Attendu qu'il n'est pas contesté que le testateur était de statut personnel coutumier, que par suite la validité du testament doit être appréciée au regard de la coutume du défunt conformément à l'article 51 du décret du 31 juillet 1947 ; que la coutume n'imposant aucune forme spéciale, il n'était pas interdit au testateur de recourir à telle forme du droit écrit, sans que pour autant la validité du testament relevât de ce droit ; qu'ainsi en l'espèce la nullité du testament ne saurait être invoquée sur la base de l'inobservation des dispositions de l'article 970 du code civil, le testament étant d'ailleurs improprement dénommé olographe ;

D'où il suit qu'en cette branche le moyen n'est pas fondé ;

Sur la seconde branche :

Attendu que le de cujus ayant institué ses filles héritières de ses biens, le demandeur fait grief à l'arrêt d'avoir en validant ces dispositions violé la coutume douala en matière de dévolution successorale laquelle excluerait les filles de la succession ;

Attendu qu'il est énoncé à l'arrêt „que la coutume invoquée, dans la mesure où elle établit une discrimination fondée sur le sexe, va à l'encontre de la Constitution, laquelle a posé une fois pour toutes le principe de l'égalité des sexes ; que de ce fait ladite coutume ne saurait recevoir la sanction des tribunaux ; que la vocation héréditaire de la femme apparaît ainsi désormais comme indiscutable" ;

Attendu que cette appréciation souveraine par les juges du fond de l'évolution de la coutume en accord avec les principes proclamés par la Constitution échappe à la critique de la Cour Suprême qui ne saurait y contredire ;

Attendu enfin en la troisième branche qu'il est reproché au testament et à l'arrêt d'avoir encore violé la coutume et les règles de l'organisation de la tutelle en confiant celle-ci à un étranger ;

Attendu que si en principe un étranger à la famille ne peut être désigné comme tuteur, il n'est pas établi ni même allégué que la coutume interdit au père de famille d'organiser par testament la tutelle de ses enfants de la manière qu'il juge la plus propre à protéger leurs intérêts ; que sur ce point, la Cour Suprême ne peut que s'en rapprocher aux juges du fond, alors surtout qu'en l'espèce il est constaté que cette désignation répond à l'intérêt des enfants du de cujus ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen pris de la violation des articles 3 paragraphe 2 et 37 paragraphe 2 de l'ordonnance du 17 décembre 1959, défaut en insuffisance de motifs, manque de base légale, interprétation manifestement erronée des dispositions testamentaires appliquées, en ce que l'arrêt utilise le testament de Kwédi Nguéa Maurice pour disposer en faveur de ses filles de biens dépendant de la succession de Nguéa Noé, biens qui n'appartiennent pas à Kwédi Nguéa Maurice, mais à Nguéa

Lottin qui les a reçus dans la succession de Nguéa Noé à la mort de celui-ci ;

Attendu qu'il résulte des dispositions testamentaires que Nguéa Noé était constitué héritier du testateur son frère Kwédi Nguéa Maurice si ce dernier décédait sans postérité mâle ou femelle ;

Que l'héritage ne serait que de moitié si le de cujus laissait un enfant garçon ou fille dont Nguéa Noé serait le tuteur et auquel il remettrait à sa majorité la part de l'héritage lui revenant ;

Qu'enfin si Nguéa Noé décédait sans postérité, ce qui fut le cas, le ou les enfants, filles ou garçons, de Kwédi Nguéa Maurice recouvreraient la totalité de la succession de leur père ;

Attendu dès lors qu'en décidant que „les nommées Kwédi Mandoné Pauline et Kwédi Nguéa Colette sont les seules héritières de leur père Kwédi Nguéa Maurice" et en infirmant en conséquence le jugement en ce qu'il a déclaré le demandeur Nguéa Lottin cohéritier de feu Kwédi Nguéa, la Cour a fait une exacte interprétation des clauses du testament dont la validité n'est pas contestable ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi (. . .)"

Nanga Minkada t. Zogo (99)

De procedure tot erkenning van grondrechten hangt af van het initiatief van de belanghebbende. Het hoort de inlandse rechtbanken niet toe de erkenning ervan aan partijen op te leggen door te weigeren uit te spreken in gedingen waarvoor ze bevoegd zijn.

De Beti-gewoonte volgens dewelke *„il convient de partager avec un leger avantage à celui qui a entretenu les plants"* is niet strijdig met de algemene rechtsbeginselen en met de openbare orde.

LA COUR ,

Sur le premier moyen pris de la violation du décret du 21 juillet 1932 réglementant la procédure de reconnaissance de droits fonciers au Cameroun, en ce que le tribunal coutumier au lieu d'inviter les parties à solliciter une reconnaissance de droits fonciers sur la palmeraie litigieuse, a attribué la moitié de ladite palmeraie à Zogo Rémy ;

Attendu que la procédure aux fins de reconnaissance de droits fonciers est à la seule diligence et à la décision des intéressés, et qu'il n'appartient pas aux tribunaux coutumiers de l'imposer aux parties en refusant de statuer sur des litiges qui sont de leur compétence ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen pris de la violation de la coutume béti, en ce que celle-ci ne prévoit pas le partage d'une plantation avec avantage à celui qui a entretenu les plants sans accord préalable du détenteur coutumier ;

Vu la coutume béti énoncé au jugement et selon laquelle „il convient de partager avec un léger avantage à celui qui a entretenu les plants (en l'espèce des raphias)" :

(99) Arrest nr. 32 van 15 januari 1963, *Bulletin des arrêts*, nr. 8, blz. 535.

Attendu qu'il n'appartient pas à la Cour Suprême de contredire à la coutume dès lors que celle-ci n'est en rien contraire aux principes généraux du droit et à l'ordre public ;

Qu'en l'espèce d'ailleurs, le principe d'équité qu'elle énonce ne saurait qu'engager la Cour Suprême à l'approuver, alors en outre qu'il est constaté tant par le jugement que par l'arrêt attaqué qui le confirme que la plantation litigieuse avait été abandonnée pendant plus de vingt ans par le demandeur ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi (. . .)"

Procureur-generaal bij het Hoogste Gerechtshof
t. Nsom Mbo en Medja Nsom Jeannette (100)

De uitoefening van de vaderlijke macht is van nature aan de natuurlijke ouders van het kind toegekend. Die uitoefening kan niet uitgeschakeld worden door een gewoonterechtsregel, omdat de rechten die tot de vaderlijke macht behoren onvervreemdbaar zijn.

Op de geboorteakte van natuurlijke kinderen moet in plaats van de naam van de onbekend gebleven vader de naam vermeld worden van het familiehoofd van de moederlijke familie.

LA COUR,

Joignant les pourvois en raison de la connexité ;

Vu les lettres de M. le Garde des Sceaux en date des 25 septembre 1963 et 23 janvier 1964 et les pourvois formés le 3 octobre 1963 et 3 février 1964 par le Procureur général près de la Cour Suprême ;

Vu l'article 39 de l'ordonnance nº 59-86 du 17 décembre 1959 fixant l'organisation judiciaire de l'Etat ;

Sur le moyen pris de ce que le Tribunal du premier degré de Douala a, le 28 octobre 1962, excédé ses pouvoirs, d'une part, en conférant l'excercice de la puissance paternelle à Nsom Mbo sur des mineurs dont il n'était pas le père et en ordonnant, d'autre part, la rectification des actes de naissance des enfants ;

Attendu que l'excercice de la puissance paternelle est, de par sa nature, conféré de plein droit aux auteurs de l'enfant ;

Attendu que cet excercice ne saurait être paralysé par une coutume, à défaut de validation expresse de celle-ci par le législateur, les droits attachés à la puissance paternelle étant inaliénables ;

Attendu que l'annexe à l'arrêté du 26 mai 1935, qui n'avait pour objet que de fournir des indications sur les coutumes suivies dans l'état des moeurs de l'époque, ne donne pas force de loi à celles de ces coutumes qui sont devenues contraires à l'ordre public, compte tenu, notamment, des profondes modifications subies depuis par les institutions ;

Attendu qu'en attribuant à Nsom Mbo, sur des enfants dont il n'était pas le père, les droits que la mère des mineurs avait conservés et qu'elle ne pouvait pas

(100) Arrest nr. 77 van 23 juni 1964, *Bulletin des arrêts*, nr. 10, blz. 315.

concéder à un tiers, le jugement attaqué a violé un principe supérieur d'ordre public découlant du droit naturel et, par là, excédé ses pouvoirs ;

Attendu, par contre, que c'est à bon droit que le tribunal a prescrit que, sur l'acte de naissance d'enfants naturels, soit substitué au nom du père, resté inconnu, celui du chef de la famille maternelle ;

Qu'en effet les dispositions de l'article 12 de l'arrêté du 16 mars 1935, portant organisation de l'état civil, n'ont été abrogées par aucun texte réglementaire, législatif ou constitutionnel, et sont toujours en vigueur ;

Attendu qu'en ordonnant la transcription, sur les registres de l'état civil, du dispositif du jugement rectificatif, le tribunal s'est d'autre part conformé à l'article 9 de l'arrêté susvisé ;

Par ces motifs :

ORDONNE la jonction des pourvois nº 101 et nº 123 ;

ANNULE, pour excès de pouvoir et sans renvoi, le jugement rendu, le 28 novembre 1962, par le Tribunal du premier degré de Douala, en ce qu'il a conféré à Nsom Mbo la puissance paternelle sur les mineurs Henri-Martin Ella Bamengué et Jean-Claude-Emile Nsom Medja ; (. . .)"

Foé Amougou t. Dame Assouga Bernadette (101)

Bij echtscheiding kan de vrouw niet veroordeeld worden tot terugbetaling van de bruidsprijs die ze niet ontvangen heeft.

De onderhoudsvergoeding die tot doel heeft het bestaan te verzekeren van de schuldeiser ervan, die geacht wordt over onvoldoende middelen te beschikken, moet bij voorbaat uitbetaald worden, bij het begin van elke voorziene periode en niet op het einde ervan.

LA COUR,

Sur le premier moyen pris de la *violation de la coutume* en ce que l'arrêt attaqué a „prononcé le divorce d'entre Foé Amougou André et Assouga Bernadette sans que cette décision comporte un chapitre en ce qui concerne le remboursement de la dot alors que selon la coutume il n'y a pas de divorce si aucune disposition n'est prévue à ce sujet" ;

Attendu que la Cour n'était pas tenue de statuer sur le remboursement de la dot, aucune demande n'ayant été formulée à ce sujet et qu'en tout état de cause elle ne pouvait que le rejeter, la femme ne pouvant être condamnée au remboursement d'une dot qu'elle n'a pas perçue ; qu'au surplus en l'espèce, et bien que l'arrêt ne statue pas expressément sur ce point, le divorce ayant été prononcé à la seule requête de l'épouse, l'a été nécessairement aux torts exclusifs du mari ce qui le prive de tout droit à remboursement de dot contre quiconque ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé,

Sur le second moyen pris de la violation des articles 3 paragraphe 2 et 37 paragraphe 2 de l'ordonnance du 17 décembre 1959, défaut de motif, manque de base legale en ce que „la Cour a condamné Foé Amougou André à verser à la Dame

(101) Arrest nr. 31 van 15 januari 1963, *Bulletin des arrêts*, nr. 8, blz. 534.

Assouga Bernadette la somme de 5.000 francs par mois à titre de frais d'entretien ; que cette disposition est *contraire à la coutume* qui ne prévoit que le paiement d'une indemnité lors de la reprise de l'enfant dont la garde avait été confiée provisoirement à la mère ; que cette fixation ne repose sur aucune base, la Cour ne possédant aucun élément pouvant justifier cette évaluation" ;

Attendu que le versement de la pension alimentaire dont le but est d'assurer la subsistance de son créancier réputé sans ressources suffisantes s'exécute nécessairement d'avance et au commencement de chaque période prévue et non à terme échu, faute de quoi elle manque son but en laissant son créancier dans le dénuement ; que ce principe ne saurait être contraire à la coutume ;

Attendu qu'enfin la fixation de la pension relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui puisent leur conviction dans les éléments de la procédure et des débats ; qu'en l'espèce d'ailleurs cette appréciation est justifiée par l'état des salaires du demandeur produit au dossier.

Qu'ainsi le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi (. . .)"

Hamath Amadou t. Niang Issage Salif (102)

Het Hoogste Gerechtshof van Senegal verwierp in deze zaak een middel dat gegrond was op de schending van de geïslamiseerde Toucouleur-gewoonte. Die rechtsgewoonte werd door de rechters ten gronde juist toegepast. Maar ambtshalve wierp het Hof een vormmiddel op : schending van de regel volgens welke minstens één bijzitter het gewoonterecht van de partijen moet kennen. Volgens de besluiten van de advocaat-generaal ging het om een substantiële vorm van openbare orde.

Artikel 21 van het decreet van 3 december 1931 schrijft inderdaad voor : „La liste des assesseurs doit être établie de telle manière que les justiciables puissent, en matière civile et commerciale, être jugés autant que possible par des notables pratiquant leurs coutumes . . ". Vereist wordt dat „ . . . lorsque la coutume des parties ou de l'une d'elles ne serait pas représentée par aucun des assesseurs, le tribunal inviterait à siéger un notable de ladite coutume, s'il s'en trouvait un au lieu du siège du tribunal ou à proximité . . ." Dezelfde bepalingen zijn toepasselijk op de rechtbank van tweede graad (in beroep) naar luid van artikel 41 van het genoemde decreet.

De advocaat-generaal verwierp in zijn besluiten een ander middel volgens welk in het aangevochten vonnis de toegepaste rechtsgewoonte niet vermeld stond, met de volgende stelling : „Il convient de noter au contraire que les décisions objet du pourvoi font expressément référence à la coutume islamisée des parties. Il suffit pour s'en assurer de se reporter aux propres déclarations de l'appelant ainsi conçues : „conformément à la coutume

(102) Hoogste Gerechtshof van Senegal (Eerste afdeling oordelende in gewoonterechtelijke zaken), 26 januari 1963, *Revue Senegalaise de droit*, augustus 1967, nr. 1, blz. 109.

toucouleur islamisée qui nous régit, nous sommes de ce fait les héritiers au tiers de tous les biens laissés par le défunt". D'ailleurs la jurisprudence de la Chambre d'Annulation est établie en ce qu'elle considère qu'il n'est pas obligatoire que le jugement indique spécialement la coutume applicable, „lorsqu'on peut puiser dans le corps de la décision les éléments permettant de suppléer au défaut de mention et de déterminer ainsi la Coutume" (voir „La Justice Indigène en A.O.F., page 64, par Jean Chabas)". Deze rechtspraak staat in tegenstelling tot die van het Kameroense Hof en van de Kongolese parketrechtbanken.

„LA COUR,

Attendu qu'en 1942 le sieur Niang Issage Salif achetait à Sadio Mamadou, sa cousine, un „lougan" dénommé „Lovol" ; que l'acte de vente fut passé avec le consentement de la soeur de la venderesse, qu'il fut rédigé sur papier timbré par devant le Chef de Subdivision de Kaffrine et envoyé ensuite au Chef de Canton des Islabés Eliabés à Saldé pour qu'il en soit donné information aux habitants du village des parties contractantes ;–

Attendu que le demandeur et ses mandants soutenaient que la vente passée en intenta une action en justice tendant à faire annuler cette vente ; qu'il fut débouté de son action par un jugement nº 61 rendu le 27 septembre 1945 par le Tribunal du premier degré de Podor ; qu'onze ans après en 1956 feu Lamine Amadou Mamadou et ses mandants héritiers de Hamat Mamadou intentèrent à leur tour une seconde action tendant aux mêmes fins ; qu'ils en furent déboutés en première instance par le jugement nº 71 du Tribunal de deuxième degré de Podor du 22 septembre 1959, objet du présent pourvoi ; Lamine Amadou étant mort en cours d'instance, l'appel fut poursuivi par ses héritiers Hamat Amadou ;

Attendu que le demandeur et ses mandants soutenaient que la vente passée en 1942 étant nulle parce qu'ayant pour objet un terrain dont la venderesse ne pouvait disposer en raison de ce qu'il appartenait pour un tiers au moins aux héritiers de Mamadou Hamat son père et que le partage de la succession n'avait pas été fait ; qu'en effet, le défunt n'avait laissé pour descendance directe que deux filles ; qu'il est une règle édictée par le Coran et, en conséquence, consacrée par toutes les coutumes islamisées, qu'en pareil cas la succession est dévolue pour deux tiers aux filles et pour un tiers aux héritiers mâles les plus proches ; que cependant le Tribunal du deuxième degré de Podor, confirmant la décision rendue en premier ressort par le Tribunal du premier degré de Podor, a reconnu dans le jugement attaqué en date du 22 décembre 1959, la validité de la vente litigieuse ;

Attendu que le pourvoi fait valoir deux moyens de cassation à l'encontre de ladite décision ;

Sur le premier moyen de la violation des articles 22 et 42 du décret du 3 décembre 1931 sur l'organisation de la justice de droit local en ce que le Tribunal du deuxième degré ne pouvant connaître en appel de causes dont la valeur excède 50.000 francs aurait dû procéder à l'évaluation du litige pour permettre à la Cour de vérifier sa compétence, d'autant mieux que compte tenu du fait que le terrain objet de la vente litigieuse appartenait à une grande famille, sa valeur pouvait être supérieure à 50.000 francs ;

Attendu que ni le demandeur qui avait lui-même porté son action devant le Tribunal du premier degré, ni le défendeur, acheteur du lougan, n'a soulevé l'incompétence des Tribunaux saisis ; que les juridictions elles-mêmes n'ont mis en doute leur compétence qui n'est du reste contredite par aucune énonciation du jugement ; qu'il s'agit d'une question de fait laissée à la libre appréciation du juge du fond et que la Cour Suprême ne saurait trancher ; qu'en conséquence le moyen doit être rejeté ;

Sur le second moyen pris de la violation des articles 6 et 85 du décret du 3 décembre 1931, en ce que le jugement entrepris n'a pas donné l'énoncé de la coutume appliquée et fait une fausse application de la coutume Toucouleur islamisée applicable en l'espèce ;

Sur la première branche du moyen :

Attendu qu'il ressort de la simple lecture du jugement entrepris que le juge a fondé sa décision sur la règle de la coutume Toucouleur islamisée, empruntée au droit coranique des successions et qui se trouve consacrée dans toutes les coutumes islamisées, qui décide que lorsque le de cujus ne laisse d'autres descendants directs que de filles sa succession est dévolue pour deux tiers aux filles et pour un tiers aux héritiers mâles les plus proches ; d'où il résulte que le moyen n'est pas fondé en sa première branche ;

En la seconde branche, il est fait reproche au juge du fond d'avoir validé la vente d'un „lougan" alors qu'il s'agissait d'un bien qui, suivant la coutume Toucouleur islamisée telle qu'elle est consignée au Tome I des Coutumiers de l'A.O.F., n'était pas susceptible d'appropriation privée ; mais attendu que les coutumiers de l'A.O.F. ont la valeur de simples renseignements ; qu'il ressort à l'inverse de l'interrogatoire des parties, tel qu'il est reproduit dans le jugement, que le demandeur au pourvoi a reconnu lui-même, la légitime propriété de la venderesse sur le lougan provenant de la succession de son père ; qu'il lui fait simplement reproche d'avoir disposé avant le partage d'un des éléments faisant partie de la succession et fait en cela grief aux intérêts des auteurs héritiers, attendu que les juges du fond n'ont pas reconnu l'existence de ce grief ; qu'ils ont fait une juste application de la coutume ; que le moyen en sa seconde branche n'est pas fondé et doit être rejeté ;

Sur le moyen tiré d'office de la violation du principe de la représentation de la coutume des parties (articles 21 et 41 du décret du 3 décembre 1931) ;

Attendu qu'aux termes des articles 21 et 41 du décret du 3 décembre 1931 le choix des assesseurs appelés à siéger au Tribunal du deuxième degré doit respecter le principe de la représentation de la coutume des parties ;

Attendu qu'en l'espèce les assesseurs étaient de coutume Toucouleur et les parties de coutume Toucouleur islamisée ;

Attendu qu'aux termes de l'arrêté ministériel nº 2591 du 8 février 1961 fixant la liste des coutumes applicables sur le territoire de la République, les coutumes Toucouleur et Toucouleur islamisées sont distincts ;

Attendu que la règle substantielle de la représentation au sein du Tribunal par un assesseur au moins de leur coutume n'a pas été respectée par Mamadou Hamat et Thierno Issaga Salif ; d'où il suit que le jugement attaqué doit être cassé ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE le jugement nº 31 en date du 22 décembre 1959."

223. BESLUIT

Tot besluit van deze paragraaf kan gezegd worden dat de taak die door de Hoogste Gerechtshoven in Franssprekend Afrika t.o.v. gewoonterechtstoepassing en t.o.v. gewoonterechtbanken volbracht wordt, overeenstemt met de taak die door het D.I.R. in 1926 aan de parketrechtbanken werd opgedragen. De vooruitgang die echter in vergelijking met de Kongolese toestand geboekt werd, ligt hierin dat, althans op het gebied van de vormgebreken en van de strijdigheid met de openbare orde, de rechtseenheid bereikt kan worden. Zoals in dit werk voortdurend onderstreept wordt, is in Kongo wat de rechtspraak van de vernietigingsrechtbanken betreft de rechtseenheid zoek, vermits die rechtbanken elk het laatste woord hebben in hun rechtsgebied.

Maar vastgesteld kan worden dat de Hoogste Gerechtshoven in Franssprekend Afrika zich volkomen onwennig voelen in verband met het Afrikaans gewoonterecht, dat niet beschouwd wordt als staande op gelijke voet met het geschreven recht. Dit blijkt vooral bij de hantering van het begrip openbare orde. Op de schending of de verkeerde gewoonterechtstoepassing wordt in feite niet gewaakt. In Engelssprekend Afrika is de toestand gans anders.

§ 2. Engelssprekend Afrika

224. DE GERECHTELIJKE COMMISSIE VAN DE PRIVY COUNCIL EN DE INHEEMSE RECHTBANKEN

Een vonnis van een inlandse rechtbank kon met betrekking tot rechtsvragen in beroep bestreden worden voor een hogere rechtbank (van geschreven recht), en van daar-uit kon de zaak voor de *Privy Council* komen. Aldus was de toestand bijvoorbeeld in Oeganda (103), waar de integratie van de twee gerechtelijke orden verwerkelijkt werd op het niveau van het beroepshof en van het opperste rechtscollege, namelijk de *East African Court of Appeal* en de *Privy Council*. In sommige gewesten kon echter geen beroep ingesteld worden voor een hogere rechtbank van geschreven recht, wat dan ook de weg naar het opperste rechtscollege afsneed. Dat was zo bijvoorbeeld in Kenya, waar het beroep in een parallelle orde moest aangetekend worden voor de *Court of Review*, en in Tanganyika, waar dit gebeuren moest voor een *Central Court of Appeal*. In de verschillende gewesten kon de inrichting van het beroep verschillen van provincie tot provincie. De reden dat er geen toegang bestond tot het opperste rechtscollege lag aldus in de provinciale rechterlijke inrichting, en niet in een weigerachtige houding van het opperste

(103) VANDERLINDEN, J., Aspects de l'organisation judiciaire des territoires de l'Est-Africain, *J.T.O.* 1957, blz. 17.

rechtscollege t.o.v. het gewoonterecht. Het blijkt niettemin dat ook in Engels Afrika de noodzakelijkheid van een verbinding tussen de gewoonterechtbanken en het Hoogste Gerechtshof, hoofdthema in dit werk, een probleem kon vormen.

> Een ambtenaar die in Kenya in het bijzonder met het toezicht op de inlandse rechtbanken gelast was en die bekommerd was om de integratie van de twee parallelle rechtsordes schreef : „It is, however, in the system of appeals that Kenya retains the „parallel" system for, so long as the Court of Review continues, this must be a factor against integration. It can be at least envisaged that perhaps eventually the Court of Review may be dissolved and the ultimate appelate juridiction of African Courts will be vested in the supreme court." (104). En hij haalt LORD HAILY aan : „the particular issue of the connection between the native courts and the Supreme or High Court must be decided".

Voor de Oostafrikaanse gewesten waar die verbinding verwezenlijkt werd, kon tegen uitspraken van de *High Court* (hogere rechtbank van geschreven recht), zetelend in beroep, beroep aangetekend worden bij de *East Africa Court of Appeal,* indien de uitspraak strijdig was met het gemene recht of met de traditionele gewoonten. Voor West-Afrika ging het beroep naar de hogere rechtbank van geschreven recht *(High Court of Supreme Court)* en vandaar naar de *West Africa Court of Appeal.* Tegen arresten van de *West* of de *East Africa Court of Appeal,* die zowat de rol van de Kongolese Hoven van Beroep vervulden, kon men zich voorzien voor de *Judicial Commitee of the Privy Council.*

> De oprichting van de gerechtelijke commissie van de *Privy Council* gebeurde in 1833 ; voor het eerst werd dan een historisch zeer oude bevoegdheid van de koning in een tekst gegoten. De wet van 1833 en de volgende waren de formele bevestiging van een juridische toestand die teruggaat tot de oorsprong van het Engelse recht. In zijn bezittingen is de koning de opperste bron van alle recht, en deze macht werd steeds na advies van de private raad van de Kroon uitgeoefend (105).
> Oorspronkelijk slechts bevoegd voor het Verenigd Koninkrijk, had de ontwikkeling van het parlementair regime tot gevolg dat in het Verenigd Koninkrijk die koninklijke macht niet meer werd uitgeoefend, maar voor de overzeese bezittingen van de Kroon bleef bestaan.

Ondanks de beperkingen die zowel in burgerlijke als in strafzaken aan de bevoegdheid van de *Privy Council* werden onderworpen, heeft deze in het juridisch leven van het imperium een opmerkenswaardig en essentiële rol gespeeld. Niet alleen heeft hij bijgedragen tot de rechtseenheid van het imperium, maar in talrijke gevallen heeft hij vergissingen hersteld.

(104) CARSON, Further notes on the African Courts System in Kenya, *J.A.A.*, 1958, blz. 34.
(105) d'ESZHARY, Ch., Note sur l'évolution de la compétence du comité judiciaire du conseil privé, *Rev. intern. droit comp.*, Januari-maart 1952, blz. 35 ; ALLEN, blz. 243.

De raad kon zich slechts over rechtsvragen uitspreken ; dit werd niet door een tekst opgelegd maar het volgde uit het feit dat de *West* of *East Africa Court of Appeal* zich slechts over rechtspunten konden uitspreken.
De gerechtelijke commissie wordt samengesteld door de Lord Kanselier, de oud-voorzitter van de Private Raad, de Lords of appeal in ordinary en de door de koning gekozen hoge rechters. Drie mogelijkheden waren er om zich te voorzien voor de private Raad : 1° een beroep naar recht (aldus in burgerlijke zaken : alle eindvonnissen van de *West* of *East Africa Court of Appeal*) ; 2° beroep met toelating van het Hof a quo ; 3° beroep met speciale toelating van de Kroon.

225. LEIDINGGEVING BIJ GEWOONTERECHTSTOEPASSING

In verband met Afrikaans gewoonterecht spreekt ALLEN (blz. 156) over *„the wide jurisdiction of the Privy Council over native African customs"*. Het leiding geven is belangrijk geweest in verband met gewoonterecht.

In werken gewijd aan gewoonterecht vindt men steeds besprekingen van leidinggevende arresten van de *Privy Council*. Een voorbeeld uit een studie over familiale eigendom bij de Yoruba's : *„(. . .) until the mist was dispelled by the Privy Council in the year 1921 in a passage which is often read, probably often cited"* (106). Zelfs in door antropologen geschreven studies over gewoonterecht worden arresten van de Privy Council besproken. Tot voorbeeld kan een passus dienen uit *„The ideas of Barotse jurisprudence"* van MAX GLUCKMAN (107).

> „The Judicial Commitee of the Privy Council in considering the question whether the conquering British South Africa Company, acting on behalf of the Crown, could claim Ndebele land or whether the subjects of the Ndebele King had private rights in the land, spoke of „indigenous peoples . . . whose legal conceptions, though differently developed, are hardly less precise than our own. When once they have been studied and understood they are no less enforceable than rights arising under English law". Having stated this principle, the judges then held as a fact that Ndebele subjects did not have in the land private rights which could be protected against the conquering power to which the king's rights had accrued (108). It is the validity of that decision of the Ndebele facts that I examine here. The decision was strange, since, for example, in Nigeria local British judges and the Privy Council had realized how strong were the rights of subordinates and how restricted the rights of chiefs. Ultimately in one important Nigerian case, where land was required for public purpose, the Privy Council held emphatically

(106) COKER, G.B.A., *Family property among the Yorubas*, blz. 164.
(107) New Haven en London, 1965, blz. 76.
(108) HAILEY, *An African Survey*, 1938, blz. 734 and ELIAS, *The Nature of African Customary Law* (1956), blz. 35, referring to *Re Southern Rhodesia* (1919, Appeal Cases, blz. 233-234).

that the individual African holders were entitled to the main compensation and the chiefs only to compensation for what were called their „reversionary rights" (109).

Kan men zich daarentegen inbeelden dat een BALANDIER arresten van het Parijse Hof van Cassatie zou aanhalen ?

226. DE NATIONALE HOOGSTE GERECHTSHOVEN

In 1954 werd de gerechtelijke organisatie hervormd. De *West Africa Court of Appeal* werd afgeschaft. In Nigeria bijvoorbeeld ging het beroep nu van de *High Court* naar een nationale *Federal Supreme Court* en vandaar naar de *Privy Council.* Na de onafhankelijkheid hield de bevoegdheid van de *Privy Council* op te bestaan, hetzij onmiddellijk zoals in Ghana (1960) hetzij na enkele jaren onafhankelijkheid zoals in Nigeria (wet van 1 oktober 1963) (110). In elke republiek is nu een Hoogste Gerechtshof *final Court of appeal* (in Nigeria bijvoorbeeld de *Federal Supreme Court).* Twee beroepen zijn te onderscheiden : Iste een beroep *„as of right"*, wanneer elke partij bij een geding voor de *High Court* beroep mag aantekenen bij de Supreme Court (dit geldt dus niet voor de inlandse rechtbanken) 2de *„with leave"* met toelating van de High Court zetelend in beroep. (Langs het laatstgenoemde kanaal kunnen dus vonnissen van de inlandse rechtbanken tot voor het opperste rechtscollege gebracht worden. In Nigeria wordt het traditioneel gewoonterecht beproefd in het hoogste Gerechtshof naar luid van de *Federal Supreme Court Ordinance* van 1960 (111) : *„The supreme court shall observe and enforce the observance of native law and custom to the same extent as such law and custom is observed and enforced in the High Court of Lagos"* (S. 16/e).

De bedoelde bepaling van de High Court of Lagos ordinance van 1955 luidt : *„The High Court shall observe and enforce the observance of every native law and custom which is applicable and is not repugnant to natural justice, equity and good conscience, nor incompatible either directly or by implication with any law for the time being in force, and nothing in this ordinance shall deprive any person of the benefit of any such native law or custom".*

227. EEN ARREST VAN DE PRIVY COUNCIL

Om een gedachte te geven van de rechtspraak inzake gewoonterecht van een Hoogste Gerechtshof in Engelssprekend Afrika wordt eerst een arrest van de *Privy Council* opgenomen en besproken.

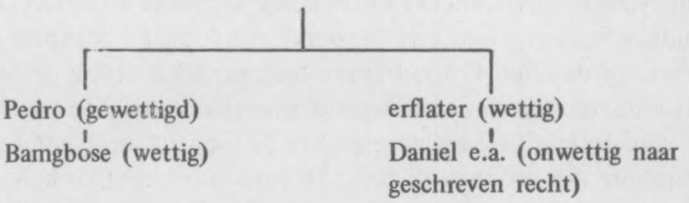
(109) *Sakariyawo Oshodi vs. Moraimo Dakola and Others* (1930, Appeal Cases, p. 667). Discussed in ELIAS, *Nigerian Land and Custom* (1951), pp. 126-7.

(110) NWABUEZE, B.O., *Constitutional Law of the Nigerian Republic,* London, 1964. Op blz. 284 handelt de auteur over de *„problems created by the abolition of the Privy Council".*

(111) ALLOT, A.N., *Judicial and legal systems in Africa,* blz. 44.

De zaak Bamgbose t. Daniel

Het gaat om een erfrechtelijk geschil. John St. Matthew Daniel, de erflater ab intestato, werd na het kerkelijk huwelijk van zijn ouders geboren ; vóór dit huwelijk was er een andere zoon geboren, Pedro. Laatstgenoemde huwde later kerkelijk en had een zoon, M. Oladije Bamgbose, de aanlegger voor de *Privy Council.* De erflater daarentegen was niet kerkelijk gehuwd, maar had naar gewoonterecht negen polygamische huwelijken gesloten. J. Bankole Daniel en elf andere uit die vrouwen geboren kinderen eisen de nalatenschap op, en zijn verweerders voor de *Privy Council.* In eerste aanleg hadden ze verzocht om een gerechtelijke verordening dat de *real estate* van de erflater onder hen verdeeld zou worden, en tevens om een verordening die de algemene beheerder der nalatenschappen zou opleggen onder hen het overschot van de *personal estate* te verdelen.



Bamgbose verzocht om een verordening tot opschorting van de door eisers gevraagde verdeling tot er uitspraak zou gedaan zijn in de wettigingsprocedure die hij aanhangig gemaakt had op grond van de *Legitimacy ordinance* van 1929, om zijn wettige verhouding tot de erflater te laten vaststellen ; het zou dan blijken dat hij de enige wettige neef van de erflater was, vermits volgens die verordening van 1929 zijn vader, Pedro, gewettigd werd door het kerkelijk huwelijk van zijn grootouders. De vordering van Daniel en de andere kinderen van zijn oom, de erflater, bestreed hij, omdat zij onwettige kinderen waren ; hij steunde hierbij op de uitspraak *In re Adeline Subulade Williams.*

In eerste aanleg verloor Bamgbose echter het proces, en de gevraagde verdeling van de nalatenschap werd bevolen. In beroep voor het Hof van Beroep van West Afrika werd de rechtsbeslissing van de lagere rechter bevestigd, maar er werd anderzijds een heropening van de debatten bevolen wegens motiveringsgebrek wat de feiten betreft. Tegen de bevestiging van de rechtsbeslissing ging Bamgbose in beroep voor de *Privy Council.*

Beide partijen steunen op sectie 36 van de huwelijkswet, die de verdeling van de vervreemdbare goederen van een nalatenschap volgens de Engelse wet op de verdeling van roerende voorschrijft, indien hetzij de erflater, hetzij zijn ouders kerkelijk gehuwd waren :

„Wanneer een aan het gewoonterecht onderworpen persoon volgens de voorschriften van deze wet huwt, en wanneer zo'n persoon zonder testament gemaakt te hebben sterft en een weduwe of weduwnaar of kinderen uit dit huwelijk achterlaat, en ook wanneer een persoon uit dat huwelijk voortkomende intestaat sterft, zullen de roerende goederen van zo'n erflater ab intestato, evenals alle onroerende goederen waaarover bij testament beschikt mag worden, naar het Engels recht op de verdeling ab intestato van roerende goederen verdeeld worden, alle tegenstrijdige gewoonterechtsregels ten spijt (. . .)".

Bamgbose doet, zoals gezegd, een beroep op de uitlegging die van deze tekst gegeven werd in de zaak *In Re Adeline Subulade Williams,* volgens welke de personen wiens erfrechten van het gewoonterecht afhangen, uitgesloten worden. Daniel steunt op de latere uitspraak *In Re Sarah I. Adedovah,* waarin het roer omgegooid werd en waarin geweigerd werd het vermelde precedent te volgen, dat *per incuriam* zou gegeven zijn.

Men staat voor een conflict tussen gerecipieerd „geschreven" recht en inlands gewoonterecht. Zullen de door het gewoonterecht van de de cujus aangewezen erfgenamen in aanmerking komen ? Neen, niet het gewoonterecht zal de erfgenamen aanduiden ; er bestaat immers een tekst die de erfrechtelijke regeling van het geschreven recht toepasselijk maakt, indien de aanknopingsfactor „monogaam wettig huwelijk van de de cujus" (of : „monogaam wettig huwelijk van de ouders van de de cujus") aanwezig is. Bij toepassing van de geschrevenrechtelijke regels, volgens welke de erfgenamen op de eerste plaats „de wettige kinderen" zijn, stuit men echter op een nieuwe moeilijkheid : gaat het hier om kinderen die naar geschreven recht wettig zijn, of om kinderen die naar gewoonterecht „wettig" zijn ? Men kan in Kongo een analoog probleem ontmoeten bij toepassing van artikel 7 van het decreet van 10 februari 1953 op de verkrijging van individuele onroerende eigendom door Kongolezen :

„Bij gebreke van beschikkingen bij testament, komen de onroerende goederen toe aan de kinderen of aan hun afstammelingen.

Behoudens met de gewoonte strijdige bepaling, wordt de verdeling in gelijke gedeelten gedaan onder de kinderen en, bij plaatsvervulling, onder hun afstammelingen".

Die tekst sluit de gewoonterechtelijke regels uit wat betreft de aanduiding van de erforde. Maar de vraag kan gesteld worden wie „wettige kinderen" zijn ? Vallen de kinderen van de vrouwen van een polygaam hieronder ?

In *Bamgbose t. Daniel* werd de vraag gesteld of de wettige neef van de erflater zou erven bij uitsluiting van de kinderen van de verschillende vrouwen van de polygame erflater. Redenerend zoals in het internationaal privaatrecht besliste de *Privy Council* dat het de regels van het gewoonte-

rechtsstelsel *(the law of the domicile)* zijn die het karakter van wettig kind bepalen en bevestigde op dit punt de houding van de lagere rechters. De bedoelde gewoonterechtsregels moeten anderdeels correct toegepast worden. In het aangevochten arrest meende het West Afrikaans Hof van beroep dat het dit uit de motivering van het vonnis niet kon opmaken ; het vaardigde een „order for hearing de novo" uit. In cassatietermen zou men kunnen zeggen dat verbroken werd wegens ontbreken van feitelijke grondslag voor de motieven *(absence de base légale).* De *Privy Council,* die eigenlijk een dubbel rechtstoezicht uitoefent, bevestigde die „verbreking". Inderdaad kon uit de motivering niet opgemaakt worden of de erflater naar gewoonterecht geldig huwde. Mocht hij trouwens als kind uit een kerkelijk huwelijk nog polygamische huwelijken sluiten ? (In Kongo zou de vraag luiden : huwde hij voor 1 januari 1951, datum waarna geen geldige polygame huwelijken meer mochten gesloten worden ?) Uit de motivering was evenmin op te maken welke de kinderen waren die uit de geldige huwelijken waren geboren.

Men heeft hier dus een voorbeeld van een arrest van de *Privy Council* die vergeleken zou kunnen worden met een hypothetisch arrest van een Kongolees Hoogste Gerechtshof. Men ziet het belang in van een eenvormige beantwoording van een dergelijke rechtsvraag, en zulke rechtsvraag kan – practisch gezien – slechts aan het Hoogste Gerechtshof gesteld worden als de mogelijkheid bestaat om ook tegen vonnissen van gewoonterechtbanken in cassatie te gaan voor schending van het recht.

De gerechtelijke afdeling van de *Privy Council* wees het volgende arrest (112) :

> „This is an appeal from a judgment of the West African Court of Appeal in a matter relating to the distribution of the estate of John St. Matthew Daniel (hereafter referred to as the deceased) who died at Lagos on the 25th day of April, 1948, intestate. The Administrator-General of Nigeria was appointed administrator of the estate by order of the Supreme Court of Nigeria made on 1st February, 1949.
>
> The history of the matter is as follows : The deceased was the son, born posthumously, of Matthew Joaquim Daniel and Theresa Maria who were married in a Wesleyan Methodist Church in Lagos on the 28th September, 1890. This was a marriage under the Marriage Ordinance, 1884, of the Colony of Lagos, which applied to any person subject to native law and custom who contracted a marriage in accordance with the provisions of the Ordinance. The deceased was the only child born of the marriage. The deceased's parents had another son, Pedro, who was born, out of wedlock, in 1884. Pedro appears to have entered into a Christian form of marriage at Lagos in 1909. It is claimed by the appellant that Pedro became legitimated in 1929 by virtue of the Legitimacy Ordinance of Nigeria of 1929 which introduced the principle of legitimation *per subsequens matrimonium* and

(112) *Selected judgments of the West African Court of Appeal, XIV, blz. 117.*

applied it to marriages contracted both before and after the date of the ordinance. Pedro died in 1936. The appellant claims to be the only child of Pedro's marriage. The deceased is said to have entered into nine polygamous marriages in accordance with native law and custom and the respondents (other than the Administrator-General) claim, as issue of these polygamous marriages, to be legitimate children of the deceased under Nigerian law. It would appear and was assumed at the hearing that all the persons mentioned were at all material times domiciled in Nigeria. The contest in this appeal lies between the appellant who claims as lawful nephew of the deceased to succeed to the whole of the estate and respondents who claim, as children of the deceased procreated by polygamous marriages, to exclude him.

In the Supreme Court of Nigeria at Lagos Mr. Justice Robinson on 17th May, 1951, made orders for distribution of the estate among the deceased's children. On appeal by the present appellant the West African Court of Appeal, on 2nd June, 1952, allowed the appeal on the ground that there was insufficient evidence before the trial Judge to justify his assumption that the twelve children concerned were issue of marriages with the deceased and remitted the respondents' motions for distribution of the estate to the Court below for hearing de novo. The Court of Appeal further directed that the Court below should require the respondents to adduce evidence sufficient to satisfy it on the following matters :

(1) Whether the mothers of the twelve respondents were married to the intestate John St. Matthew Daniel, in accordance with the native law and custom applicable in each case ;

(2) Whether the respondents, or any of them, are the issue of such marriages ; and if so, of which such marriages ; and

(3) Whether by the native law and custom applicable in each case the respondents, or any of them, have the status of legitimate children.

The appellant was allowed to be joined as opposer to the respondents' motions.

In so doing it is clear from the judgment of the Court of Appeal that they rejected a claim by the appellant to oust the respondents from any share in the estate even if they were legitimate issue of polygamous marriages by the deceased. The appellant accordingly applied for leave to appeal against the judgment of the Court of Appeal to Her Majesty in Council which leave was granted by the Court of Appeal on 6th October 1952.

The question at issue arises under the Marriage Ordinance of the Colony of Lagos of 1884. In the West African Court of Appeal it was assumed that the succession was governed by the Marriage Ordinance of Nigeria, of 1914. It is now agreed between the parties that it is the Ordinance of 1884 that falls to be considered and it appears to their Lordships that this must be so as the marriage of the deceased's parents was contracted under that Ordinance. There is no material difference in the language of the two Ordinances on any point affecting this appeal. It was at one time indicated by an amendment made by the respondents to their pleadings and allowed by their Lordschips that the respondents intended to argue, as an alternative to their main submission, that the relevant section of the Marriage Ordinance did not apply to the deceased. In the end counsel for the respondents did not see his way to submit any argument in support of this amendment. Their

Lordships accordingly proceed on the view which has been accepted throughout this case that the succession to the deceased's estate turns upon an interpretation of the relevant provisions of the Marriage Ordinance.

Section 41 of the Marriage Ordinance of 1884 is as follows : –

„41. Where any person who is subject to native law or custom contracts a marriage in accordance with the provisions of this or of any other Ordinance relating to marriage, or has contracted a marriage prior to the passing of this Ordinance, which marriage is validated hereby and such person dies intestate, subsequently to the commencement of this Ordinance, leaving a widow or husband or any issue of such marriage,

„And also where any person who is issue of any such marriage as aforesaid dies intestate subsequently to the commencement of this Ordinance,

„The personal property of such Intestate and also any real property of which the said Intestate might have disposed by Will shall be distributed in accordance with the provisions of the law of England relating to the distribution of the personal estates of Intestates, any native law or custom to the contrary notwithstanding.

„Provided always, that where by the law of England, any portion of the estate of such Intestate would become a portion of the casual hereditary Revenues of the Crown such portion shall be distributed in accordance with the provisions of native law and custom and shall not become a portion of the said casual hereditary Revenues.

„Provided also that real property, the succession to which cannot by native law or custom be affected by testamentary disposition shall descend in accordance with the provisions of such native law or custom anything herein to the contrary notwithstanding.

„Before the Registrar of Marriages issues his certificate in the case of an intended marriage, either party to which is a person subject to native law or custom, he shall explain to both parties the effect of these provisions as to the succession to property as affected by marriage".

From what has been said at the outset of this judgment it follows that the deceased falls within the second category of intestate, being a person who was the child of a marriage contracted under the Ordinance. The short question is, what is the effect of the direction that his disposable estate shall be distributed in accordance with the provisions of the law of England relating to the distribution of the personal estates of intestates, any native law or custom to the contrary notwithstanding ?

The relevant law of England in 1884 is to be found in the Statute of Distribution, 1670 (22 & 23 Car. II c. 20) and the Act of 1685, I Jac. IIc. 17. For purposes of this appeal their Lordships are concerned only with the direction in the Statute of Distribution dealing with the succession of children of an intestate. The appellant's contention is that this law precludes the succession on intestacy of children or others who cannot claim kinship with the deceased through monogamous marriage ; that the respondent claimants being the offspring of polygamous marriages fall to be regarded as illegitimate under the English Statute of Distribution and that he, the appelant, being the only person who can claim kinship with

the deceased through monogamous marriage is entitled to the whole estate. This ignores one factor, that the appellant's father, the brother of the deceased, was the issue of an illicit union and was only legitimated in 1929 by a statute of the Nigerian Colony so that the appellant would have to rely on the law of his father's domicile for the purpose of bringing himself within the class of legitimate heirs. This point was not, however, adumbrated in the Courts below and owing to the course the hearing took before their Lordships was not developed in argument before their Lordships' Board. On the view on which this judgment proceeds their Lordships have found it unnecessary to deal with this point, to which special considerations may apply. Accordingly they do not refer further to this matter.

The contention for the respondent children is that by the law of their domicile of origin they are legitimate children of the deceased and accordingly come within the class of persons entitled to succeed under the English Statute of Distribution. This view has been upheld by the West African Court of Appeal subject to the respondents establishing their status of legitimacy.

This question has been the matter of some conflict of decision in the Nigerian Courts. It was very fully and clearly considered in *The Estate of Herbert Samuel Heelas Macaulay (deceased)* by the West African Court of Appeal in a judgment delivered on 23rd November, 1951, by Sir John Verity, Chief Justice, and concurred in by the two other members of the Court, which decided in favour of children of polygamous unions. In the present case Sir Staffor Foster-Sutton, President of the Court of Appeal, who delivered the judgment of the Court followed this decision adding that he found himself „in entire agreement with that portion of the Chief Justice's judgment which touches the issue with which we are concerned on this appeal". These judgments overruled a previous decision in a contrary sense in the *Estate of Frederick Akidele Somefun,* 1941, 7 W.A.C.A. 156.

Reference was also made by counsel for the appellant to a number of decisions in the Nigerian Courts commencing with the case of *Cole v. Cole,* 1898, 1 N.L.R. 15, where, in the case of marriages contracted upon the rites of a Christian Church, to which for one reason or another the provisions of a marriage ordinance did not apply, the Courts held that the parties must be taken to have intended their succession on intestacy to be regulated by English law, not by native law and custom. Their Lordships have carefully considered these cases but cannot extract from them any principle that would affect the present case. They find it unnecessary to decide whether the Courts were right in applying the English law of succession or whether if English law was applicable it was rightly applied in the circumstances of the particular cases.

Their Lordships would observe that no question can arise as to the capacity of the deceased to enter into polygamous marriage by his local law. He himself was the child of a monogamous marriage, but that was no impediment to his contracting a marriage by native law and custom. Even a person who has himself contracted a monogamous marriage under the ordinance is by section 37 of the Ordinance prohibited from contracting a valid marriage under any native law or custom only during the continuance of the monogamous marriage. If then the respondent children are found to have been from birth legitimate children of the deceased the only question with which their Lordships are concerned is whether they are entitled to share in the succession of the deceased under the Statute of Distribution.

Their Lordships entertain little doubt that under what are now well accepted principles recognised by the English courts no ground exists, in circumstances like the present, for excluding the respondents from taking their rights of succession if they are legitimate children of the deceased under the law of their domicile. In *Re Don's Estate,* 1857, 4 Drew. 194 at 197 Vice-Chancellor Kindersley, dealing with the status of a child born in Scotland of a father domiciled there and legitimated by the subsequent marriage of his parents said: „It appears to me that on the authorities applicable to this question the principle is this: that the legitimacy or illegitimacy of any individual is to be determined by the law of that country which is the country of his origin. If he is legitimate in his own country then all other civilised countries, at least all Christian countries, recognise him as legitimate everywhere. Questions may arise and have arisen whether the law which is to determine the legitimacy or illegitimacy is the law of the country where the individual was born, or the law of the country where the parents intermarried, or the law of the country of the domicile of the parents? And if the domicile of the parents was different whether the law of the father's or mother's domicile governs? If it were necessary for me to determine these questions I should hold that the law of the father's domicile governed." None of the special questions referred to in this passage arise here for, as their Lordships apprehend, all the circumstances concur to fix Nigeria as the domicile of the parents, the place of their marriages, and the place of birth of the children. This and similar expressions of opinion in earlier cases where no doubt given in cases dealing with the institution of monogamous marriage. But more recent authority shows that the principle cannot be confined within so narrow a field. (See opinion of Lord Maugham in the *Sinha Peerage Case* to be found in 1946, I All E.R. at 348 and opinion of Lord Greene, M.R., in *Baindail v. Baindail, ibid* at 346). Their Lordships' Board have also on various occasions had regard to and acted on the application of the Statute of Distributions to Chinese successions in the Straits Settlements, arising from polygamous unions. (See *Cheang Tye Phin v. Tan Ah Loy* (1920) A.C. 369; *Khoo Hooi Leong v. Khoo Hean Kwee* (1926) A.C. 529; *Khoo Hooi Leong v. Khoo Chong Yeok* (1930) A.C. 346).

In their Lordships' opinion the West African Court of Appeal has reached a right conclusion on the law applicable in this case. *Re Goodman's Trusts,* 1881, 17 Ch. D. 266, on which that Court in the case of *Macaulay's Estate* largely proceeded, was a case under the Statute of Distribution in which it was held by a majority of the Court of Appeal that a child born in Holland, where her parents were at the time domiciled, who had been legitimated under Dutch law by the subsequent marriage of the parents there, was entitled to share as a „brother's child" under the Statute of Distribution. As already indicated their Lordships cannot hold that the principle of this decision is restricted to the case of monogamous marriage. Lord Justice Cotton said in that case: „I am of the opinion that if a child is legitimate by the law of the country where at the time of its birth its parents were domiciled, the law of England, except in the case of succession to real estate in England, recognises and acts on the status thus declared by the law of the domicil". And Lord Justice James said: „It must be borne in mind that the Statute of Distribution is not a statute for Englishmen only, but for all persons, whether English or not, dying intestate and domiciled in England and not for any English-

man domiciled abroad . . . And as the law applies universally to persons of all countries, races and religions whatsoever, the proper law to be applied in determining kindred is the universal law, the international law, adopted by the comity of States. The child of a man would be his child so ascertained and so determined". The decision and reasoning of the majority in that case has not, so far as their Lordships are aware, been questioned in any subsequent case. It proceeds in their opinion on sound principle and gives a meaning and effect to the Statute of Distribution wider than it would have under the purely domestic law of England.

In the present case the Statute of Distribution is a statute applying to a limited class of persons domiciled in Nigeria. As a matter of construction and on the authorities referred to it cannot in their Lordships' opinion be limited in its local application to children who are the issue of monogamous unions. The effect of the application of the statute in the cases to which it applies is to fix the order of succession according to a table different from that prevailing under native law and custom, leaving it to the Courts to determine in accordance with the principles indicated who are the particular individuals who fall within any particular class in the succession table.

It was contended for the appellant that the Statute of Distribution could not be applied to polygamous unions because of the difficulty of applying its provisions to a plurality of wives. The West African Court of Appeal observed that no claim had been put forward in this case by any person as a widow of the deceased and their Lordships propose to say nothing as to what rights, if any, widows would have in the event of a claim being made. They cannot, however, agree with the appellant's submission. Whatever difficulties may arise in the case of the mothers of the children the claims of the children as lawful children of the deceased must in their Lordships' opinion be considered independently. This may be so in some cases even in questions of status. In a judgment of the Board in *Khoo Hooi Leong v. Khoo Hean Kwee* (1926) A.C. 529, where the claim of a child to be legitimate by the law of a community in which polygamy marriage was recognised and practised was considered, Lord Phillimore, who delivered the judgment of the Board, said : „In deciding upon a case where the customs and the laws are so different from British ideas a Court may do well to recollect that it is a possible jural conception that a child may be legitimate though its parents were not and could not be legitimately married. This principle was admitted by the canon Law which governed western continental Europe till about a century ago and governed still later, if it does not govern still, countries of Spanish America." Two other cases may be mentioned. In *Seedats Executors v. The Master (Natal),* 1917, S.A.L.R. 302, the Supreme Court of South Africa held, in a learned jugdment by Sir James Rose-Innes, Chief Justice, that they could not recognise as valid in Natal a polygamous marriage of the deceased entered into in India before he became domiciled in Natal, but that the children of this marriage who were all born in India while their parents were domiciled there were entitled to be treated as legitimate children. Accordingly while the widow was not entitled to exemption in the matter of succession duty but on the contrary was liable to the rate appropriate to a stranger in blood, the rate of duty attributable to the children's share of the succession was held to be that borne by lawful children of a testator. Again in *Re Bischoffsheim*

(1948) Ch. 79 Mr. Justice Romer had to consider the question of the legitimacy for the purposes of succession under the will of an English testator of a child born in New York of English parents who were domiciled in New York at the time of the child's birth. A question might have been raised as to the validity of the parents' marriage under English law, but in holding that the child was legitimate by the law of New York at the time of his birth and therefore entitled to be treated as a lawful child of his mother under the will, Mr. Justice Romer adopted the view „that were succession to personal property depends on the legitimacy of the claimant, the status of legitimacy conferred on him by his domicile of origin (i.e. the domicile of his parents at his birth) will be recognised by our courts ; and that if the legitimacy be established, the validity of his parents' marriage should not be entertained as a relevant subject of investigation". It would be a strange result that in the converse case where a marriage of the parents was recognised as valid the children should be deprived of their rights of succession because of a difficulty in working out the rights of the wife.

In their Lordships' view the West African Court of Appeal reached a right conclusion. They have accordingly humbly advised Her Majesty to dismiss the appeal. The appellant must pay the costs of the respondents other than the Administrator-General who was not represented before the Board.

APPEAL DISMISSED.

228. EEN ARREST VAN HET HOF VAN BEROEP VAN WEST AFRIKA

Een tweede voorbeeld levert ons een arrest van het Hof van Beroep van West Afrika (Accra, 10 januari 1952) :

Owiredu, Moncar en Tetteh t. Mamah Moshie en Petteh

Er is inderdaad geen fundamenteel technisch verschil tussen de rechtspraak van de *Privy Council* en van dit Hof. Het geding betrof een grond waarop de troon van Effia rechten had. Owiredu en consoorten eisten erkenning van een huurovereenkomst omtrent die grond, die met een hoofd van de familie gesloten werd. Verweerder Mamah Moshie en zijn groep bezette echter het domein op grond van een vroegere huurovereenkomst met het vorige familiehoofd. Hij vond steun in de verklaringen van het hoofd Petteh Esson volgens welke de eisers geen toestemming hadden verkregen van de vertegenwoordigers van de familie ; die nieuwe huurovereenkomst zou dus ongeldig zijn. Door de familie anderdeels werd de groep van de verweerder als huurder erkend. De eisers ontkenden niet dat de toestemming van de familievertegenwoordigers ontbrak, maar beweerden dat ze niet noodzakelijk was, omdat alle bevoegdheid om rechten op het land af te staan door de familie gegeven werd aan de persoon die hen de grond verhuurd had, vermits die persoon door de familie als hoofd verkozen werd.

Er werd echter bewezen dat naar Fanti-gewoonterecht de toestemming van het hoofd en van de voornaamste familieleden nodig was, evenals de

goedkeuring van de suzerein *(overlord)* van de troon van de Effia. De rechter ten gronde verwierp bijgevolg de vordering. Er werd beroep ingesteld. Het Hof van Beroep van West Afrika besliste dat de overeenkomst met de eisers gesloten werd zonder gezamenlijke toestemming van het hoofd en van de voornaamste familieleden en zonder goedkeuring van de suzerein van de troon van de Effia, en dat een overeenkomst die niet naar de vereisten van gewoonterecht gesloten werd de troonfamilie niet bond.

In een gelijkaardige zaak (113) werd de geldigheid betwist van een huurovereenkomst die door het familiehoofd gesloten werd met medewerking van de zusters en de nicht die met hem van de erflater afstamde, maar zonder raadpleging van de voornaamste leden van een slavinnentak van de familie. Inderdaad had de erflater naast zijn wettige echtgenote verschillende slavinnen tot vrouw genomen. Het Hof verwierp de voorziening omdat de lagere rechter het gewoonterecht juist toegepast had door te beslissen dat de huurovereenkomst ongeldig gesloten was. Wanneer een meester een slavin tot vrouw neemt, worden haar kinderen in zijn familie opgenomen, en alle afstammelingen langs moederszijde zijn leden van de familie ; ze hebben stemrecht zoals de vrije leden van de familie. Het Hof haalde om de vraag van gewoonterecht op te lossen de rechtsleer aan, namelijk het werk „Sarbah Fanti Customary law". Zulks gebeurt dikwijls. Aldus werd bijvoorbeeld in het hieronder besproken arrest Ajisafe's „Book on the laws and customs of the Yoruba people" aangehaald, en „The laws and customs of Egbaland" van Adebesin Folarin.

„The following judgment was delivered (114) :

Korsah, J. This is an appeal from the decision of Lingley, J., in a suit in which plaintiffs-appellants claim that by virtue of a document dated 16th February, 1948, executed by Chief Brempong Yaw III of Effia and three others, they are lessees in possession of a piece or parcel of land, which includes the area described as Effia Zongo, occupied by defendant-respondent Mamah Moshie together with the Moshie Community, and to be entitled to rents and mesne profits from the said defendant-respondent. It is admitted that the said Mamah Moshie and his people had been put in possession of the said land by the predecessor of the said Chief Brempong Yaw.

Petteh Esson, head of the Effia Stool family was upon his application made a co-defendant, on the grounds that the said Stool family who he contends are owners of the said land, had not authorised Chief Brempong Yaw and or any persons to grant the said land to plaintiffs-appellants, nor had his consent and concurrence or the consent and concurrence of the accredited representatives of the Stool family been obtained in respect of the grant alleged to have been made by Chief Brempong Yaw to the plaintiffs-appellants. He further stated that the family recognised defendant-respondent and his people as their tenants, consequently they are not liable to pay rents to plaintiffs-appellants or to be ejected from the said land at the request of plaintiffs-appellants.

(113) BASSIL EN KOFI NASSU ACQUAH t. ABRAHAM KWAKU HONGER *ibid.*, blz. 569.
(114) *Selected Judgments of the West African Court of Appeal*, XIV, blz. 11.

It is contended on behalf of the plaintiffs-appellants that Petteh Esson is not the head of the said Stool family, and even if he is, his consent and concurrence, and the consent and concurrence of other principal members of the family are not necessary to a valid transfer of family land by Chief Brempong Yaw to whom it is alleged, the Stool family had delegated all authority with respect to the alienation of family land and divested itself of its interest by virtue of Chief Brempong Yaw's election and installation as Chief of Effia.

This contention, however, is not supported by statements on Native Customary law recorded in Sarbah's *Fanti Customary Law,* nor by the judgment of any Court of competent jurisdiction.

In the case of *Mary Barnes v. Chief Quasie Atta*, Chalmers Judicial Assessor said „not even the regular occupant (of a stool) could alienate property without some concurrence by the people of the Stool who have an interest in it and are usually consulted on such a matter".

Sarbah states at pages 78-9 : –

„The head of the family cannot without the consent of all the principal members of the family, or the greater part thereof, that is the Ebusuafu, alienate the immoveable ancestral or family property.

„Although alienation may be necessary for some family purpose, or for the discharge of family obligation, nevertheless unless confirmed by the senior or principle members of the family, such alienation is revocable.

„Neither the head of the family acting alone nor the senior members of the family acting alone, can make any valid alienation or give title to any family property whatsoever".

It is not denied that the alleged grant by Chief Brempong Yaw to the plaintiffs-appellants was made with the knowledge that the said land had been previously granted to defendant-respondent and his people by the predecessor of the said Chief. It is admitted that he did not consult the head of the family nor did he obtain the consent and concurrence of the principal members of the family.

There is evidence on record which proves that not only it is necessary to obtain the consent and concurrence of the head and principal members of the Effia Stool family but it is also necessary to obtain the approval of the Paramount Chief of Dutch Sekondi who is the overlord of the Effia Stool whenever the said Stool family desire to alienate Stool land.

The learned Judge found that in these circumstances the Stool family is not bound by the lease to plaintiffs-appellants. In my opinion the judgment of the Court below is supported by evidence of native law on record and by previous decisions.

This appeal should be dismissed.

Foster-Sutton, P. I concur.

Coussey, J. I concur.

APPEAL DISMISSED.

229. EEN ARREST VAN HET FEDERAAL HOOGSTE GERECHTSHOF VAN NIGERIA.

Een laatste voorbeeld levert een arrest van het Federaal Hoogste gerechtshof van Nigeria (115) :

De zaak Ajayi Yasufu Suberu e.a. t. Bakaru Summonu e.a.

Een vader liet bij zijn dood een onroerend goed, gelegen in de Andrewstraat nummer 15 te Lagos, aan zijn twee zonen na. Eén ervan stierf en het onroerend goed werd verdeeld tussen de andere zoon en de jongens van zijn overleden broer. De tweede zoon stierf toen eveneens, hij had geen nakomelingen en liet geen testament na.

De nalatenschap, zijn aandeel namelijk in het onroerend goed, werd opgeëist door zijn twee vrouwen, en door een halfbroer en de zoon van een halfzuster. (Halfbroer en -zuster hadden dezelfde moeder als de erflater).

De lagere rechter kende de nalatenschap toe aan de eisers, d.i. aan de vrouwen van de erflater en aan zijn verwanten langs moederszijde.

De verweerders, d.i. de jongens van de overleden broer langs vaderszijde, gingen in beroep, bewerende recht te hebben op de nalatenschap van hun vaderlijke oom.

Het Hoogste Gerechtshof verbrak het vonnis van de lagere rechter wegens schending van het gewoonterecht : eensdeels omdat vrouwen van hun overleden echtgenoot niet kunnen erven, anderdeels omdat een goed dat langs vaderszijde geërfd werd, langs vaderszijde verder geërfd wordt. Dit soort arrest waarin namelijk wegens verkeerde toepassing van een substantiële rechtsgewoonte verbroken wordt, werd nooit aangetroffen in de rechtspraak (in vernietiging of in verbreking) van Frans Afrika. In de rechtspraak van de Kongolese parketrechtbanken echter wel.

„The following judgment was delivered :

Jibowu, F.J. This appeal from a judgment of Hubbard, J., dated the 11th day of October, 1955, raises an important issue as to native law and custom on the question of succession on intestacy to a property inherited by a person who dies without issue.

The property in dispute N° 15 Andrew Street, Lagos, originally belonged to one Igbekoyi, who died leaving two sons, Abudu Raimi and Suberu surviving him. The property devolved on his death on the two sons, Abudu Raimi and Suberu. Suberu died and the property was partitioned between Abudu Raimi and the defendants, who conveyed Abudu Raimi's portion to him by a conveyance dated the 6th November, 1945 and registered in the Lands Registry in Lagos. Abudu Raimi died intestate and without issue in July 1951. The 1st plaintiff was an uterine brother of Abudu Raimi, by a different father, and the 2nd plaintiff was a nephew of Abudu Raimi, being a son of his uterine sister by a different father. The

(115) *Selected Judgments of the Federal Supreme Court of Nigeria*, 1957, II, blz. 33.

3rd and 4th plaintiffs were wives of the said Abudu Raimi in his lifetime. The first four defendants were sons of Suberu, and the 5th defendant a grandson of Suberu, so the first four defendants were nephews, and the 5th defendant a grand nephew of the said Abudu Raimi.

The question for decision was, which of the two parties, the maternal relations and the widows of the said Abudu Raimi or his paternal relations was to inherit his share of 15 Andrew Street, Lagos ?

The learned trial Judge found in favour of the widows. With respect to the learned Judge, he misdirected himself as to the evidence when he stated that Abudu Raimi had no uterine brother or sister surviving him als the 1st plaintiff was his uterine brother and the 2nd plaintiff was the son of his uterine sister. His judgment in favour of the widows could not be supported even by Counsel for the plaintiffs as it is a well settled rule of native law and custom of the Yoruba people that a wife could not inherit her husband's property since she herself is, like a chatel, to be inherited by a relation of her late husband. In section II (d) of Chapter IV of Ajisafe's Book on the Laws and Customs of the Yoruba people, he states the rule as follows : –

„On the death of a man his wives are by customary law inherited by the deceased's family on the mother's side : the first born and some grown up sons of the deceased also inherit some of their father's wives (excepting their own mother) provided they, the wives are numerous".

In modern times, I should observe, a widow, who does not wish to be inherited, could free herself from that obligation by refunding the dowry paid on her to her late husband's family.

The 1st plaintiff's evidence bears out the rule that a wife cannot inherit her husband's property under native law and custom when he stated in cross-examination : „My father died before my mother. She inherited nothing from my father. He left property".

If the mother had been entitled to inherit her husband's property, the position would have been otherwise.

With respect to the learned Judge, he erred in awarding the property in question to the widows of the deceased.

Now comes the question which of the other parties, the maternal or paternal relations of the deceased, Abudu Raimi, should inherit the property in question. When a man dies intestate without issue, leaving property he had himself inherited, the property will devolve on the members of the family from which it came. If the deceased inherited it from a maternal ancestor, it goes to his maternal relations, and if he inherited it from a paternal ancestor, it goes back to his paternal relations.

The rule is correctly stated at page 84, Chapter 31 of the Laws and Customs of Egbaland by Adebesin Folarin, Barrister-at-Law, late President of Grade A Court, Ake, Abeokuta, as follows :

„If the property of the deceased was inherited from his own father's estate, and he died without issue, the maternal relations cannot inherit but his paternal brothers or his uncles and other paternal relations. If from his mother's estate his paternal relations cannot inherit".

This rule of native law and custom was enunciated and upheld by the former

Supreme Court, Lagos, in *Fariyike Idewu (for herself and on behalf of the other children of the Idewuolo) v. Raji Hausa and 4 others,* (I), in which property which came from his mother's side to the deceased who died intestate and without issue was ordered to go to his maternal relations in preference to his paternal relations.

This present case deals with the other or opposite side of the rule. The 1st plaintiff, in effect, acknowledged this rule of native law and custom when he stated : „What Abudu Raimi inherited from Ogungbemi would, if he died without issue, go back to Ogungbemi's side : Igbekoyi's side could not inherit anything from Ongungbemi's side".

Ogungbemi was the mother of Abadu Raimi. This piece of evidence reflects correctly the rule of native law and custom. The defendants, who are paternal relations of Abudu Raimi, could not inherit property which Abudu Raimi inherited from his mother's side. The position is reversed in this case, and the plaintiffs cannot inherit any property inherited by Abudu Raimi from his father's side, which, according to the rule, goes to the paternal relations of Abudu Raimi, that is, to the defendants.

I would, therefore, allow this appeal, set aside the judgment of the Court below with order for costs, and dismiss plaintiffs' action with costs to the defendants both in this Court and in the Court below.

Foster Sutton, F.C.J. I concur.

de Lestang, F.J. I concur.

APPEAL ALLOWED.

§ 3. **Indonesië** (116)

230. HET HOOGGERECHTSHOF VAN NEDERLANDS-INDIE.

De Nederlandse Hoge Raad had, zoals de *Privy council,* kunnen uitgebouwd worden tot een hoogste Rijksgerecht, recht sprekende in cassatie over de uitspraken in hoogste ressort in alle delen van het Koninkrijk. Bij de rechterlijke inrichting in de voormalige Nederlandse koloniën is van deze gedachte geen spoor te bekennen. In het voormalige Nederlands-Indië werd de cassatie door een daar te lande gevestigd rechtscollege ingevoerd bij het Reglement op de Rechterlijke organisatie van 1842, opnieuw vastgesteld in 1848 en sindsdien herhaaldelijk gewijzigd. Het rechterlijk bestel van het voormalige Nederlands-Indië was ingewikkeld door de onderscheidingen tussen de eigen rechtspleging van de inheemse bevolking en de gouvernementsrechtspraak en, binnen deze laatste, naar gelang de landsaard van de rechtzoekenden (117).

In burgerlijke zaken trad het Hooggerechtshof op als rechter in cassatie voor de vonnissen van de *Raden van Justitie,* de gewone rechters voor

(116) DE JONGH, J.J., *Het nieuwe cassatie-instituut van Indonesië, bezien in zijn verband met de rechterlijke organisatie hier te lande,* diss. Djakarta 1951.

(117) Cfr. KOLLEWIJN, R.D., Het Hooggerechtshof van Nederlands-Indië en het intergentiel recht, *Feestbundel van het Koninklijk Bataviaansch Genootschap voor Kunsten en wetenschappen,* 1929.

Europeanen en met hen gelijkgestelden, gewezen in hoogste ressort, d.w.z. over een belang van ten hoogste f. 500-. Van veel betekenis was die rechtspraak niet. In alle geschillen over grotere belangen oordeelde dit college in hoger beroep. De burgerlijke vonnissen van de *Landraden,* de gewone rechters voor de inheemse bevolking, waren aanvankelijk verbreekbaar. Deze colleges pasten voornamelijk het ongeschreven adatrecht toe, dat volgens vaste rechtspraak van het Hooggerechtshof in cassatie niet beproefd werd. Sinds een wijziging van 1901 stond tegen deze vonnissen alleen beroep op de Raden van justitie open.

Tussen het einde van de tweede wereldoorlog en de souvereiniteitsoverdracht heeft zich in Indonesië een opmerkelijke ontwikkeling voltrokken. Na de capitulatie van Japan is de gouvernementsrechtspraak in de gebieden onder Nederlands gezag geünificeerd. In eerste aanleg werd zij opgedragen aan *alleenzittende landrechters* voor alle bevolkingsgroepen en in hoger beroep aan appèlraden. Hierdoor won de cassatie aan betekenis. Wederinstelling van het Hooggerechtshof volgde bij een ordonnantie van 24 januari 1947, Ind. Stbl. 1947, nº 20, die tevens een nieuwe regeling van het rechtsmiddel bracht (118).

231. DE NIEUWE WET OP DE CASSATIE VAN 1947.

De cassatiegrond „schending of verkeerde toepassing van wettelijke bepalingen" werd vervangen door *„schending van het recht".* Deze werd geacht zich te hebben voorgedaan „indien de rechter een rechtsregel *niet of niet juist tot gelding heeft gebracht".*

Het doel dat de wetgever bij de herziening voor ogen stond, wordt in de toelichting aldus geformuleerd :

> „dat algemeen juridisch beschouwd, gewenst en – concreet bezien – voor de wederinstelling van het Hof nodig is, de cassatie in het belang van de wet te hervormen in cassatie wegens schending van het recht (ook van ongeschreven rechtsregels), waarbij het Hof de gelegenheid moet hebben, om, indien zulks voor een goede rechtsbeslissing nodig is, ook in een nader onderzoek der feiten te treden".

Partijen moesten desgewenst elke zaak tot in cassatie uitvechten. Door deze wijziging tracht de wetgever de mogelijkheid te openen, dat in alle plaatsen van de archipel de invloed van de rechtspraak van het Hof zou doordringen, opdat daardoor overal *de rechtspraak op een hoger plan* zou komen en de rechtsvorming in goede banen zou worden geleid.

Het hele gebied van het adat-privaatrecht werd binnen het bereik van de cassatierechter gebracht. In de toelichting werd naar aanleiding hiervan gezegd :

(118) Indisch Staatsblad 1947, nr. 20. Cfr. VAN EMPEL, A.C., Een nieuwe regeling van de cassatie in Indië, *Nederlandsch juristenblad,* 1947, blz. 357. LEW, P., The Supreme court and Adat inheritance law in Indonesia, *American Journal of comparative law,* 1962, blz. 205-224.

„Door deze herziening zal het Hof mede verbonden worden aan de rechtspraak naar adatprivaatrecht. Het Hof zal aan die rechtspraak in de huidige omstandigheden welkome steun kunnen bieden, omdat het bij de door rechterlijke uitspraken zich voltrekkende groei van het adat-recht kan aangeven wanneer en in hoeverre een norm volgroeid is, wanneer dus van een rechtsregel sprake is".

De beperking van het onderzoek in cassatie tot de aangevoerde middelen bleef gehandhaafd. Indien anderdeels het Hooggerechtshof van oordeel was voor de behandeling van de vordering in cassatie gegevens te behoeven die door het aangevallen vonnis niet werden opgeleverd, was het bevoegd ambtshalve zelf een nader onderzoek in te stellen, dan wel dit op te dragen aan de rechter die in eerste aanleg van de zaak had kennis genomen. Blijkens de toelichting zou deze bevoegdheid zowel gelden voor het onderzoek van de middelen als voor de beslissing van de hoofdzaak na gegrondbevinding van het beroep.

De Indonesische ordonnantie van 1947 heeft aldus aan de cassatierechter de bevoegdheid gegeven een nader onderzoek in te stellen of te doen instellen naar gegevens die niet door het aangevochten vonnis zijn opgeleverd. Voor een goed begrip dient er de nadruk op te worden gelegd, dat de cassatierechter dus geen bevoegdheid heeft een nader onderzoek te verrichten naar gegevens die wel door het aangevochten vonnis zijn opgeleverd. In dat geval zou eiser in cassatie middels het cassatie-instituut een derde instantie verkregen hebben. M.i. staat het nader onderzoek in verband met het vraagstuk der voldoende motivering van het vonnis.

232. DE MAHKAMAH AGUNG.

Na de souvereiniteitsoverdracht heeft Indonesië dit vernieuwde en aan behoeften van het rechtsleven daar te lande aangepaste cassatie-instituut gerecipieerd.

Dit is geschied in een *Undang-undang* van 6 mei 1950 (119), ter uitvoering van het grondwettelijk voorschrift tot instelling van een Hooggerechtshof, de *Mahkamah Agung*.

Zowel de verruimde omschrijving van de voornaamste cassatiegrond als de bevoegdheid van het hoogste rechtscollege tot nader onderzoek zijn nagevolgd, de laatste zelfs uitgebreid. De cassatierechter is nu niet meer gebonden aan de voorgebrachte middelen (120).

233. BESLUIT.

Tot besluit van dit hoofdstuk mag worden gezegd dat reeds in het koloniale tijdvak de Kongolese parketrechtbanken de *error in judicando* bij

(119) Indisch Staatsblad 1950, nr. 30.
(120) Cfr. nr. 199.

de toepassing van een gewoonterechtsregel door een inlandse rechtbank met vernietiging straften. Daartoe heeft het opperste rechtscollege in Engelssprekend Afrika – in tegenstelling met de Belgische en Franse cassatiehoven – steeds de macht bezeten ; die macht werd in de nieuwe republieken door de hoogste gerechtshoven overgeërfd. In Franssprekend Afrika werd dit rechtstoezicht nooit uitgeoefend ; sinds kort werd nochtans in vele republieken van Franssprekend Zwart Afrika het beginsel erkend van de bevoegdheid van het hoogste gerechtshof tot verbreken wegens schending of verkeerde toepassing van het gewoonterecht. In Indonesië gebeurde dit reeds in 1947.

De door ons in de faculteit van rechtsgeleerdheid van Lovanium verdedigde stelling, dat aan het Kongolese Hoogste Gerechtshof deze bevoegdheid zou gegeven worden, werd gunstig onthaald door de opstellers van de nieuwe grondwet van 1967, waarvan het tweede lid van artikel 60 luidt :

> „la section judiciaire (de la cour suprême de justice) est compétente notamment : 1° pour connaître des pourvois en cassation, formés pour violation de la loi et de la coutume, contre les décisions rendues en dernier ressort par la section judiciaire des cours d'appel et par les tribunaux ; elle ne connaît pas du fond des affaires ; (. . .)"

De woorden „wegens schending van de gewoonte" werden in 1967 toegevoegd aan de tekst die voor de rest eensluidend is met artikel 126 eerste en tweede lid, van de vroegere grondwet van Luluaburg. Het beginsel dat schending of verkeerde toepassing van een gewoonterechtsregel een cassatiegrond kan uitmaken blijkt nu verworven in het Kongolese positieve recht. De grondwettelijke bepaling kan echter dode letter blijven, vrezen we, indien de wetgeving op het Hoogste Gerechtshof dit – voor de meeste westersgevormde Kongolese juristen – revolutionaire beginsel niet verwerkelijkt.

Het ziet er inderdaad naar uit dat de wetgever zich blind staart op de Franse en Belgische teksten die tot voorbeeld dienen.

Afdeling IV PROCESSUELE BESCHOUWINGEN

234. HET BEGINSEL VAN HET BEWIJS VAN DE RECHTSGEWOONTE IN ENGELSSPREKEND AFRIKA

In deze afdeling zou nog een vraagstuk van rechtspleging moeten aangeraakt worden, dat door het invoeren van de nieuwe cassatiegrond gesteld zal worden, het vraagstuk namelijk van het bewijs van de gewoonterechtsregel *(the ascertainment of customary law).* Een geschreven nationale rechtsregel hoeft noch voor de rechter ten gronde, noch voor de cassatierechter bewezen te worden, omdat hij vermoed wordt bestendig in de geest van de rechters aanwezig te zijn ; er wordt *„judicial notice"* van genomen. In verband met het gewoonterecht was in Engelssprekend Afrika de toestand anders, behalve voor de inlandse rechtbanken waarover we verder een woord zeggen. Een gewoonterechtsregel maakte er een te bewijzen feitenkwestie uit *(„question of fact").* Dit leek onvermijdelijk, vermits de rechters van de „geschrevenrechtelijke" orde geen formeel onderwijs genoten in het gewoonterecht waarvan de regels over het algemeen niet in geschreven vorm bestonden. Bijgevolg moest een partij die een bepaalde gewoonterechtsregel inriep, voldoende bewijsmateriaal leveren om het bestaan ervan afdoende voor de rechtbank te staven. Dit was althans zo indien een gewoonterechtsregel nooit of slechts zelden door een hogere rechtbank van de „geschrevenrechtelijke" orde werd toegepast ; indien een gewoonterechtsregel voldoende dikwijls toegepast werd, kwam er een dag dat de rechtbanken het bewijs ervan niet langer eisten maar bereid werden gevonden er *„judicial notice"* van te nemen.

235. EEN TOT NOG TOE ONGESTELDE VRAAG IN HET KONGOLESE RECHT

In Kongo (121) en Frans-Afrika werd dit probleem noch in de rechtspraak, noch in de rechtsleer gesteld. De gewoonterechtelijke jurisdicties hadden er inderdaad praktisch het monopolie van de gewoonterechtstoepassing.

De inlandse rechters nu zijn, zoals PARK (blz. 90) het eveneens voor

(121) De Kongolese rechtbanken van geschreven recht hadden nochtans de bevoegdheid inlandse gewoonteregels toe te passen. Het is dus mogelijk dat het probleem van het bewijs van de gewoonte wel eens gesteld werd, maar nergens vonden we er sporen van. Voor Ruanda-Urundi werd een uitspraak gepubliceerd waarin de rechtbank beval het bestaan van een rechtsgewoonte te bewijzen. Tijdens een onderzoek werd een witte pater als expert gehoord. (Ruanda-Urundi, 17 april 1956, *J.T.O.* 1957, 55). Anderdeels kan het probleem in theorie ook voor de inlandse rechtbanken rijzen, indien ze een ander recht dan de *Lex fori* toe te passen hebben.

Engelssprekend Afrika opmerkt : *usually members of the communities which they serve and each is well acquainted with the law of his own area".* Voor hen geldt de spreuk *jura novit curia.* Anders gezegd, voor hen geldt de regel neergelegd in het Goudkust-geval *Ababio II v. Nsemfoo* (122), waarin van het verder vermeld *Angu v. Attah* (dat het beginsel inhield dat gewoonterechtsregels, behalve de notoire, bewezen moesten worden) gezegd werd dat het

> „was intended to apply to what may be described as British Courts before which it is sought to prove a particular custom. There is no ground for extending its application to Native Courts of which the members are versed in their own customary law, although there is nothing to prevent a party from calling witnesses to prove an alleged custom. If the members of a Native Court are familiar with a custom it is certainly not obligatory upon it to require the custom to be proved trough witnesses".

In Kongo zal het probleem nu voor de cassatierechter gaan rijzen, indien een voorziening op basis van schending of verkeerde toepassing van een gewoonterechtsnorm gegrond wordt : indien een eiser beweert dat een rechtsgewoonte geschonden werd zal de cassatierechter die rechtsgewoonte niet noodzakelijk kennen. Moet – en zo ja, hoe moet – deze regel door de eiser bewezen worden, zodat de cassatierechter zal kunnen oordelen of hij al dan niet geschonden werd door de lagere rechter ? Ook ten behoeve van de vernietigingsrechter zal aan dit probleem een oplossing moeten gegeven worden, indien de wetgever zou beslissen aan de districtsrechtbank de bevoegdheid te geven om te vernietigen wegens schending van het recht.

In de Frans-Belgische rechtsleer vindt men weinig over deze rechtsvraag. De Italiaanse auteurs daarentegen hebben aandacht gewijd aan het probleem dat, in verband met het beginsel *jura novit curia,* gesteld wordt door de bindende kracht van rechtsregels die, zoals de rechtsgewoonten, niet aan publicatie onderworpen zijn (123).

236. HET BEWIJS VAN DE RECHTSGEWOONTE VOOR DE RECHTER TEN GRONDE.

Er moet om te beginnen een principiële vraag worden gesteld. Moet een gewoonterechtsregel voor de rechter ten gronde bewezen worden ? Het antwoord op deze vraag zal beslissen over die andere vraag of de cassatierechter op grond van de schending van een dergelijke regel en na een ambtshalve bevolen onderzoek ernaar, een vonnis vernietigen mag. Men mag het stellen van die voorvraag niet verkeerd verstaan. Uit de regel van het verplicht

(122) (1947) 12 *W.A.C.A.* 127.
(123) RIGAUX, nr. 66.

bewijs van een rechtsgewoonte voor de rechter ten gronde moet niet besloten worden dat het om een feit gaat op grond waarvan niet verbroken mag worden. Er bestaat geen causaal verband tussen deze twee vragen : men kan het karakter van rechtselement van de rechtsgewoonte voorstaan, zonder te menen dat de procedureregels die erop van toepassing zijn, zouden moeten worden gelijkgesteld met die welke in betrekking staan tot het geschreven overheidsrecht. Bedoeld wordt echter dat indien de rechtsgewoonte voor de rechter ten gronde bewezen moet worden, de cassatierechter die over de schending ervan door de lagere rechter moet oordelen, de bevoegdheid niet kan hebben ambtshalve een instructie te bevelen nopens haar bestaan en draagwijdte. Aangezien dit door het Hoogste Gerechtshof te bevelen onderzoek naar het bestaan en de draagwijdte van een rechtsgewoonte naar onze mening ingang zou moeten vinden in het gerechtelijk wetboek in het belang van de ontwikkeling van het gewoonterecht en van de rechtszekerheid, moet hier de eerste vraag beantwoord worden.

237. DE ROMEINSE EN MIDDELEEUWSE OPVATTINGEN HIEROMTRENT.

In het Romeinse recht werd de gewoonte als recht, en niet eenvoudigweg als een feit, beschouwd en er werd geen bewijs van geëist. Tot in het midden van de veertiende eeuw wordt van de pleiters door de gewoonterechtelijke auteurs niet verondersteld (124) dat ze zelf de gewoonte zouden moeten bewijzen voor de rechtbank. De rechter moest de gewoonte toepassen zoals de wet, en wanneer hij ze schond, hoorde het aan de heer of aan de koning deze inbreuk op de traditie te herstellen. Er werd de pleiter geen bewijslast opgelegd. De glossator AZON is de eerste die over het bewijs van een gewoonte handelt. JOLOWICZ (125) schrijft hierover wat volgt :

> As regards proof of custom, Roman law had no special rules, some texts suggesting rather that it was simply the business of the magistrate to find out what the practice had been. But with the changed conception of evidence in the Middle Ages and the increased importance of custom, this attitude could not survive. As early as the time of the Gloss, it was generally accepted that a custom must be proved by the party who relies on it, a rule held to be implied in some texts and further justified by alleging that customary law depended on facts which, like other facts, had to be proved. On the other hand proof was not required of what was notorious – *notoria non egent probatione* – and this phrase includes customs which have been written down by public authority. Where notoriety is alleged the judge is always free to form his opinion as he chooses, but where it is not, the rule

(124) PISSARD, *op. cit.*, blz. 8 ; WEHRLE, *op. cit.*, blz. 128 ; FILHOL, R., La preuve de la coutume dans l'ancien droit français, *La Preuve*, uitgave van de *Société Jean Bodin*, XVII, Brussel, 1963.
(125) JOLOWICZ, H.F., *Roman foundations of modern Law*, Oxford, 1957, blz. 34. In de aangehaalde tekst werden niet alle voetnoten weergegeven.

appears in France (126) and elsewhere (127) that proof should be made *par tourbe*, i.e. by summoning a group of at least ten practitioners or experts and obtaining from them an answer, which must be unanimous (128). Mention of such very un-Roman practices (129) has vanished from Roman law-books of the later eighteenth and ninetheenth centuries, but the difficulty about requiring proof of custom remains, for in truth the question whether a customary rule exists or not is one of law, and it is the business of the judge to know the law – *iura novit curia*. Earlier writers had been impressed by this type of argument to the extent of allowing the „half-full" proof provided by a single witness to be made up to full by the judge's own knowledge, but it was in fact impossible to demand that a judge should be acquainted with all local customs, and the requirement of proof provided a powerful weapon in the hands of the Romanizers. Clearly their influence was enhanced if the judge was allowed to say „Unless you prove a custom, all I have to do is to go by the written law of the *Corpus Juris*". Savigny is of course much too subtle for so simple a solution. Fundamentally, he agrees, custom, as a matter of law, is for the free appreciation of the judge, but one cannot demand of a modern judge, who has to reach so high a professional standard in the learned law, that he should have the same immediate knowledge of popular law as his medieval counterpart. It will thus be necessary, in practice, for a party relying on a customary rule to bring it to the judge's notice ; if he fails to do so and loses his case in consequence, he has only himself to blame. But in other respects the question must not be treated as one of fact. In particular, there is no reason why the judge should not be guided by any knowledge he has, quite apart from the evidence submitted by the parties. Modern German law on this point is not essentially different (130). Given that evidence is required, it is still a question what exactly must be proved. Is it sufficient that witnesses should depose to the existence of the custom, or must they speak to actual acts of user ? Most writers take the second view. Voet, for instance, requires not only unanimity in general, but that the members of the *turba* should speak to the same acts of their own knowledge, not merely from hearsay, and that they should agree with each other concerning the circumstances of each instance. Glück says much the same, though he allows some latitude where it is a question of the age of an alleged custom. In such a case he would permit witnesses to say that they had heard from very old people that the matter had been so and not otherwise from time immemorial.

As regards the nature of the instances to be proved, we have seen that some

(126) OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français* (1948), p. 419. CUJAS, however, (iii, 965c ; ix. 1326e), does not expressly limit the rule to cases where notoriety is not alleged.

(127) VOET, i. 3, § 34, though he says only that those who demand a turba are wiser, without apparently requiring it absolutely.

(128) For an example see L. CAROLUS-BARRE, *„Une enquête ,en tourbe"* à Senlis le 26 juin 1461, R.H. 1946-7, pp. 95-98.

(129) They are sometimes supported by a reference to Nov. 106, but it is clear that Justinian is there only recounting that he had caused an investigation into existing customs to be made before a particular piece of legislation, not laying down a practice to be followed by the courts.

(130) (E.K.W., NIPPERDEY I. 163). The contrast between English and German law in this matter is similar to that concerning the proof of foreign law. See, e.g., M. WOLFF, *Private International Law* (2nd ed. 1950), p. 218.

authorities required them to be judicial (131), from which opinion, in conjunction with the rule ‚twice makes a custom', the Gloss had declared that two similar decisions in the same class of case were sufficient foundation for a customary rule. But against this it was argued that the judgment only *confirms* the custom, which is itself created by the acts of the people, and later writers recognize no such principle.

The relation between custom and case law remains none the less a difficulty. Some authors on the Continent still refuse to allow jurisprudence the status of a source of law at all (132) ; others would regard it as a source which is binding for the precise reason that it is the chief, if not the only, modern form of customary law (133). Others, it would seem with good reason, distinguish. A court may still merely decide that a custom exists, and apply it. It is then the custom which is the source of law. But it may also happen that courts have to decide cases where there is no preexisting custom, and a course of decisions may then itself be the source of a rule of law. Whether one regards this as a sort of custom or not appears to be mainly a question of nomenclature. It is certainly different from a popular custom, though it may, in time, induce a popular custom because people come to act in accordance with it and have the requisite *opinio necessitatis.*

Sinds de glossatoren werd het gewoonterecht als een feitelijk gegeven beschouwd, dat dus enkel door de rechter mocht worden toegepast, nadat bestaan en inhoud ervan door de partij die het inriep, waren bewezen (134). Tengevolge van een heftige reactie tegen deze stelling door de Duitser G.F. PUCHTA (135) werd geleidelijk de tegenovergestelde opvatting gehuldigd.

238. DE ALGEMEEN BEKENDE RECHTSGEWOONTEN.

Ten aanzien van het „gewoonterecht" (dat in Europa echter praktisch niet meer bestaat) wordt thans bijna algemeen aanvaard dat het evenals het geschreven recht ambtshalve moet toegepast worden door de rechter, die

(131) Supra, p. 26 : „*As regards the nature of the instances, some had required that they should be actual judicial decisions,* (Some required not two, but three decisions, see GROTIUS, ii/Commentary/ p. 4) and quoted in support two well-known passages, which do indeed refer to decisions, (D.I. 3.34 and 38 eod.) but again CUJAS had no difficulty in refuting this view, and was followed by the general opinion. It is indeed obvious that these texts do not do more than recommend judicial decisions as particularly good evidence for the existence of a custom. Even so however they constitute a dangerously close approach to the case law that was so sternly forbidden by Justinian, (C. 7. 45. 13 : ‚non exemplis sed legibus iudicandum est'.) *and the prohibition is itself an argument against laying too much stress on what the courts have done*".

(132) e.g. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Paris, 1919), especially ii, § 192 though this does not mean that he denies its importance.

(133) PLANIOL, *Traité élémentaire,* i. 14, cited Planiol-Ripert, ii. 57, n.I.Cf. Gény, *op. cit.*, p. 262.

(134) AUBRY ET RAU, VIII, Parijs, 1878, § 749, noot 4, blz. 152. KAMPHUISEN, P.W., *Gewoonterecht,* Den Haag, 1935, blz. 123-124.

(135) PUCHTA, G.F., *Das Gewohnheitsrecht,* I, 1828, blz. 104-110, aangehaáld door GENY^2, I nr. 118, blz. 353.

hiervan dus de nodige kennis moet hebben (136). Het gewoonterecht als *opinio juris vel necessitatis* is recht en kan dus ambtshalve door de rechter toegepast worden, zelfs wanneer hij hiervan alleen een persoonlijke kennis heeft (137). Uit het eigenaardige karakter van het gewoonterecht volgt evenwel ook dat de rechter samen met de partijen de nodige nasporingen mag verrichten om bestaan en inhoud van dit gewoonterecht te kennen.

Prof. STORME onderstreept in zijn proefschrift echter het onderscheid tussen gewoonterecht *(coutume)* en gebruik *(usage)*. De „gebruiken" zouden feiten zijn waarvan het bewijs moet geleverd worden door de partij, die zich erop beroept. Prof. STORME (nr. 312) meent dat gebruiken ambtshalve door de rechter mogen toegepast worden, wanneer het algemeen bekende gebruiken zijn. „Gewoonterecht" en notoire „gebruiken" zouden volgens hem aldus ambtshalve moeten toegepast worden, niet-notoire gebruiken zouden moeten bewezen worden door de partijen. Hoger (nr. 206) werd nochtans gezien dat het onderscheid tussen gewoonterecht en gebruik te verwerpen is. Om het Belgische standpunt terzake weer te geven, zou men derhalve de stelling van Prof. STORME als volgt kunnen aanpassen : algemeen bekende rechtsgewoonten mogen ambtshalve door de rechter toegepast worden, andere rechtsgewoonten niet. Volgens het huidige Duits gerechtelijk wetboek (§ 293 Z.P.O.) eveneens moet een gewoonterechtsregel slechts bewezen worden indien hij de rechtbank onbekend is.

239. DE NIET ALGEMEEN BEKENDE RECHTSGEWOONTEN.

Het Belgische verbrekingshof vereist dat wie een niet-notoire rechtsgewoonte inroept, ze met vaste en voortdurende feiten moet staven (138). In Engelssprekend Afrika gold, zoals eerder vermeld, hetzelfde beginsel : *„as native law is foreign law, it must be proved as any other fact"* (139). Dit standpunt werd later juister weergegeven door de *Privy Council* die in 1916 voor het eerst uitdrukkelijk het beginsel – met de uitzondering voor de notoire rechtsgewoonten – verkondigde in de zaak *Angu v. Attah* (140) :

(136) GENY, I, nr. 118, blz. 352 e.v.; BAUDRY-LACANTINERIE en HOUQUES-FOUCADE, *Des personnes*, I Parijs, 1907[3], nr. 26, blz. 27 ; BARTIN in AUBRY en RAU, XII, § 749, noot 3 bis, blz. 69 ; BEUDANT, IX, nr. 1144, blz. 211-212 ; PLANIOL en RIPERT, VII, nr. 1409 blz. 830 ; ASSER-ANEMA-VERDAM, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Zwolle, 1953[5], V, blz. 25 ; SUYLING, J.Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Haarlem, 1928, nr. 391, blz. 124 ; – H.R., 10 april 1884, W., 5025 ; H.R., 18 december 1924, W., 11345, met noot S.B. ; H.R., 7 april 1932, N.J., 1932, 1613 ; H.R., 31 januari 1935, 478, met noot E.M. Meijers ; vgl. § 293 Z.P.O. ; Anders : LEFEBVRE, M., *La coutume comme source formelle du droit*, Proefschr., Rijsel, 1906, blz. 78-79 ; SCHELTEMA, F.G., *Het Nederlands burgerlijk bewijsrecht*, Zwolle, 1934, blz. 15-16 ; DIEPHUIS, G., *Het Nederlands burgerlijk recht*, Groningen, 1885[2], blz. 295.

(137) GENY, I, nr. 118, voetnoot 4, blz. 355.

(138) Verbr., 29 mei 1947, *R.W.*, 1947-48, 834.

(139) *Hughes v. Davies* (1909), aangehaald door ALLOTT, blz. 75.

(140) P.C. '74-'28, 43.

„As in the case with all customary law, it has to be proved in the first instance by calling witnesses acquainted with the native customs until the particular customs, by frequent proof in the Courts, have become so notorious that the courts will take judicial notice of them".

In Nigeria werd deze regel in 1945 gecodifieerd in een wet over het bewijs (sectie 14 van de *Evidence Act)* (141). De moeilijkheden die kunnen rijzen bij de bewijslevering door partijen vinden we beschreven in *Inyang v. Ita* (142) :

„A good deal of evidence was given by both sides on this question of native law and custom. This kind of so-called expert evidence must always be treated with very great caution. The evidence of these experts is invariable coloured each by his own personal interests. The only way in which such testimony can be safely treated is to refrain from attempting to estimate individual credibility and to concentrate on drawing conclusions from the general trend of the evidence."

240. GEEN BEWIJSREGEL VOOR DE GEWOONTERECHTBANKEN

Die bewijsregel is in beginsel niet toepasselijk op de inlandse rechtbanken (*„native"* of *„customary"* courts). De methoden voor vaststelling van

(141) *Evidence Act, Cap. 62* (aangehaald in PARK, blz. 148)

14. (1) A custom may be adopted as part of the law governing a particular set of circumstances if it can be noticed judicially or can be proved to exist by evidence. The burden of proving a custom shall lie upon the person alleging its existence.

(2) A custom may be judicially noticed by the court if it has been acted upon by a court of superior or co-ordinate jurisdiction in the same area to an extent which justifies the court asked to apply it in assuming that the persons or the class of persons concerned in that area look upon the same as binding in relation to circumstances similar to these under consideration.

(3) Where a custom cannot be established as one judicially noticed it may be established and adopted as part of the law governing particular circumstances by calling evidence to show that persons or the class of persons concerned in the particular area regard the alleged custom as binding upon them : provided that in case of any custom relied upon in any judicial proceeding it shall not be enforced as law if it is contrary to public policy and is not in accordance with natural justice, equity and good conscience.

56. (1) When the court has to form an opinion upon a point of . . . native law or custom . . . the opinions on that point of persons specially skilled in such . . . native law or custom . . . are relevant facts.

(2) Such persons are called experts.

58. In deciding questions of native law and custom the opinions of native chiefs or other persons having special knowledge of native law and custom and any book or manuscript recognised by natives as a legal authority are relevant.

1. (4) This Act shall apply to all judicial proceedings in or before any court established in the Federation of Nigeria but it shall not apply –

(c) to judicial proceedings in or before a native court unless the Governor in Council shall by order confer upon any or all native courts in the Region jurisdiction to enforce any or all of the provisions of this Act.

Cfr. Ghana Supreme Court Rules (aangehaald door ALLOTT, blz. 75) : *„In all cases in which the party pleading relies upon a native law or custom, the native law or custom relied upon shall be stated in the pleading with sufficient particulars to show the nature and effect of the native law or custom in question and the geographical area and the tribe or tribes to which it relates.*„

(142) (1929) 9 *N.L.R.* 84 ; PARK, blz. 85.

een gewoonterechtsregel (getuigen, studies over gewoonterecht) zijn slechts verplicht voor de hogere (zogenaamd „Engelse") rechtbanken. Het lijkt noodzakelijk aan laatstgenoemde rechtbanken die regel op te leggen, vermits de rechters slechts in het geschreven recht onderwezen worden en onbekwaam zouden zijn uitspraak te vellen over punten van gewoonterecht zonder de hulp van bewijsmiddelen. Vanuit dit oogpunt is de nationaliteit van de rechter van geen belang, zoals PARK opmerkt : *„Nigerian, just as much as expatriate, judges consistenly treat customary law of which judicial notice has not been taken as a question of fact to be proved by witnesses or some other means"* en bestempelt als *wishful thinking* de zienswijze van SCHILLER die schreef (1960/J.A.L. 178) : *„I cannot imagine a . . . Nigerian judge requiring proof of a principle of the . . . Yoruba law of property any more than an English judge would require evidence on the rules of offer and acceptance".*

241. DE LEER VAN DE JUDICIAL NOTICE. NUT EN GEVAAR ERVAN.

De omstandigheden waarin *judicial notice* genomen wordt van een gewoonterechtsregel, werden bepaald in sectie 14 (2) van de Nigeriaanse *Evidence Act* (141). In *Angu v. Attah* sprak de *Privy Council* van *„frequent proof in the courts",* en de rechters bleven het erbij houden dat een aantal beslissingen noodzakelijk was. In *Larinde v. Afico* (143) bijvoorbeeld werd het vonnis van de lagere rechter vernietigd, dat slechts op grond van één vonnis het bestaan van een gewoonterechtsregel had aangenomen :

> „The decision of one case in 1892 cannot be said to be „frequent proof in the courts" enabling the courts to take judicial notice of this particular alleged Awori custom. It therefore had to be proved and it was not".

Deze uitspraak kan geplaatst worden tegenover die in *Onisiwo v. Fagbenro* (144), waarin de eisers zich beriepen op een gewoonterechtsregel volgens dewelke de verweerders die zonder de toestemming van de eisers een land hadden verhuurd waarvoor zij oorspronkelijk van een voorouder van de eisers de toestemming verkregen om het te bezetten, daarbij het recht verloren op dat land te blijven. De advocaat bracht geen bewijzen voor deze regel, maar baseerde zich op drie vroegere gevallen waarin die regel werd toegepast en waarvan één verwees naar andere beslissingen over dezelfde vraag. De verweerders beweerden dat dit niet voldoende was om een regel vast te stellen, maar de hogere rechter verwierp hun bewering en oordeelde dat de rechtbanken van deze bijzondere regel *judicial notice* hadden genomen.

(143) (1940) 6 *W.A.C.A.* 108.
(144) (1954) 21 *N.L.R.* 3

Volgens de hoger genoemde Nigeriaanse wet op het bewijs (sectie 14 (2)) zal, hoewel in het algemeen een reeks beslissingen vereist zijn, uitzonderlijk nochtans één enkele beslissing kunnen volstaan die om bepaalde redenen bijzonder gezaghebbend is.

Nuttig is die bepaling van sectie 14 (2) van de *Evidence Act,* volgens welke gevestigde gewoonteregels ophouden *matters of fact* te zijn en, als gevolg van het nemen van *judicial notice* ervan *matters of law* worden. Ze ontslaat de advocaat ervan, getuigen of andere bewijsmiddelen te vinden, maakt de procedure dus minder duur en omslachtig, en levert het beginpunt van een meer vaststaand en gemakkelijker vast te stellen corpus van gewoonterecht. In de praktijk is er volgens PARK echter weinig gebruik van gemaakt. De reden hiervoor is dat de advocaten veilig willen spelen en geneigd zijn naast vroegere rechtspraak bewijzen te leveren tot staving van de regel. Dikwijls zijn uitspraken gegrond op bewijsmateriaal, terwijl hetzelfde resultaat had kunnen bekomen worden door de leer van de *judicial notice.* PARK (blz. 94) noemt het spijtig dat de rechtbanken de raad niet hadden opgevolgd die in een arrest van de *Privy Council* te lezen stond :

> *„It would be very convenient if the courts in West Africa in suitable cases would rule as to the native customs of which they think it proper to take judicial notice, specifying, of course, the tribes (or districts) concerned".*

Sommige auteurs hebben anderdeels het gevaar onderstreept van de *„doctrine of judicial notice"*, namelijk het bevriezen van een zich ontwikkelende gewoonte. De rechtelijke vormgeving heeft zoals VEEGENS het schrijft (nr. 81), inderdaad praktische uitwerking : het vonnis kristalliseert de gewoonte. Dit verschijnsel zal zich duidelijker manifesteren als het gewoonterecht onder de controle van een Hoogste Gerechtshof komt. Anderdeels doet de aanraking van de Hoogste rechter de plasticiteit verloren gaan. Een eenmaal op schrift gestelde regel kan immers een tijdlang blijven voortleven nadat zijn grondslag, het feitelijk handelen, hem is ontvallen. Iedere verandering moet opnieuw worden bevochten. Bovendien wordt de formule bij het recht ingelijfd en gaat zij op haar beurt om uitlegging vragen. Wat bedoeld was als vastlegging van de feiten verwerft zelfstandige betekenis. Het woord heeft magische kracht (ASSER – SCHOLTEN, Alg. Deel[2], blz. 147). Er kan een juristenrecht uit groeien waarvan de betrokkenen geen weet meer hebben. Daarom is de houding te waarderen die aangenomen werd in *Lewis v. Bankole* (145) :

> „I therefore preface my findings with the remark that they are intended as findings of the general principles which govern native custom in Lagos at the present day, and not as hard and fast findings of immutable native law".

(145) (1909) 1 *N.L.R.* 81 tot 101.

PARK suggereert dat gewoonterechtsregels waarvan *judicial notice* werd genomen, opnieuw zouden mogen onderzocht worden op aanvraag van de advocaat en zo nodig verlaten. Dat zou het voordeel van de methode van vastlegging door bewijs combineren met de voordelen van de *doctrine of judicial notice*.

242. OMWENTELING IN GHANA EN TANZANIE : GEEN BEWIJSPLICHT MEER

In Ghana bracht de wetgever in de hierboven geschetste rechtstoestand verandering. Wat vroeger uitzondering was, wordt nu regel : gewoonterecht moet niet meer bewezen worden. RUBBIN en MURRAY (blz. 172) schrijven :

> „The establishment of the Republic has brought with it far reaching changes in the position of customary law in Ghana. Before the enactment of the constitution, it was treated, in relation to the administration of justice, more as an appendage to English Common Law, than as an integral part of the law of the land. It was recognized in specified categories of suits in the local courts, but in other courts it applied, not as a matter of course, but on the application of a litigant, if it was „not repugnant to natural justice, equity and good conscience", and subject to other specified requirements. In terms of the constitution, it is now, alongside the common law as described in the last paragraph, one of the component parts of the law of the land. It is no longer necessary, in law, for a litigant to establish that rules of customary law exist in each case, before the court will be competent to apply customary law. Any question as to the existence or content of a rule of customary law, is a question of law for the court, and not a question of fact"."

De laatste zin is de formulering van de Ghanese wetgever in de *Courts Act* van 1960. Een bepaling van het gewoonterecht vinden we in de *Interpretation Act* van hetzelfde jaar :

> „Customary law as comprised in the laws of Ghana, consists of rules of law which by custom are applicable to particular communities in Ghana, not being rules included in the Common law under any enactment providing for the assimilation of such rules of customary law as are suitable for general application".

Ook de *Tanganyika local Courts (Amendment) ordinance* van 1961 (S. 39 E.) voorziet dat de *High Court* zetelend in hoger beroep *„shall not refuse to recognize any native law or custom on the grounds that it has not been established by evidence"*. De grote verandering is nu dat een rechtbank ambtshalve een onderzoek nopens bestaan en draagwijdte van een gewoonte mag bevelen, zoals blijkt uit volgende passus (146) :

(146) RUBBIN AND MURRAY, blz. 173.

„It is for the court, in every case in which it is sought to rely on customary law, to determine (a) whether customary rules applicable to the community in question exist ; and (b) what the relevant rules are. If the court has no doubt as to either the existence or content of a rule of customary law, it is entitled to decide the question without further inquiry.

If the Court entertains a doubt, it may decide the question after : (1) considering submissions by the parties ; and (2) consulting such reported cases, text books, „and other sources" as may be appropriate.

If, having taken these steps, the court continues to entertain a doubt, it is required to adjourn the proceedings and cause an inquiry to be held. The inquiry must be part of the proceedings, but the manner in which it is held is left to the discretion of the court. The purpose of the inquiry is to enable opinions on the matter or matters in respect of which doubt remains, to be placed before the court. In ensuring that such opinions are available, the court is empowered to use the provisions of the courts act relating to the attendance of witnesses and their testimony, but may modify such provisions as it seems fit. It is for the court to decide which person or persons shall appear at the inquiry, but only after the parties have been given an opportunity to make their submissions in this regard.

In addition to calling witnesses the court may request a written opinion, to be placed before the inquiry, from (a) a house of chiefs, (b) a state concil or (c) „any other body possessing knowledge of the customary law in question".

243. VERGELIJKING MET HET GRIEKSE ONTWERP-WETBOEK VAN RECHTSPLEGING EN MET HET VOLKENRECHT.

Volgens het Grieks ontwerp-gerechtelijk wetboek (art. 369) houdt de rechter ambtshalve en zonder bewijs rekening met de rechtsgewoonten ; indien hij ze niet kent, mag hij het bewijs ervan bevelen of ieder middel gebruiken dat hij nuttig acht, zonder zich tot de door partijen geleverde bewijzen te beperken. Deze opvatting geldt eveneens in het volkenrecht, zoals uit de volgende passus blijkt :

„Quoi qu'il en soit de cette distinction, quelle que soit la conception de la coutume qu'on adopte, la règle de droit coutumier résulte toujours de l'examen d'un ensemble de faits. Ces faits semblent échapper à la nécessité de la preuve. On ne les retient qu'en vue de dégager une règle de droit. Il semble donc que le principe selon lequel la règle de droit est réputée connue du juge va dispenser les faits dont il s'agit de la procédure de preuve. Le juge international est censé les connaître, et, s'il les ignore, il lui appartient d'en acquérir lui-même la connaissance. C'est, au reste, ce qu'a formellement admis la Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt du *Lotus*. Dans cette affaire, en effet, la Cour constate que, dans l'accomplissement de sa tâche de connaître elle-même le droit international, elle a étendu ses recherches à tous précédents, doctrines et faits qui lui étaient accessibles et qui auraient, le cas échéant, pu révéler l'existence d'un des principes du droit international visés par le compromis. Il semble donc que les parties peuvent se reposer sur ce devoir du juge, et, s'agissant d'une règle de droit, lui abandonner complè-

tement la recherche et l'examen des précédents d'où elle peut résulter. Mais cette conclusion, juridiquement vraie, est un peu théorique. En fait, lorsqu'un Etat se réclame d'une règle de droit coutumier, il a soin de rechercher les précédents qui l'établissent et de proposer ces précédents à l'examen du juge. Il peut s'ensuivre à ce sujet une controverse entre parties, soit quant à la portée, soit même quant à la réalité des précédents invoqués de part et d'autre. Cela est fréquent dans les pays de droit coutumier, comme les pays de „common law". Cela se produit quelquefois en droit international. Et ceci explique que l'on rencontre parfois, surtout chez les auteurs anglais ou américains, des développements consacrés à la preuve de la règle de droit international. Des formules de ce genre ne doivent pas égarer. La règle de droit, comme telle, en tant que principe impersonnel et objectif de droit international n'a pas à être prouvée. Et ceci est vrai tant pour la règle écrite que pour la règle coutumière. Mais cette dernière, reposant sur des précédents, donc sur des faits, peut engendrer des controverses de faits, auxquels la procédure de preuve sera éventuellement étendue" (147).

244. DE BEVOEGDHEID VAN HET HOOGSTE GERECHTSHOF TOT HET BEVELEN VAN ONDERZOEKSMAATREGELEN MET BETREKKING TOT RECHTSGEWOONTEN.

Aldus zagen we de ontwikkeling van de gestelde vraag in Engelssprekend Afrika. In het Kongolese recht is de vraag nieuw. Gesteld wordt dat de Kongolese rechtbanken ten gronde, ook de rechtbanken van geschreven recht wanneer het gewoonterecht toegepast moet worden wegens de aard van het geding, verplicht zijn de rechtsgewoonten ambtshalve toe te passen – zoals in Ghana. Maar de rechter mag niet geacht worden de rechtsgewoonten te kennen ; hij mag ze kennen, maar moet dat niet.

Indien in cassatie over de schending of verkeerde toepassing van een rechtsgewoonte wordt geklaagd, zou o.i. het Hoogste Gerechtshof, om zich over deze vraag van schending van de rechtsregel dan wel de juiste toepassing ervan een oordeel te vormen (wat respectievelijk tot vernietiging van het vonnis a quo of tot verwerping van de voorziening aanleiding zal geven), *de lege ferenda* de bevoegdheid moeten hebben, ambtshalve een onderzoek te bevelen. Zoals men zag werd dit in Nederland blijkens het verslag van de Vaste Commissie voor Justitie voorgesteld bij de bespreking van de nieuwe wet op de cassatie. Hoger werd erop gewezen dat de parketrechtbanken die niet in de beoordeling van de feiten mochten treden, niettemin onderzoeksmaatregelen bevalen naar bestaan en draagwijdte van een rechtsgewoonte.

Er moet op aangedrongen worden dat bij dit onderzoek het beginsel van de mogelijke tegenspraak zou geëerbiedigd worden. De partijen zouden hun opmerkingen over het onderzoek aan het Hof moeten kunnen overmaken.

(147) WITTENBERG, J.C., La théorie des preuves devant les jurisdictions internationales, *Rec. Ac.* 1936, II, blz. 38.

We halen hier opmerkingen aan van Prof. RIGAUX (nr. 82) ; ze zijn toepasselijk op die speurtocht naar de rechtsgewoonte, indien men de woorden *„droit étranger"* vervangen wil door *„droit coutumier"*, en indien men voor ogen houdt dat hij spreekt voor de rechter ten gronde, terwijl het bij het vraagstuk dat ons bezighoudt de cassatierechter is die oordelen moet of een klacht over schending of verkeerde toepassing van gewoonterecht al dan niet de verbreking van het bestreden vonnis zal tot gevolg hebben.

„A vrai dire, la connaissance du droit étranger est l'œuvre commune du juge et des parties, et plusieurs auteurs soulignent la nécessité d'une collaboration. C'est *au principe du contradictoire* qu'il convient de faire appel ici : pas plus que le juge du fond ne peut, après la clôture des débats, soulever d'office le problème de conflit de lois, il ne saurait appliquer d'office (c'est-à-dire sans en avoir averti les parties), une disposition de droit étranger. Si le principe dispositif, inapplicable ici, n'est pas ce qui empêche le juge de connaître la loi étrangère non alléguée par les parties, le principe du contradictoire fait obstacle à ce qu'il l'applique sans avoir invité les parties à un débat contradictoire sur le conflit de lois, en ce y compris la détermination du droit étranger. Comme l'a écrit M. Cyrille David, „connaissance personnelle du juge et discussion contradictoire ne s'excluent pas, elles se complètent". Sur ce point d'ailleurs, il n'y a aucune différence de „nature" entre le droit étranger et le droit national : on a vu ci-dessus que, déjà en droit interne, le principe du contradictoire impose la plus grande discrétion au juge du fond. Affranchie de la stérile antinomie fait-droit, la solution proposée et celle que dans une étude récente Graveson a fondée sur le principe – *Foreign law is treated in English courts as a question of fact* – sont convergentes. L'expertise contradictoire, telle qu'elle se pratique devant les tribunaux britanniques, offre sans doute au juge le moyen le plus sûr d'acquérir une information correcte du droit étranger, et l'on ne peut que suivre M. Francescakis, quand il engage à se méfier „du caractère bureaucratique" des renseignements que le tribunal recueillerait unilatéralement et sans contradiction, d'organismes officiels, nationaux ou internationaux chargés de dispenser des renseignements sur le contenu du droit étranger".

Titel III

VERNIETIGINGSGROND. STRIJDIGHEID VAN DE RECHTSGEWOONTE MET DE OPENBARE ORDE

HOOFDSTUK I

HET TRADITIONELE BEGRIP OPENBARE ORDE

„L'homme de droit, créateur ou interprète, n'a pas de repos tant qu'il n'a pas réussi à définir, ou tout au moins rétrécir à l'extrême le cercle de l'indéterminé."

DABIN, *Technique de l'élaboration du Droit positif.*

245. HET BEGRIP OPENBARE ORDE.

De Kongolese grondwet van 1 augustus 1964 bevestigde in artikel 123, eerste lid, de rechtskracht der traditionele rechtsgewoonten, althans voor zover ze niet tegen de openbare orde indruisen : *„Les cours et tribunaux appliquent la loi et la coutume pour autant que celle-ci soit conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes moeurs"*. De nieuwe grondwet van 24 juni 1967 houdt in artikel 57, eerste lid, dezelfde bevestiging in, op één terminologische verandering na : *„à l'ordre public et aux bonnes moeurs"* wordt *„à l'ordre public de l'etat"*.

Dezelfde termen „openbare orde" worden in een andere context op verscheidene plaatsen door de grondwet, door het burgerlijk wetboek en het decreet op de rechtelijke organisatie en de bevoegdheid gebruikt. Vanzelfsprekend komt dan ook de vraag op, welke juridische betekenis men telkens aan die woorden geven moet. Nergens echter wordt deze vage uitdrukking door de wetgever gedefinieerd ; en als we de rechtspraak en de doctrine naslaan, en in andere rechtsstelsels ons licht gaan opsteken, merken we pas hoe duister dit begrip is. *„Sur cette question de l'ordre public international, la loi est muette et la jurisprudence est prudente . . . Quant à la doctrine, si elle ne se dérobe pas, elle se disperse. A la parcourir on a l'impression de s'avancer sur des sables mouvants"*, verklaarde raadsheer PILON (1) ; *„c'est un vrai supplice pour l'intelligence"*, riep markies de VAREILLES-SOMMIERES uit (2) ; en volgens een door Engelse juristen graag geciteerd

(1) Verslag voor Cass. 11 april 1931, S. 1931, I, 377 ; Cl. 32, blz. 156 en v. ; cfr. procureur generaal LECLERCQ, onder cass. 28 november 1929, *Pas.* 30, I, 34, noot 5.

(2) *Rev. de Lille*, 1899, blz. 674.

aforisme van rechter BURROUGH „*it is an unruly horse which may carry its rider he knows not where*" (3). WURZEL gewaagt van een „*Kautschuk Paragraphe*" (4), terwijl KAHN spreekt van de „*Sisyphus Stein des Ordre public*" (5). Volgens ALGAVE, „*c'est cheminer un sentier bordée d'épines*" (6), en naar het woord van GENY is het „*une véritable enveloppe vide*" (7).

246. DE VEELVULDIGE FACETTEN VAN HET GEBRUIK DAT VAN DIT BEGRIP GEMAAKT WORDT.

Zeer complex is de rol die het begrip te spelen heeft. Wanneer men vonnissen verzamelt die een beroep doen op het begrip „openbare orde", wordt men getroffen door hun diversiteit wat het domein betreft waarin ze het doen tussenkomen. Vele vonnissen zijn van burgerlijke aard : het gaat dan om rechtshandelingen waaraan de rechter elke waarde ontzegt, omdat ze indruisen tegen de openbare orde. Andere vonnissen zijn op het gebied van de burgerlijke rechtspleging geveld : er wordt bijvoorbeeld beslist dat het geding door het openbaar ministerie aanhangig kon gemaakt worden, omdat het om een zaak gaat die de openbare orde aanbelangt ; of nog dat, om zijn beslissing te treffen, de rechter mocht steunen op een middel dat hem niet door een der partijen in de handen werd gespeeld, doch ambtshalve door hem opgeworpen werd, omdat het middel de openbare orde aanbelangt. Weer andere vonnissen zullen een geding betreffen dat een vreemd element bevat, zodat een beroep moet gedaan worden op het conflictenrecht : om de door een der partijen ingeroepen toepassing van een vreemde rechtsregel te weigeren, zal de rechter een beroep doen op het argument dat deze rechtsregel indruist tegen de openbare orde. Ook de administratieve rechter hanteert het begrip openbare orde : in het bekende Franse arrest „*Dol et Laurent*" bijvoorbeeld, staat te lezen „*que pendant la période de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande . . ., il appartient au juge de tenir compte, dans son*

(3) *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bingshaus Reports, 252. De uitdrukking *public policy* (die niet te verwarren is met *public order*) is niet synoniem met openbare orde ; het gaat er om een beperkter begrip waarvan de toepassingen minder verscheiden zijn dan die van het begrip openbare orde ; het begrip wordt slechts in het privaatrecht, in het bijzonder in het recht van de rechtshandelingen, aangetroffen. Men spreekt niet van wetten van *public policy*. Het is een onafhankelijk begrip dat dient om de leemten van de *Common law* aan te vullen. Cfr. DAVID, R., *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Parijs, 1948, blz. 175 en 230. Volgens een dictum van Lord ROMER is het een vaststaand beginsel dat de verbintenis tot uitvoering van een handeling die onwettelijk, onzedelijk of strijdig met de *public policy* zou zijn, nietig is, alsook de verbintenis tot het stellen van een handeling waarvan de *consideration* onwettelijk, onzedelijk of strijdig met de public policy zou zijn (Alexander v. Rayson (1936) I.K.B. 169, blz. 172).

(4) WURZEL, K.G., *Das Juristische Denken*, Wenen, 1904, blz. 84.

(5) KAHN, *Die Lehre von Ordre Public* (Prohibitiv Gesetze), München en Leipzig, 1928, I, blz. 161.

(6) *Rev. Prat. de droit*, 1868, blz. 44.

(7) GENY, F., *Science et Technique en droit privé positif*, Parijs, 1921, III, blz. 482.

appréciation, des nécessités de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu. . . (8)". Zo kan ook de coutumiere rechter ten gronde bijvoorbeeld oordelen dat, vermits de slavernij indruist tegen de openbare orde, de bruidsprijs voor de natuurlijke dochter van een slavin aan de mannelijke familieleden van de moeder toekomt, en niet aan haar ex-meester (9) ; of kan de districtsrechtbank een vonnis vernietigen dat de gewoonterechtelijke norm toepast, volgens welke de weduwe verplicht is de broeder van haar overleden man te huwen (10).

247. DE KOLONIALE OPENBARE ORDE : WAT ZE NIET IS.

Ons interesseert in deze titel natuurlijk alleen de openbare orde die in de laatst aangehaalde voorbeelden gehanteerd werd, en die men de „koloniale openbare orde" ging noemen ; deze openbare orde is inderdaad reden tot annulatie van gewoonterechtelijke vonnissen, en zal wellicht middel tot cassatie worden. Aangezien in Kongo echter over dit begrip veel verwarring heerst, is het noodzakelijk eerst uit te maken wat het niet is ; daarom doen we het hoofdstuk over de „koloniale openbare orde" voorafgaan door een hoofdstuk over het traditionele begrip openbare orde.

> Zoals PAUL BERNARD (blz. 3) het schrijft : „Nous croyons que le droit n'est pas composé d'une série de règles magiques, formées de termes ayant une valeur incatatoire. C'est une science, c'est-à-dire avant tout „une langue bien faite" et c'est un vrai supplice pour l'intelligence que de lui imposer l'utilisation de termes sans signification précise. Il n'est nul besoin d'insister sur l'intérêt théorique et pratique qui, sans conteste, s'attache à une étude de l'ordre public. Préciser le sens de ce terme, c'est en définitive contribuer à l'élaboration d'une notion juridique importante, et, de plus, limiter le domaine de cette notion et de son rôle, c'est déterminer les conséquences qui en découlent pratiquement, ce qui revient à participer à la lutte pour le droit contre l'arbitraire." Ook PAULSEN EN SOVERN delen deze mening, waar ze zeggen : „The overwhelming number of cases which have rejected foreign law on public policy grounds are cases with which the forum had some important connection. . . Resort to the concept is beguilingly easy and does not demand the hard thinking which the careful formulation of narrower, more realistic choice of law rules would require. . . We urge that courts take a second look and ask "in what sense are we applying the public policy doctrine ? " The principal vice of the public policy concepts is that they provide a substitute for analysis. The concepts stand in the way of careful thought, of discriminating distinctions, and of true policy development in the conflicts of laws" (11).

(8) Franse Raad van State, 28 februari 1919, S. 1919, III, 33, noot HAURIOU.
(9) Gewestrb. Bukama, 10 juni 1948, *B.J.I.* 1950, blz. 319 met noot.
(10) Parketrb. Kibali Ituri, 27 juni 1951, *J.T.O.* 1951, blz. 80 met noot.
(11) PAULSEN AND SOVERN, Public Policy in the conflicts of laws, 56 *Col. L. Rev.* 969 (1956), geciteerd uit het casebook „*Conflicts of Laws*", van CHEATHAM e.a., blz. 374.

248. EEN FUNCTIONEEL BEGRIP.

De theoretici hebben zich afgevraagd of er één, dan wel verschillende openbare orden bestaan. Het besluit van dit hoofdstuk zal zijn dat, indien rechtstheoretisch de traditionele openbare orde een conceptuele eenheid vertoont, zij op het vlak van het positieve recht, als juridisch begrip in de verschillende disciplines een te onderscheiden functie heeft te vervullen. De functie die zij vervult in het interne privaatrecht is niet dezelfde als die welke zij bijvoorbeeld in het bestuursrecht vervult ; de rol die zij kan spelen in het internationaal privaatrecht is er een andere dan die welke zij in het intertemporeel recht kan hebben. Het is een bij uitstek functioneel begrip, dat zich nauw aan het leven aanpast, en nog niet kent wat GURVITCH noemt *„la croute conceptuelle particulièrement épaisse caractérisant la technique juridique"* (12).

Men moet erop bedacht zijn dat „een goed jurist goed gastronoom moet zijn", zoals decaan VAN HEE in zijn colleges placht te onderstrepen. Het is *per rechtstak* dat het begrip van openbare orde, ingeroepen naar aanleiding van zeer gevarieerde situaties, in zeer verschillende omstandigheden, nader moet omschreven worden.

(12) GURVITCH, *Eléments de sociologie juridique*, Parijs, 1940.

Afdeling I. RECHTSHANDELING EN OPENBARE ORDE.

„L'ordre public est le précipité des expériences et des aspirations sociales, la cristallisation des sentiments nationaux, la flèche directrice de l'esprit du droit."

MALAURIE, nr. 8.

„On peut donc définir l'ordre public : le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité."

MALAURIE, nr. 99.

249. DE ALGEMENE EN DE BIJKOMENDE RECHTSBRONNEN

Men begrijpt de rol die door het begrip openbare orde gespeeld wordt in het privaatrecht, als men inziet dat de rechtsbronnen in een maatschappij, waaruit de regels die deze betrekkingen beheersen voortkomen, verschillend kunnen zijn. Zonder hierbij de filosofische vraag naar de positiviteit van het recht in aanmerking te nemen, gebruik ik met DJUVARA het woord rechtsbron ter aanduiding van een uiterlijk waarneembaar feit (wet, gewoonte), waaruit een rechtsnorm voortspruit (13) ; GURVITCH onderscheidt in navolging van PETRASIZKY niet minder dan tien soorten rechtsbronnen (14).

De hoogste bronnen, waaruit de op allen toepasselijke regels voortkomen zijn het gewoonterecht (15) en de wet. Deze regels zijn algemeen en scheppen orde in de maatschappij. Aangezien de wet echter, wegens haar algemeen karakter, niet alle situaties kan voorzien en zich aan alle aanpassen, zijn er ook bijkomende bronnen ; in hun vermogen ligt het de bijzondere juridische situaties te regelen. In het systeem van „geschreven recht" is in Kongo bij een rechtshandeling de individuele wil een rechtsbron, naar luid van artikel 33, Boek verbintenissen, van het Kongolese Burgerlijk Wetboek,

(13) *Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de Sociologie juridique*, 1934, Sirey, blz. 82 en v.
(14) *Ibid.*, blz. 116 en v.
(15) Zie over het gewoonterecht : Inleiding.

artikel 1134 van de Napoleontische code. Het begrip openbare orde veronderstelt nu juist een conflict tussen de algemene en de bijkomende bron : de algemene regel die voortkomt uit de eerste, gaat in tegen de bijzondere regel die voortkomt uit de tweede. Het begrip openbare orde dient dan om het conflict op te lossen, en maakt het mogelijk, te beslissen in welke gevallen de bijzondere regel moet buigen voor de algemene. Dit is niet altijd zo ; dikwijls zelfs is de regel die uit de secundaire bron voortvloeit de sterkste. Het komt erop aan, de motieven af te wegen die eensdeels de geldigheid deden aannemen van de bijzondere rechtsbron, en anderdeels aan de basis liggen van de regel die uit de algemene bron voortkomt. Slechts wanneer laatstgenoemde motieven het halen, spreekt men van openbare orde. Zoals JULLIOT DE LA MORANDIERE deed opmerken, gaat het er niet om te weten of deze of gene algemene regel tot de openbare orde behoort, doch of een rechtshandeling ja dan neen strijdig is met de openbare orde ; het gaat om een vergelijking tussen *„les nécessités sociales générales et l'acte particulier"* (16).

Artikel 15, Boek Personen, van het Kongolees Burgerlijk Wetboek bepaalt : *„les conventions et dispositions privées ne peuvent en aucun cas avoir d'effet dans l'Etat Indépendant du Congo en ce qu'ils ont de contraire au droit public de cet Etat ou à celle de ses lois qui ont en vue l'intérêt social ou la morale publique"*. Hiermee moet artikel 32, Boek Verbintenissen, in verband gebracht worden : *„La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public"*. Het begrip openbare orde, dat in beide artikelen bedoeld wordt, veronderstelt, zoals men verder zal zien, een conflict tussen een algemene regel en de als rechtsbron beschouwde individuele wil, en drukt de maat uit waarin de algemene regel voorrang geniet. Over het beginsel is er geen twijfel : de rechtshandeling die strijdig is met de openbare orde, is nietig. Er moeten echter verschillende vragen gesteld worden : Wie zal bepalen wat onder openbare orde verstaan moet worden ? Hoe zal in feite de sanctie van het strijdigzijn met de openbare orde uitvallen ?

§ 1. Functie van de openbare orde en taak van de rechter

250. EEN RECHTERLIJKE TAAK.

Het Burgerlijk Wetboek definieert nergens de openbare orde. Een belangrijke taak wordt aldus aan de rechter toebedeeld ; hij is het die, bij een aanvraag tot vernietiging of tot uitvoering van een rechtshandeling, zal moeten zeggen of ze effect kan sorteren ofwel strijdig met de openbare orde, en ongeldig is.

(16) JULLIOT DE LA MORANDIERE, L'ordre public en droit civil interne, *Etudes Capitant*, Parijs 1919.

Die taak werd hem niet gegund door de meeste Franse en Belgische civilisten uit de negentiende-eeuwse liberale school (17). Het supreme juridische dogma was voor hen inderdaad de vrijheid van het individu, en de essentiële bron van zijn verbintenissen moest in de individuele wil gezocht worden. Ongetwijfeld moesten er sociale regels bestaan, want de vrijheid van de ene moet zijn beperking vinden in de eerbiediging van de vrijheid van d' andere ; de grenzen der vrijheid moesten echter zo nauwkeurig mogelij. afgebakend worden, en vooral door wettelijke teksten worden bepaald. Het begrip openbare orde, dat de almacht van de rechtshandeling in de weg staat behoorde eerst en vooral een *wettelijk* begrip te zijn. Deze doctrine schee houvast te vinden in de tekst van artikel 6 van het Napoleontische wetboek „Van de *wetten* waarbij de openbare orde en de goede zeden betrokken zijn, mag niet worden afgeweken door bijzondere overeenkomsten". Om onder het mes van artikel 6 te vallen zou de rechtshandeling dus strijdig moeten zijn met een wettekst waaraan de wetgever zelf het karakter van openbare orde had toegekend.

Telkens wanneer in een gecodificeerd systeem de rechter de openbare orde heeft willen bepalen, heeft hij dan ook naar de wet verwezen. Er zij. geen Franse arresten die de openbare orde pogen te definiëren (18), maar men vindt er in de Belgische en Zwitserse rechtspraak. Zo verklaart het Belgisch verbrekingshof in een arrest van 9 december 1948, letterlijk een formule van DE PAGE overnemend, dat de openbare orde aangaat de wet die de essentiële belangen van de staat en de samenleving raakt of die in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt, waarop de economische of zedelijke orde van de maatschappij berust (19). Een zelfde verwijzing naar de wet is in de Zwitserse rechtspraak te vinden. Het federale gerechtshof meent dat *„L'ordre public est l'ensemble des lois, des décrets et ordonnances constituant le droit positif de l'Etat"* (20). Door in die termen de openbare orde te bepalen, erkent de rechtspraak impliciet dat het de wetgever past te appreciëren wat tot de openbare orde behoort, en dat zij niet eigenmachtig aan de contractuele vrijheid mag raken door openbare orde te ontdekken buiten een wettekst.

Terwijl het de rechters geweest zijn, die in de common law de public policy geboetseerd hebben, zou onze magistraat dus minder vrij zijn. gehinderd door een geschreven wet waarvan hij de gehoorzame dienaar hoort te zijn ?

(17) Zie ACOLLAS, *Manuel de droit civil, Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon,* Parijs, 1874-75^2, I, blz. 12 v.

(18) Cfr. de besluiten van de Franse procureur-generaal MATTER onder Civ., 4 mei 1931, D. 31, 1, 67.

(19) *Pas.* 1948, I. 699. Dergelijke bepalingen geven ook vroegere arresten : Verbr. 5 mei 1881, *Pas.* 81, I, 280, Besluiten van Procureur-Generaal FAIDER ; Verbr. 21 april 1921, *Pas.* 21, I, 338 ; Verbr. 12 mei 1922, *Pas.* 21, I, 296, Besluiten van TERLINDEN ; Verbr. 21 april 1893, *Pas.* 93, I, 97 (*„L'ordre public est ce que la loi considère comme essentiel et entoure d'une protection spéciale"*).

(20) *Recueil officiel des arrêtés du Tribunal fédéral Suisse,* 1957, II I. 116.

251. DE RECHTER ALS VERSTANDIGE DIENAAR VAN DE TEKSTEN.

Deze klassieke gedachte, waaraan door de rechters lippendienst wordt bewezen, vindt in feite weinig steun in de teksten. Het burgerlijk wetboek werd ongetwijfeld beïnvloed door de liberale ideeën van het einde der achttiende eeuw, maar men mag niet uit het oog verliezen dat het opgesteld werd door magistraten, door mensen van de praktijk, doorkneed in de juridische techniek van het *ancien régime*. Zij wisten dat niet alles kan voorzien en op nauwkeurige wijze kan gereglementeerd worden, en dat een grote mogelijkheid van aanpassing moet gelaten worden aan de rechter, die uitleggen moet. Zelfs in de veronderstelling dat het begrip openbare orde een wettelijk begrip is, en dat een overeenkomst slechts als strijdig met de openbare orde beschouwd zou mogen worden indien ze strijdig is met een tekst, blijft er nog uit te maken welke teksten de openbare orde aangaan en welke niet. De teksten van openbare orde, zegt de klassieke doctrine er bij, zijn uitzondering : zoals alle uitzonderingen moeten ze ten stelligste beperkt worden, en om ze te herkennen is een nauwkeurig criterium vereist (21). In enkele teksten heeft de wetgever ongetwijfeld de moeite genomen, zijn standpunt klaar aan te geven, door nu eens het zuiver aanvullend karakter van de tekst te onderstrepen, door bijvoorbeeld te zeggen „onder voorbehoud van tegenstrijdig beding", dan weer het dwingend karakter, door andere formules als b.v. „op straf van nietigheid van elk tegenstrijdig beding". Het gebeurt evenwel lang niet altijd, en de wet bewaart dikwijls het stilzwijgen ; zelfs wanneer ze van nietigheid spreekt, kan het gaan om een nietigheid, die niet tot de openbare orde behoort. Het is dus de taak van de rechter, de aard van de wetsvoorschriften te kwalificeren, en ontelbaar zijn de arresten die oordelen dat deze of gene tekst de openbare orde al dan niet aanbelangt. Aldus bezit bezit de rechter in feite een veel grotere macht dan de common law-rechter : het beginsel van de letterlijke of restrictieve interpretatie van de *statute-law* verbiedt dit aan de laatste ; hij kan geen karakter van *public policy* geven aan een *statute* waarvan de wetgever niet uitdrukkelijk de bindende kracht heeft vastgesteld. Zo is de Kongolese rechter niet de slaaf van de wetten ; hij is er slechts de verstandige dienaar van, en in bepaalde opzichten zelfs de meester. Des te meer omdat de rechtspraak op die macht geen aanspraak maakt : ze motiveert niet waarom ze een wet tot de openbare orde rekent. Een bekende zin als „de staat der personen kan geen voorwerp zijn van dading of van verzaking" is een eenvoudige vaststelling, geen uitleg. Slechts wanneer de wet uitdrukkelijk hetzij haar aanvullend, hetzij haar karakter van openbare orde bepaalt, zal de rechter deze vrije appreciatiemacht niet bezitten. Binnen deze perken is de macht

(21) Om de boven alles gevreesde willekeur van de rechter te vermijden, zocht de klassieke doctrine tevergeefs naar een definitie, naar een criterium van de openbare orde. Zie voor een scherpe kritiek op de verschillende voorgestelde formules : DE VAREILLES SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899.

van de rechter zeer groot. Hij zal de aard van de sanctie bepalen, indien de wet zich ertoe beperkt de overeenkomsten te verbieden die ermee strijdig zijn. Volgens het belang dat hij aan de regel zal toekennen, zal hij ze straffen met betrekkelijke of volstrekte nietigheid, of zal hij de regel „nemo auditur" doen spelen. A fortiori zal hij, wanneer een wet niet bepaalt dat zij dwingend is, de kwaliteit van openbare orde moeten appreciëren : in alle vrijheid heeft de rechter aldus bijvoorbeeld de maat bepaald, waarin artikel 258, Boek Verbintenissen van het Kongolese Burgerlijk Wetboek (art. 1382, Napoleontisch Wetboek) de openbare orde aangaat (22). Hiervóór werd echter reeds aangestipt dat de continentale rechters zich deze macht niet toekennen, – niet in het minst. Dat de common law-rechters deze schroom delen, blijkt uit de volgende passus van de hand van de Britse hoogleraar LLOYD (23) :

> ‚So abiding is the reluctance of judges to concede that their function is in any way tainted with policy decisions – since it is their duty to say what the law is and what it ought to be – that the layman may be surprised to encounter the occasional use to the concept ‚public policy' in common-law cases, or of its approximate equivalent, ‚morals and public order', in decisions of civil-law judges. Yet the very caution with which these concepts are employed, especially in common-law, jurisdictions, sufficiently demonstrates the deep-felt disinclination to parade judicial law-making powers.
>
> In England, for example, this idea of public policy is mainly used as a very limited means of relieving the court of the duty to enforce contracts which are formally valid but which strongly offend the court's sens of morality or justice, while not involving any actual illegality. The doctrine has been applied to agreements involving sexual immorality as well as to a number of other types of cases, perhaps the most important being agreements in undue restraint of trade, e.g. a clause in a contract of employment which imposes an excessive restraint on the employee after his employment has ceased. Public policy was described by an early nineteenth-century judge as „a very unruly horse which may carry its rider he knows not where", and this dictum, together with the more recent warning that it is „a very unstable and dangerous foundation on which to build until made safe by decision', is regularly repeated in most of the modern cases where this doctrine is involved. Moreover, in some of the cases there are judicial expressions of opinion that the categories of public policy are now forever closed and that the court cannot if it would create a new head of public policy. It is not proposed here to examine further this rather sterile controversy, which clearly impinges on the question how far the existing categories are susceptible of exact definition. For like other forms of judicial law-making the scope of these categories cannot, as we have seen, be resolved by purely logical or semantic demonstration. What does emerge

(22) Zie bijvoorbeeld : Verbr. 22 februari 1900, *Pas.*, 1900, I, blz. 159. Onrechtstreeks ook Verbr. 25 september 1959 (over contractuele aansprakelijkheid).

(23) LLOYD, D., *The idea of law*, Penguin Books, 1964, blz. 271. Cfr. *Public Policy : a comparative study in English and French law*, Londen, 1953.

plainly enough is the judicial attitude of hostility towards any suggestion that this comparatively minor field of policy can be used as a means of enlarging, to any significant extent, the judicial function.

Of course, it may be validly pointed out that in a sense whenever a court creates a new rule or lays down a new application of an old one, this decision so far as it rests upon a value-judgment as to what social need or justice demands, is really an exposition of the court's assessment of the requirements of public policy. It remains a testimony to the strong sense of restraint which indicates most courts that this doctrine is extremely rarely involved in such cases, and then mainly in cases where the public and social element is very strong, as for example in matrimonial cases."

252. GEEN WEZENLIJK WETTELIJK BEGRIP.

Men moet echter een stap verder gaan, en aannemen dat het begrip openbare orde niet essentiëel een wettelijk begrip is (24). Artikel 6 van het Napoleontisch wetboek zegt niet dat het verboden is af te wijken van de teksten van openbare orde, maar wel : van de teksten waarbij de openbare orde betrokken is ; en artikel 1133 : „de oorzaak is ongeoorloofd wanneer zij door de wet verboden is, wanneer zij met de goede zeden of met de openbare orde strijdig is". Dezelfde opmerking geldt voor het Kongolees Burgerlijk Wetboek (art. 15, Boek Personen, en art. 32, Boek Verbintenissen). De openbare orde blijkt dus onafhankelijk van de positieve wetteksten. Er zijn arresten die aannemen, dat een overeenkomst strijdig kan zijn

(24) Vergelijk : Jean DABIN, *Théorie générale du droit*, blz. 178. „ . . . Voilà une notion qui, sauf dans certaines de ses applications, n'est définie nulle part, ni par la loi, ni par la jurisprudence, ni par la coutume. On comprend d'emblée que l'Ordre Public synthétise les principes normatifs essentiels de la vie sociale et politique ; mais rien n'est dévoilé quant à la détermination de ces principes essentiels. Or, le rôle de l'Ordre Public en droit, est tout à fait capital, non seulement comme l'un des critères des lois dites impératives, auxquelles il est défendu de déroger, mais en lui-même, comme barrière infranchissable à l'autonomie des volontés : tout est licite à volonté des sujets, hormis d'entreprendre sur l'Ordre Public. De cet „Ordre Public" plus ou moins variable suivant le temps et les lieux, le juge est en définitive l'arbitre, sous le seul contrôle de la cour suprême, interprête de l'Ordre Public, à défaut de loi. Comment en effet permettre que, en dehors des cas bien incomplets où la loi est venue préciser telle ou telle exigence de l'Ordre Public, les sujets aient licence de contrevenir à un principe quelconque de l'Ordre Public, fût-il non écrit, non prévu ? "
Eveneens : Malaurie, nr. 103.
„De par sa nature même, il semble que le contenu de l'Ordre Public ne puisse être pratiquement défini que par le juge. Son imprécision ne lui permet de prendre un sens et une fonction caractérisée que lors de son application ; sa souplesse l'empêche de rentrer complètement dans les cadres rigides d'une loi, sa relativite et sa variabilité sont incompatibles avec la généralité et la permanence d'une loi. Enfin, et surtout, son caractère fondamental oblige le juge à le faire apparaître malgré les silences de la loi écrite. Pour que l'ordre public puisse s'adapter aux transformations sociales, le juge doit avoir une certaine liberté dans son maniement".
Noteren we dat zo alles wat tot de openbare orde behoort, dwingend is, niet alles wat dwingend is, tot de openbare orde behoort (de dwingende wetten die een privaat belang beschermen namelijk). Cfr. BAETEMAN, Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts prives, *R. C. J.B.*, 1960, blz. 158.
Anderzijds kan de openbare orde zich manifesteren anders dan door de normale dwingende regel (beslissingen van de rechter die niet op een wettekst gebaseerd zijn).

met de openbare orde zonder een welbepaalde tekst te schenden (25). Dan zal het de rechter zijn die zal moeten oordelen of die overeenkomst al dan niet nietig verklaard moet worden.

Hier weze opgemerkt, dat een overeenkomst die, op het eerste gezicht, schijnt af te wijken van een tekst die de openbare orde aanbelangt, of die een materie raakt die als tot de openbare orde behorend beschouwd wordt, niet noodzakelijk nietig verklaard wordt. De overeenkomst moet grondig onderzocht worden en het voorwerp of de oorzaak van die overeenkomst moet strijdig zijn met de openbare orde. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE gaf het volgende voorbeeld : Het stond vast dat de teksten die de onbekwaamheid van de gehuwde vrouw behelsden, in verband met de organisatie van de familie, de openbare orde aanbelangden. Indien nochtans de vrouw zonder toestemming van de man een contract sloot, kon dat nietig zijn, doch het was volgens de rechtspraak een relatieve nietigheid, geen nietigheid van openbare orde : alhoewel de overeenkomst afwijkt van een tekst die met de organisatie van de familie in nauwe betrekking staat, zijn het voorwerp en het doel (verkoop van een goed, verhuring, enz.) op zichzelf niet strijdig met deze organisatie. Maar had men bijvoorbeeld in een huwelijkscontract een clausule aangetroffen, die de vrouw ontsloeg van 's mans toestemming, dan had men voor een clausule gestaan die het uitschakelen van een regel van de familie-inrichting beoogde, en moest ze als tegenstrijdig met de openbare orde beschouwd worden. Hetzelfde geldt voor schenkingen tussen ongehuwd samenlevenden, of voor bedingen die de medecontractant verbieden te hertrouwen, die naargelang het geval, naargelang hun doel, hun causa, nu eens als geldig beschouwd zullen worden, dan weer als strijdig met de openbare orde. De rechter zal over die verschillende punten moeten oordelen.

253. DE GOEDE ZEDEN.

Onafhankelijk van de wet is de rechter in het bijzonder telkens hij een beroep doet op het begrip goede zeden om de individuele willuitingen te bestrijden (26).

(25) Bijvoorbeeld : *Croizé t. Veaux*, 4 december 1929, S. 31, I, 42, noot ESMEIN ; het ging om een overeenkomst tussen een geneesheer en een publiciteitsagent die beschouwd werd als gericht op de uitbuiting der zieken.

(26) De openbare orde is nooit een zelfstandig begrip. MALAURIE formuleert het als volgt : *„Parce qu'il lui est nécessaire d'extérioriser son principe organique, et aussi parce qu'il ne porte pas en lui sa propre justification, l'ordre public n'est jamais une notion solitaire. Il peut trouver sa justification juridique dans la loi qui, par définition, se suffit à elle-même. Mais, lorsqu'il est employé en dehors de la loi comme notion autonome, il doit trouver son fondement philosophique et juridique dans les compléments nécessaires qui sont les valeurs absolues, directement créatrices de droit. L'expression d'ordre public ne détermine pas quel est le contenu des exigences de la société qui doivent être respectées. Pour le savoir, il faut que les corollaires déterminent leur finalité. Ils sont ainsi, selon l'excellente formule du chanoine Le Picard „le terme et le centre vers lesquels converge tout ce qu'abrite la notion plus large d'ordre public" (Dictionnaire de droit canonique, V° Bien Public)."*

De goede zeden maken deel uit van de openbare orde. Dit wordt aangetoond door de voorbereidende werkzaamheden van het Napoleontisch burgerlijk wetboek (27) en die van de Franse Commissie voor herziening van het burgerlijk wetboek (28). De subcommissie achtte het nutteloos uitdrukkelijk de goede zeden te vermelden, zeggende dat de goede zeden deel uitmaken van het begrip openbare orde (29). Indien de plenaire commissie er prijs op stelde, naast de openbare orde de goede zeden te vermelden, verklaarde nochtans haar voorzitter dat het begrip goede zeden op algemene wijze behoort tot het begrip openbare orde ; hieromtrent laat de voorgestelde redactie van het artikel 34 geen twijfel bestaan (30). Evenmin als in de redactie van het Napoleontisch burgerlijk wetboek, is de toevoeging bij het eerste ontwerp een pleonasme ; ze heeft tot doel „*un supplément de clarté*" te geven, volgens het woordt van FAURE, om de rechters diets te maken dat de openbare orde niet beschouwd dient te worden als een begrip dat slechts van politieke en sociale opportuniteit getuigt, maar dat het ook bestaat uit een aantal morele beginselen (31). De goede zeden, behorend tot de openbare orde, vinden geen steun in de wet. De rechter spreekt nooit van een wet van goede zeden : hij behoeft geen wet om de morele regel te doen eerbiedigen.

Hierover schrijft RIPERT als volgt (32) : „Quelque désir qu'aient eu les rédacteurs du code civil de séparer le domaine du droit de celui de la morale, ils n'ont pas réussi à éliminer complètement l'appel nécessaire aux bonnes moeurs pour refréner l'expansion des volontés individuelles. Si l'article 6 du Code Civil peut être expliqué comme une simple application de la valeur obligatoire de la loi d'ordre public, parce que la règle morale ne s'impose au respect qu'après sa consécration légale, les articles 900 et 1172 sur la condition, 1133 sur la cause, 1387 sur les conventions matrimoniales, limitent expressément le pouvoir contractuel par le respect nécessaire des bonnes mœurs. Par la vertu de ces textes, un droit de contrôle est confié aux tribunaux qui consiste justement à mesurer l'observation de la règle morale. Le juge, constitué le gardien de la morale publique, doit censurer les manifestations abusives des volontés individuelles.

En présence de ces textes, les jurisconsultes de l'école classique ne sont pas très à l'aise. Le prolixe Demolombe, qui aurait eu là une belle occasion de déclamation, glisse sur l'article 6 ; Aubry et Rau ne consacrent pas de longs développements à la

(27) FENET VI, blz. 389.
(28) *Travaux de la commission de réforme du code civil,* III, blz. 44.
(29) Interventies van JULLIOT DE LA MORANDIERE, *loc. cit.*, blz. 260.
(30) *„L'acte juridique ne peut avoir un objet contraire à l'ordre public, notamment les bonnes moeurs".*
(31) Slechts op één gebied werd door een zekere rechtspraak een onderscheid tussen het ongeoorloofde en het immorele gemaakt, namelijk bij de hantering van de *nemo auditur*-regel. Slechts de immorele causa zou een hindernis vormen voor de uitoefening van een vordering tot teruggave. De *turpitudo* zou dus slechts uit de schending van de goede zeden bestaan. Cfr. Malaurie, *op. cit.*, blz. 217. Contra : DABIN, J., *R.C.J.B.*, 1967, blz. 36, nr. 16.
(32) RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles,* 1935[3], nr. 23.

cause contraire des mœurs ; Huc déclare l'article 6 inutile en tant qu'il vise les bonnes mœurs. Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs décrivent complaisemment les infractions à l'ordre public pour se dispenser d'énumérer celles qui portent atteinte aux mœurs sans violer aucun texte positif. A vrai dire, tout devait choquer l'école de l'exégèse dans le texte placé en tête du code civil, aussi bien la restriction qu'il apporte au droit naturel de contracter, que l'imprécision de la formule par laquelle il entend imposer cette restriction. Les textes existent pourtant et suffisent à prouver que le législateur a eu conscience qu'il fallait recourir à la loi morale pour compléter les règles normatives posées par le droit.

Les tribunaux font de ces textes des applications constantes. . .

Par la sanction civile de la nullité, la règle morale se fait consacrer ; elle arrive à la vie juridique."

De traditionele moraal is geen abstract begrip waarvan het criterium nauwkeurig bepaald is, vermits hij gevormd werd door een traditie van ervaringen. Het komt de rechter toe, op soevereine wijze deze onvaste notie te bepalen : zo kon de Franse rechtspraak in 1855 menen dat het contract van huwelijksmakelarij tegen de goede zeden inging, en er in 1944 niets meer in bespeuren dat de moraal ergert, zonder daarbij een uitleg te verschaffen voor deze wending in de rechtspraak (33).

254. TE ENGE GRONDSLAG VAN DE KLASSIEKE LEER.

Het zou onmogelijk zijn de rechter die vrije appreciatiemacht te ontzeggen. De individualistische basis van de klassieke doctrine is inderdaad te eng. Het recht is vóór alles een sociale wetenschap : zijn doel is niet de ophemeling van het individu, maar de maatschappelijke vrede, de harmonie namelijk onder de enkelingen, de orde in de maatschappij. In het belang juist van die harmonie erkent het recht een waarde aan de individuele wil, bijvoorbeeld aan de contracten. Dit gebeurt niet om slaafs te buigen voor de almacht van die wil, maar omdat de ervaring aantoont dat de eerbied voor het gegeven woord de maatschappelijke vrede in de hand werkt. Hieruit vloeit voort dat de waarde van de rechtshandeling onderworpen blijft aan de sociale noodwendigheden. Deze worden vertolkt door de wet ; maar alles kan de wet niet voorzien, zeker niet in Kongo. Ontelbaar zijn de individuele aktiviteiten ; hun vormen, hun doelstellingen kunnen tot in het oneindige variëren, het is onmogelijk er enige grens aan te stellen. Buiten de gevallen waarin de wet gesproken heeft, is het noodzakelijk aan de rechter de macht toe te kennen te oordelen of sociale vereisten niet de weg moeten versperren aan de opzet van enkelingen. Deze vereisten zijn talrijk en veranderlijk ; het is onmogelijk ze op strakke en nauwkeurige wijze te bepalen. Ongetwijfeld is er gevaar voor willekeur, maar dit gevaar kan niet vermeden worden. Veel

(33) Req. 27 dec. 1944, D. 45, J. 221, S. 45, 1.32.

zorg moet daarom besteed worden aan de recrutering van de rechters. In werkelijkheid trouwens vindt de rechter in dergelijke zaken de basis voor zijn beslissingen niet in subjectieve gegevens, doch in objectieve elementen : hetzij van kracht zijnde teksten, hetzij de geest die spreekt uit het geheel der wetgeving, hetzij de algemene tendensen in de openbare mening en de waarneming van de economische en sociale feiten (wat men de sociologische bron der openbare orde noemen kan) (34).

255. EEN ONMOGELIJKE OPSOMMING

Alle gevallen opsommen, waarin door de rechter een beroep gedaan wordt op het begrip openbare orde om rechtshandelingen te vernietigen, zou onmogelijk zijn. Wat onderstreept dient te worden is de evolutie die zich op dit punt op vele gebieden voordeed. Praktisch gezien werden sinds het einde van de negentiende eeuw de toepassingen steeds frequenter. Dit houdt verband met de nieuwe opvatting over de betrekkingen tussen staat en enkeling. De fiscaliteit is veel zwaarder en complexer geworden en men heeft veelvuldiger het begrip moeten inroepen om de overeenkomsten te treffen die trachtten eraan te ontsnappen ; anderzijds hebben de monetaire crises analoge tussenkomsten uitgelokt tegen de clausules die de muntontwaarding probeerden te ondervangen. Uit de zorg om de belangen der verbruikers te beschermen tegen de ondernemingen die op zich zelf of dank zij trustvorming over een feitelijk monopolie beschikken, om een billijke verdeling der goederen en der waren te verzekeren in tijden van schaarste, heeft de wetgever vele wetten gemaakt, die hijzelf dikwijls uitdrukkelijk tot de openbare orde rekende. Wat men de economische openbare orde genoemd heeft, maakt het meest recente aspect uit van de openbare orde (35).

256. ANALOGE BEGRIPPEN.

Om een juist inzicht te verwerven in de openbare orde is het wellicht nuttig het begrip met analoge begrippen te confronteren.

a) Betrekkingen tussen het natuurrecht en de openbare orde (36).

CLAPS-LIENHARD verdedigde in haar verhandeling (37) de stelling dat de natuurlijke orde tegengesteld is aan de openbare orde. Dit is onaanvaardbaar,

(34) Cfr. DE BERSAQUES, A., noot in *R.C.J.B.*, 1949, blz. 18.
(35) FARJAT, G., *L'ordre public économique*, Parijs, 1963. Cfr. VASSEUR, M., Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, blz. 1-48.
(36) Over natuurrecht en internationale openbare orde, zie :
FRANCESCAKIS, Ph., *Jurisprudence de droit international privé*, Parijs, 1961, blz. 93 ; zie ook infra, nr. 288.
(37) CLAPS–LIENHARD, M., *L'ordre public*, blz. 161.

en het is duidelijk dat *„l'ordre public ne saurait tourner le dos au droit naturel, idéal de justice"* (DABIN) (38). Of het rechtsideaal, gesynthetiseerd in het natuurrecht, en het orde-ideaal, dat de openbare orde in zich draagt, complementaire begrippen zijn of niet, is een vraag van politieke filosofie of kortweg van politiek, evenals het dilemma : is een onrechtvaardigheid te verkiezen boven de wanorde ? Het volstaat hier op te merken dat wanneer er een conflict rijst tussen de eisen der orde en die der rechtvaardigheid, de openbare orde de overhand dient te hebben, om een radicale ondermijning van de sociale orde te vermijden (MALAURIE, nr 43). Tenslotte mag men zeggen dat wanneer het begrip natuurrecht gebruikt wordt in zijn negative functie, het deel uitmaakt van de openbare orde ; uit voorzichtigheid verkiezen de rechters er die meer neutrale en toch indrukwekkende naam aan te geven.

b) „Bonum commune" en openbare orde.

Deze twee uitdrukkingen, de ene ontleend aan de filosofische terminologie (39), de andere aan het juridische vocabularium, betekenen – in ruime zin gebruikt – hetzelfde vage begrip : het doel van elke sociale regel ; de aanduidingen door de filosofen gegeven, moeten met grote voorzichtigheid gebruikt worden ; de theorie van het „bonum commune" rechtvaardigt alle algemene regels. Elke wet heeft het gemeenschappelijk goed tot doel, terwijl niet elke wet de openbare orde tracht te verwerkelijken. Volgens de thomistische definitie is „het gemeenschappelijk goed het voorwerp van alle soorten wetten, alle die zelfs onrechtstreeks of op secundaire wijze nuttig zijn voor het gemeenschappelijk welzijn der burgers". De openbare orde beschermt slechts rechtstreeks de essentiële grondvesten van de maatschappij, wat de basis van haar bestaan uitmaakt, waarvan ze niet kan ontdaan worden zonder vernietigd of grondig geschokt te worden. Alzo heeft de openbare orde een kleinere uitbreiding dan het bonum commune ; ze komt minder vaak in het gedrang.

c) Openbare orde en algemeen welzijn.

Juridisch gesproken zijn deze twee begrippen niet nauwkeuriger het ene dan het andere, en schijnen ze elkaar te dekken. De bepaling, door de canonisten aan het algemeen welzijn gegeven (*„ce qui doit être tenu pour indispensable à la conservation sociale", Dictionnaire de droit canonique, V° Bien public),* past eveneens voor de openbare orde. Slechts bij onbewust gebruikt van de term openbare orde, in de meest algemene zin dus, is het door-elkaar-gebruiken van de twee noties aanvaardbaar. Daar alle rechtsregels in het belang van

(38) DABIN, J., *Théorie générale du droit,* blz. 205.
(39) Zie : DE MEYER, J., *De staatsidee bij de Fransche philosofen op de vooravond van de revolutie,* Leuven 1949, blz. 16.

het algemeen welzijn bestaan – alhoewel in verschillende graad – doordringt de openbare orde dieper het gehele recht dan na een oppervlakkig onderzoek blijkt (40).

In een beperkte zin integendeel, waarvan de jurist bewust gebruik maakt, heeft de openbare orde een specifiek aspect waardoor het mogelijk wordt, haar te onderscheiden van het algemeen welzijn. „*Le bien public est l'ensemble complet de toutes règles ayant pour objet le bien de la collectivité, tandis que l'ordre public est le petit faisceau des cadres fondamentaux sur lesquels repose la société, son bâti élémentaire*". (MALAURIE, nr. 52).

d) De openbare orde en het publiek recht.

Men heeft zich lange tijd niet kunnen inbeelden dat beide begrippen verschillend konden zijn. De auteurs van het Napoleontisch burgerlijk wetboek gebruikten zonder onderscheid de ene uitdrukking voor de andere (41). Zo vermeldde de eerste redactie van artikel 6 het publiek recht (42), en zonder enige discussie, om uitsluitend redactionele motieven, plaatste men er de openbare orde voor in de plaats (43). De liberale school, die van de openbare orde geen autonoom begrip wou maken, heeft het begrip spontaan verbonden met dat geheel van regels „*qui intéressent plus directement la société que les particuliers*". BAUDRY-LACANTINIERE verklaarde in artikel 6 slechts de vertaling te lezen van een fragment van PAPINIANUS „*Jus publicum privatorum pactis nec laedi, nec mutari potest*" (44). ALGLAVE verklaarde eveneens : „*Le droit public seul intéresse l'ordre public et le droit privé n'intéresse que les particuliers.*" En bepaalde hedendaagse auteurs die de invasie willen bewijzen van het privaatrecht door het publiek recht, verklaren dat er telkens wanneer de maatschappij in het algemeen belang ingrijpt of de wet zekere overeenkomsten verbiedt, verruiming van het begrip openbare orde is, wat een nieuwe aanwinst betekent van het publiek recht (45).

RIVERO deed opmerken dat het publiek recht een institutioneel karakter draagt, dat de openbare orde niet bezit (46). Het publiek recht is een geheel van regels, terwijl de exceptie van openbare orde slechts een hindernis is. Men mag zeggen dat het publiek recht tot de openbare orde behoort, maar in de zin dat, zonder inachtneming van het beginsel der

(40) WINFIELD, *Public policy, in the English common law,* blz. 42.
(41) LOCRE, *Législation etc. . .,* I, blz. 482.
(42) FENET II, blz. 6 ; LOCRE, I, blz. 381.
(43) FENET VI, blz. 16.
(44) Dig. 2, 14, 38.
(45) Bijvoorbeeld SAVATIER, *Trav. de l'Ass. H. Capitant,* I, 1945, blz. 160. MALAURIE, blz. 45, laat opmerken dat het weinig zin heeft in deze zaken Romeinse teksten aan te halen : de openbare orde kan slechts gedacht worden in een juridisch systeem dat het algemeen beginsel kent van wilsautonomie en contractuele vrijheid.
(46) RIVERO, *Droit public et droit privé,* D. 46.6.25.

wilsautonomie, de wil volgens dat recht slechts juridische waarde heeft indien hij conform is met het algemeen belang. In het privaat recht is de openbare orde minder én meer dan dat publiek recht met openbare-orde-karakter : minder, omdat ze slechts een uitzonderlijke rol speelt, daar hier het beginsel geldt dat de wil rechtsscheppend is, behalve indien hij strijdig is met het algemeen belang ; méér, omdat ze dient om instellingen te beschermen die niet noodzakelijk van publiek recht zijn : bijv. niet alle regels van de openbare orde die de staat van de personen of de familiale organisatie raken, maken deel uit van het publiek recht. *„Le droit public établit l'organisation politique de l'état, l'ordre public est l'ordre intangible de la société"* (MALAURIE, nr. 62). En deze laatste is bovenal samengesteld uit burgerlijke instellingen. Ze vormen het meest duurzame kader, het meest stevige geraamte van het sociale leven : men kan de grondwet van een land veranderen zonder zijn natuur te veranderen, maar iedere verandering aan de instelling van het huwelijk, van de vaderlijke macht, van het erfrecht, haalt de maatschappelijke basis overhoop. Al mag openbare orde in het publiek recht een rol spelen, hoofdzakelijk is ze op het burgerlijk recht gericht, want de burgerlijke instellingen zijn de meest fundamentele van een juridisch systeem.

§ 2. Gevolgen van het inroepen van de openbare orde

257. DE THEORIE VAN DE NIETIGHEDEN.

De vraag welke de sanctie zal zijn van het schenden van de openbare orde, hoort thuis bij de theorie der nietigheden (47), waarin onderscheid gemaakt wordt tussen niet-bestaan, betrekkelijke of absolute nietigheid, en de nietigheid van openbare orde ; meer in het bijzonder, de vraag of de aanwezigheid van wettige clausules de gevolgen beperkt van de nietigheid van een onwettig contract (48). We hoeven hier niet verder op in te gaan. Bij een hulpsanctie van de openbare orde, de „nemo auditur" regel, willen we even stilhouden, daar men soms gemeend heeft haar in verband te moeten brengen met de houding van de gewoonterechtelijke jurisdicties.

(47) KAYSER, Les nullités d'ordre public, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1933 1115 en v.; PONSARD, A., *Répertoire de droit civil,* Dalloz 1953, V° NULLITE ; BERTRAND, C., *La notion d'ordre public en matière de nullités,* proefschrift Rijsel, 1939 ; BAETEMAN, G., *art. cit.,* blz. 168 ; VINCENT, J., La procédure civile et l'ordre public, *Mélanges ROUBIER,* Parijs, 1961, II.

(48) De theorie van de deelbaarheid der contracten vormt een hoofdstuk van de causalistische leer ; ze is te vergelijken met de theorie van de *„severance"*, die de common law-rechter de mogelijkheid biedt, eventueel „met een blauw potlood" in een contract de slechte elementen van de goede te scheiden. Noch in de common law, noch in ons recht bestaan er echter absolute regels. Zie hierover : MALAURIE, blz. 208 tot 254.

258. „DE VERBINTENIS KAN GEEN GEVOLG HEBBEN".

In tegenstelling tot de Franse, leiden de Kongolese en Belgische rechtspraak (49) deze oude regel af uit een tekst, namelijk artikel 30, Boek Verbintenissen, van het Kongolees Burgerlijk Wetboek (artikel 1131 van de Napoleontische code). Het algemeen karakter van de uitdrukking „de verbintenis kan geen gevolg hebben" maakt inderdaad mogelijk tegengestelde (50) gevolgen uit éénzelfde regel te trekken : het betekent ofwel dat de rechtshandeling geen enkel recht doet ontstaan (zo, dat de later vastgestelde nietigheid terugwerkende kracht heeft), ofwel dat zij – in weerwil van de nietigheid – geen vordering doet ontstaan) (51), omdat zij onder de „nemo auditur"-regel valt (52).

Deze laatste regel nu roept de rechtspraak slechts in om een onwaardig eiser de vordering tot teruggave te weigeren ; dit vormt het domein bij uitstek van de „nemo auditur"-regel, vermits de beginselen der aansprakelijkheid enerzijds, de nietigheid der rechtshandeling anderzijds, volstaan om de niet-ontvankelijkheid bij een aansprakelijkheidsactie, respectievelijk bij een actie tot uitvoering, te verklaren :

> „. . . ce n'est plus guère que dans le cadre étroit de l'action en répétition du demandeur indigne que cette maxime peut encore être invoquée. En conséquence, bien que la règle *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* ne semble en être qu'une application particulière, les deux adages ont pris la même signification et ont le même champ d'application.
>
> Il est vrai que la maxime *nemo auditur* fait davantage ressortir le point de vue moral et l'idée de dignité de la magistrature tandis que la règle *in pari causa turpitudinis* met en avant la notion d'indignité commune. Mais dans le droit moderne, que l'on cite l'une ou l'autre, ce sera presque toujours dans l'intention de refuser l'action en répétition au demandeur qui fait état de son indignité. La règle *nemo auditur* est déjà suffisamment critiquée dans le sens restreint où nous la comprenons ; vouloir lui attribuer une portée générale la ferait entrer en conflit avec d'autres normes juridiques sur un terrain qu'elle a définitivement perdu." (53)

(49) Het Belgisch cassatiearrest van 8 december 1966 gooide de boeg om : de vrijheid van de rechter werd erkend om de spreuk „in pari causa turpitudinis cessat repetitio" (die niet uit artikel 1131 B.W. af te leiden zou zijn) toe te passen of niet, alnaargelang hij oordeelt dat dit door de maatschappelijke orde gevergd wordt. Cfr. Rev. crit. jur. belge, 1967, blz. 5, met noot DABIN. De hierdoor teweeggebrachte rechtsonzekerheid heeft een profylactische werking.

(50) Het Belgische Hof van Cassatie (uitgezonderd een arrest van 1915, zie noot 62) ziet het antinomische van deze interpretatie niet in ; evenmin een geïsoleerd Frans cassatiearrest van 1865, cfr. MIEOZIANOGORA, J., L'adage „nemo auditur propriam turpitudinem allegans" et le Code Napoléon, *Les antinomies en Droit,* Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Brussel, 1965.

(51) Het onderscheid tussen recht en vordering is in de hedendaagse doctrine klassiek geworden. Cfr. MOREL, *Traité élémentaire de procédure,* 2e uitg., § 25.

(52) Zo ook beduidt het woord *void* ofwel een rechtshandeling die geen juridische gevolgen voortbrengt, maar als grond dienen kan van een restitutie in integrum, ofwel een rechtshandeling die geen voorwerp kan worden van een gerechtelijke actie, omdat deze verlamd zou worden door de regel *„ex dolo malo non oritur actio".*

(53) AUBERT, M., *La répétition des prestations illicites et immorales en droit français, en droit suisse et dans la jurisprudence belge,* Lausanne, 1954, blz. 28 ; zie ook : MALAURIE, nº 347.

259. DE OORSPRONG VAN DE NEMO AUDITURREGEL.

Vanwaar komt deze regel, die bij de codificatie van 1804 nergens opgenomen, doch ook nergens uitdrukkelijk verworpen werd (54) – hetgeen zich trouwens weer voordeed in 1946-47 in de commissie voor herziening van het Frans Burgerlijk Wetboek (55) ? De Digesten besteden een titel aan de *condictio ob turpem vel injustam causam,* om de verrijking tegen te gaan welke voortkomt uit een prestatie die verricht werd met het oog op een toekomstige oneerlijke causa van de accipiens, of met het oog op een overtreding of op een door de wet verboden immorele handeling (56). Terugvordering was mogelijk, uitgezonderd indien de operatie *onzedelijk* was in hoofde van de solvens of van beide partijen ; deze uitzondering vindt men in een gereconstrueerde regel waarvan verschillende versies bestaan : *„ubi dantis et accipientis turpido versatur,* (of : *in pari delicto, in pari causa), melior causa erit possidentis* (of : *potiorem esse possessorem, possessoris conditio melior habetur*)". MACQUERON komt in zijn proefschrift tot het besluit dat het er niet om gaat, een morele regel hoog te houden, maar veeleer om uit eerbied voor het bezit de zaken in hun staat te behouden. Als beschermer van de moraal en van de waardigheid van het gerecht was de regel *nemo auditur* de Romeinen onbekend. Als dusdanig verschijnt hij pas in een decretaal van Innocentius III ; volgens P. SAVEY-CASARD, die een gedocumenteerde historische studie wijdde aan dit onderwerp, waren het de canonisten die op het einde van de twaalfde eeuw als eersten deze regel gebruikten : door de terugvordering te weigeren aan een onwaardige, dachten zij hem te beletten voordeel te halen uit zijn slechte daad, en vooral, beide partijen te straffen door er tevens een inbeslagneming ten voordele van de kerk aan toe te voegen (preventieve rol van de regel) (57).

260. DE COMMON LAW.

De common law kent een gelijkaardige regel : *ex dolo malo non oritur actio.* Men moet teruggaan tot een dictum van LORD MANSFIELD in 1775 om alle aspecten van deze regel te vatten : „De exceptie van onwettelijkheid die een verweerder kan opwerpen, klinkt steeds slecht in zijn mond. Het is

(54) SAVEY-CASARD, *op. cit.*, blz. 71 tot 77 ; SIOUFFI, G., *Essai sur le criterium et la nullité des obligations immorales et illicites,* proefschrift Parijs, 1925, blz. 173 tot 178 ; SAIGET, G., *Le contrat immoral,* proefschrift Rennes 1939, blz. 324.

(55) De subcommissie had de volgende tekst voorgesteld : *„La restitution doit avoir lieu quand même le contrat serait nul comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs".* Na vinnige discussie in de commissie werd die tekst, die de „nemo auditur"-regel overboord werpt, verworpen. Cfr. *Travaux de la com. de réf. du code civil,* 1946-47, blz. 228, art. 87, tweede lid.

(56) Digesten, 12, 5, 3 en 8. MACQUERON M.J., *L'histoire de la cause illicite ou immorale dans les obligations en droit romain,* proefschrift Parijs, 1924, blz. 123.

(57) SAVEY-CASARD, P., *Le refus d'action pour cause d'indignité,* proefschrift Lyon, 1930, blz. 42-43. Het is wel interessant in dit verband te noteren dat het artikel 147 van het huidige Russische burgerlijk wetboek in hetzelfde geval de inbeslagneming ten voordele van de staat voorziet.

dan ook niet in zijn belang dat de exceptie steeds aanvaard wordt, maar wel omdat ze gegrond is op de algemene beginselen van de openbare orde ; om deze redenen en in weerwil van de echte rechtvaardigheid, zal de verweerder het halen op de eiser, bij toeval om zo te zeggen. Het beginsel der openbare orde is *ex dolo malo non oritur actio.* Geen rechtbank zal hulp verlenen aan een man die zijn vordering grondt op een onwettige of immorele rechtshandeling. Indien aldus uit de houding van de eiser blijkt dat zijn vordering gegrond is op een *turpis causa* of op een schending van het positieve recht van het land, dan verklaart het Hof dat hij geen recht op bijstand heeft. Hierbij kijkt de rechter niet naar het belang van de verweerder, maar hij weigert dergelijke partij bij te staan. Indien de verweerder en de eiser van plaats zouden veranderen, dan zou laatstgenoemde het halen, want als beide partijen een fout hebben begaan *potior est conditio defendentis.*" (58) In het Engelse recht is de „ex dolo malo"-regel de algemene regel ; hij streeft naar het behoud van het status quo. In ons recht streeft de „nemo auditur"-regel eveneens naar het behoud van de status quo, maar hij is slechts een uitzondering op de regel vervat in de aangehaalde artikelen 1131 of 30, Boek Verbintenissen : deze tekst schrijft de retroactieve vernietiging voor en streeft naar een terugkeer tot het status quo ante. De *ex dolo malo*-regel is duidelijk een proceduraal begrip (59). Dikwijls ook legt men in de Franse doctrine de *nemo auditur*-regel uit met beschouwingen over de onwaardigheid van de pleiter en de waardigheid van de magistratuur (60). Voor CARBONNIER is de regel *nemo auditur* rationeel onafhankelijk van het artikel 1131 en „*. . . n'est qu'un procédé empirique pour fermer les prétoires au scandale. Ce serait à peine forcer le sens des mots que de dire qu'il y a là une mesure de police d'audience ressortissant à l'impérium plutôt qu'à la judicatio.*" (61)

261. HET KONGOLESE RECHT.

Wat het Kongolees geschreven recht betreft, zal het van het Opperste Gerechtshof afhangen of de *nemo auditur*-regel gehandhaafd zal worden : hij heeft in de rechtsleer vele tegenstanders (62). Wat anderzijds het gebruik van deze regel door de gewoonterechtbanken betreft : hoe men die ook moge

(58) HOLDSWORTH, *A History of English Law*, VIII, blz. 65.
(59) HOLMAN V' JOHNSON (1775) 98, E.R. 1121 ; aangehaald door MALAURIE, nr. 323.
(60) Bijvoorbeeld : AUBRY et RAU, VI, § 442 bis, nr. 8.
(61) CARBONNIER, noot *J.C.P.*, 1948, II, 4474. Zie ook VINCENT, J., *op. cit.*, blz. 336, noot 93. De tegenstanders van de „nemo auditur"-regel, antwoorden hierop : *„La justice est due toujours et à tous ; il nous paraît impossible d'admettre qu'il existe une catégorie d'affaires et une classe de plaideurs auxquels on soit en droit de dire : l'accès du prétoire vous est fermé, nous ne voulons pas vous entendre ! "* DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, XXXI, blz. 377, nr 437.
(62) Voorstanders : BARTIN onder AUBRY et RAU, VI, vijfde uitgave, § 442 bis, nr 8 ; RIPERT, *La règle morale*, blz. 203 ; DE BERSAQUES, A., *R.C.J.B.*, 1949, blz. 339-349 ; DE

opvatten – als wettelijk begrip zoals in de Belgische rechtspraak (6), als jurisprudentiëel begrip zoals in de terzake soepeler Franse rechtspraak, of als proceduraal begrip zoals bijvoorbeeld CARBONNIER – het blijft een positieve rechtsregel uit het geschreven systeem ; als zodanig mag hij door de traditionele rechtbanken niet gebruikt worden om bestaande gewoonterechtelijke normen te verwerpen.

262. RECHTSPRAAK : TERUGVORDERING VAN SOMMEN GESCHONKEN BIJ GELEGENHEID VAN CONCUBINAAT.

In de gewoonterechtelijke rechtbanken van Leopoldstad nochtans wordt, om de eisen in verband met concubinaat af te wimpelen, soms allusie gemaakt op de *nemo auditur*-regel. In feite wordt hier een regel van geschreven recht toegepast, wat ingaat tegen het decreet op de inlandse rechtbanken (64). Soms laat een vonnis uitschijnen dat ook het gewoonterecht dergelijke *nemo auditur*-regel zou kennen, en dat concubinaat tegen de interne gewoonterechtelijke openbare orde zou indruisen. Dit laatste mag wel als *wishful thinking* bestempeld worden. Het blijkt dat bijvoorbeeld te Leopoldstad het nieuwe gewoonterecht integendeel het concubinaat regelde ; de rechtbanken pasten die nieuwe normen toe, tot ze in 1928 op aandringen van de stedelijke districtscommissaris weigerden nog verder kennis te nemen van die gedingen. Om te weigeren dit in Leopoldstad geldende – een antropologische studie zou dit kunnen bevestigen – gewoonterecht toe te passen, staat volgens het decreet op de inlandse rechtbanken slechts één middel ter beschikking : de regel zelf strijdig verklaren met de „koloniale" openbare orde. Het tweede hoofdstuk handelt over dit begrip.

263. RECHTSPRAAK : DE ERKENNING VAN EEN OVERSPELIG KIND.

In een vonnis van de gewestrechtbank van Lusambo (65) wordt de

HARVEN, P., *R.C.J.B.*, 1949, blz. 194-208. We noteren terloops dat in de Belgische rechtspraak een alleenstaand cassatiearrest van 1915 (Verbr. 11 maart 1915, *Pas.* 1915-1916, I, 208) impliciet het adagium verwerpt : *„C'eut été accorder à l'un des joueurs . . . un avantage en contrariété avec les principes généraux du Code Civil général ; par ces articles 1131, 1133 et 1376 combinés, et sans autre exception que celle de l'article 1967, oblige celui qui reçoit par erreur ou sciemment, en vertu d'un engagement dont la cause est illicite, à restituer à celui de qui il a reçu indûment".*
Onder voorbehoud : PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique*, VII, eerste uitg., door ESMEIN, blz. 349.

(63) Het Zwitserse wetboek der verbintenissen bevat de *nemo auditur-regel* expliciet in artikel 66 : *„Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux bonnes moeurs".* Het ontwerp van Frans-Italiaans burgerlijk wetboek voorziet in het tweede lid van art. 27 : *„Celui qui a acquitté une obligation contraire aux bonnes moeurs ne peut exercer l'action en répétition si ce n'est lorsqu'il n'y a pas eu de sa part atteinte aux bonnes moeurs".*

(64) Zie PAUWELS, nrs. 228 v.

(65) Gewestrb. Lusambo, 20 juli 1954, *J.T.O.*, 1953, nr. 53, blz. 170, geciteerd infra.

nemo auditur-regel aangehaald om de erkenning van een overspelig kind te weigeren : „*attendu que la règle de la protection du mariage et de réprobation de l'adultère est donc universelle ; qu'en conséquence il y a lieu à application du diction juridique ,nul ne peut plaider sa propre turpitude'.* Afgezien van het feit dat in een dergelijke hypothese deze regel evenmin in het geschreven recht technisch hoeft gebruikt te worden, zien we dat hij ook hier dient om geschrevenrechtelijke beginselen op te leggen ; de rechtbank haalt trouwens uitdrukkelijk de artikelen 206 en 226 van het burgerlijk wetboek aan.

264. RECHTSPRAAK : DE TERUGVORDERING VAN DE BRUIDSPRIJS BIJ NIETIGHEID VAN HET HUWELIJK.

Ingeval van terugvordering van de bruidsprijs door een polygaam bij ontbinding, of liever bij het vaststellen der nietigheid, van een huwelijk dat hij te kwader trouw sloot, wil A. SOHIER in feite de *nemo auditur*-regel invoeren, waar hij schrijft :

> „Le décret du 4 avril 1950, relatif à l'interdiction de la polygamie, dispose qu'à partir du 1 janvier 1951 nul ne peut contracter un mariage coutumier avant la dissolution ou l'annulation du ou des mariages antérieurs. Aucune sanction pénale ou civile n'est prévue, mais le mariage conclu en violation de l'interdiction est nul de plein droit. Les tribunaux n'ont pas à en prononcer la nullité : ils doivent simplement reconnaître qu'il est et a toujours été nul. Cependant, par une importante dérogation à ce principe qui s'inspire de l'article 115 du code civil, le mariage nul produit dans tous les cas ses effects coutumiers à l'égard des enfants, ainsi qu'à l'égard du ou des époux qui l'ont contracté de bonne foi.
>
> On nous demande comment doivent être réglées les questions de dot lorsque le tribunal reconnaît l'illégalité d'une union pour laquelle une dot a été versée. La femme, libérée de tout lien conjugal, rentre dans sa famille. S'il s'agissait de la dissolution d'un mariage régulier, la dot devrait être restituée. En est-il de même dans le cas qui nous préoccupe ? Le problème n'offre pas de difficulté si les deux compères, le père et le mari, ont agi en connaissance de l'interdiction légale. Ils ne sont pas de bonne foi. L'obligation a, dans le chef de l'un comme de l'autre, une cause illégale. Aucun des deux ne peut s'en prévaloir en justice. Le mari ne peut pas se faire rembourser" (66).

In overeenstemming met deze stelling vernietigde in 1958 de parketrechtbank van KIKWIT (1958, 21), wegens strijdigheid met de openbare orde, een vonnis van de sectorrechtbank ; op vordering van Mvuyi, die (alhoewel in 1941 met vrouw Lusamba gehuwd) in 1956 een bruidsprijs voor Ntulu Agnes betaald had, werd de echtscheiding van laatstgenoemde uit-

(66) SOHIER, A., Notes de droit coutumier, *J.T.O.* 1953, nr. 53, blz. 45.

gesproken, en werd het recht op terugvordering van de bruidsprijs aan de man toegestaan : „*Le demandeur et le défendeur (Lemba de Ntulu Agnes) ont reconnu à l'audience qu'ils étaient de mauvaise foi. L'obligation dans le chef de l'une comme de l'autre partie a une cause illégale, et aucun des deux ne peut s'en prévaloir en justice. Le mari ne peut donc se fair rembourser. Cette coutume est contraire aux dispositions législatives*". In dezelfde zin werd de *nemo auditur*-regel opgelegd aan de gewoonterechtelijke jurisdicties in Zuid-Kasaï in verband met de polyandrische huwelijken : „*Les tribunaux furent invités à rejeter systématiquement toute plainte d'une classe d'âge ayant pour objet une épouse commune*" (67).

> Een instructie van de procureur-generaal van Leopoldstad (onder KIKWIT 1959, 63) gaat nochtans terecht in een andere zin : „Pour donner à la législation nouvelle son efficacité et pour rompre la deuxième union coutumière selon les règles de la coutume en matière de divorce, que j'invoque par analogie, il faut nécessairement en arriver à admettre le remboursement de la dot, faute de quoi l'union ne sera jamais considérée par les intéressés comme rompue. Il n'y a pas lieu de distinguer selon que les intéressés sont ou non de bonne foi comme le fait Sohier dans sa note de droit coutumier publiée au J.T.O., année 1953, page 45".

Wij menen eveneens dat de nietigheid een terugkeer naar de *status quo ante* vergt, en dus ook terugvordering van de bruidsprijs. Het *nemo auditur*-beginsel, ongeschreven procedurale regel uit het geschreven recht, hoeft hier niet gebruikt te worden.

265. RECHTSPRAAK OVER CONTRACTEN.

Twee voorbeelden nog uit het contractenrecht : Botuli verkocht 50 kruiken wijn op krediet aan Bisoki, die echter naliet te betalen. De gewestrechtbank van Leopoldstad verklaarde de vordering onontvankelijk omdat door de eiser een handelsdaad gesteld werd die indruist tegen een wetgevende verordening van 2 juli 1917, houdende verbod van verkoop op krediet aan inlanders. De rechtbank had het over „*une règle de procédure qui prévoit que les tribunaux ne peuvent sanctionner une cause illégale.*" (LEOPOLDSTAD 1957, 63) De gewestrechtbank van Tshela weigerde de terugvordering toe te staan van een geldsom die overhandigd werd in een transactie over verboden goudsmokkel (MATADI 1958, 118).

266. DE GEWOONTERECHTELIJKE RECHTSPLEGING.

Tot slot kan erop gewezen worden dat er in de gewoonterechtelijke rechtspleging eventueel wel een *nemo auditur* beginsel in een andere zin kan

(67) BRAUSCH, G., Polyandrie et „mariage classique" chez les Bashi Lelé (Kasaï), *Problèmes d'Afrique Centrale*, 1951, nr 12, blz. 99 (zie nr 355).

bestaan, als uiting namelijk van de „politionele" macht van de rechter, die schandaal vreest en de rechtbank niet wil laten bespotten (68).

§ 3. De „gewoonterechtelijke openbare orde"

267. EEN NIEUW BEGRIP.

In 1955 duikt in de rechtsleer (69) het begrip „gewoonterechtelijke" openbare orde op, en het komt sindsdien ook in de rechtspraak voor. Aldus vindt men in de gewestrechtbank van Leopoldstad voor het jaar 1959 een vijftiental vonnissen waarin de afstand van vaderlijke macht als strijdig met de „gewoonterechtelijke" openbare orde wordt aangezien (70) ; elders wordt het *res iudicata*-beginsel tot de „gewoonterechtelijke" openbare orde gerekend (71).

268. EEN NUTTELOOS BEGRIP.

Is dit beroep op een nieuw begrip gegrond ? Vooruitlopend op het besluit van dit hoofdstuk, waarin we het begrip openbare orde ontleden, kunnen we stellen dat dit begrip zes autonome functies te vervullen heeft, nl. een internrechtelijke, een rechtsconflictuele, een intertemporele, een procesrechtelijke en een bestuursrechtelijke, waarbij de moderne versie der „koloniale" openbare orde moet gevoegd worden (cfr. hoofdstuk II).

Alvorens aan deze reeds ingewikkelde verzameling een exemplaar toe te voegen, moet vaststaan dat dit nieuw begrip eveneens een autonome functie vervult en dus nodig is. Daarom wordt in deze paragraaf de vraag gesteld of het nieuwe begrip „gewoonterechtelijke" openbare orde nodig is.

Het is bekend dat op het Kongolese grondgebied twee verschillende rechtsstelsels van kracht zijn, toegepast door twee feitelijk gescheiden gerech-

(68) De rechtbank staat een vergoeding toe aan een man die door zijn minnares op een gevoelige plaats werd gebeten ; Gewestrb. Basankusu, 27 mei 1935, *B.J.I.* 1935, nr 6, blz. 140 (een vordering tot vergoeding wegens veneriische besmetting door een overspelige vrouw tegen haar minnaar ingespannen, wordt ontvankelijk verklaard). Dergelijke houding van de rechtbanken kan tot geen vernietiging aanleiding geven. Een overdreven preutse hantering van de eventueel bestaande gewoonterechtelijke „nemo auditur"-regel (in vernoemde enge zin) zou daarentegen wel tot vernietiging kunnen leiden, wegens rechtsweigering namelijk (schending van artikel 18 D.I.R. en van artikel 57 van de grondwet). Zie ook GLUCKMAN, blz. 204.

(69) PETIT, M., *J.T.O.* 1955, blz. 171.

(70) R.T.T. 13088, 13092, 13105, 13115, 13170, 13214, 13296, 13361, 13388, 13395, 13399, 13342, 13442, 13448, 13460 (onuitgegeven).
Het weze terloops opgemerkt, dat deze afstand van vaderlijke macht wel mogelijk was volgens de rechtspraak van het buurland KONGO–BRAZZAVILLE (Rechtbank van lokaal recht van eerste rang te Pointe–Noire, 12 oktober 1955, noot ROBERT A., *Rev. jur. et pol. de l'Union Française*, 1956, nr 2, blz. 400).
De Leopoldstadse (*1959, 25*) parketrechtbank verwerpt impliciet het begrip „gewoonterechtelijke openbare orde in casu" : *„cette incessibilité est la normale mais n'est pas absolue".*

(71) R.T.T., 13.155.

telijke orden De vraag kan nu worden gesteld of ook voor een gewoonterechtbank een interne openbare orde kan ingeroepen worden tegen een overeenkomst die onder het gewoonterecht werd gesloten, en hoe dit begrip eventueel moet opgevat worden.

In een gewoonterechtelijk systeem kan men zich a priori het bestaan indenken van een begrip interne openbare orde, voor zover er in dit systeem een conflict mogelijk is tussen de gewoonte en een secundaire rechtsbron (supra, nr. 249). In een bepaalde homeonomische kring zou de gewoonterechtelijke openbare orde dan het geheel der sociale regels zijn waarvan private overeenkomsten niet mogen afwijken naar de mening van hen die gewoonterechtelijk de macht in handen hebben (72).

Van openbare orde kan men echter slechts spreken als het beginsel van de contractuele vrijheid van partijen is aanvaard, d.i. de macht die de enkelingen hebben om zelf alle voorwaarden en modaliteiten van hun verbintenissen te regelen, om zonder wettelijke voogdij zelf over de inhoud en draagwijdte van hun overeenkomsten te beslissen (73). O.i. is dit voor het rurale gewoonterecht niet het geval, en we denken hierbij aan het woord van Sir Henry MAINE : „*We may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from status to contract.*" (74)

In de stedelijke agglomeraties werden integendeel de contractuele verhoudingen veelvuldiger, en in het coutumiere stadsrecht vond de wilsautonomie erkend. Door een gewoonterechtbank kan een contract nietig verklaard worden omdat het maatschappelijke vereisten miskent. *Laatstgenoemde nu zijn gelijk voor alle contracten of ze onder het geschreven, dan wel onder het coutumiere recht gesloten werden.* Het heeft aldus geen belang te weten of de overeenkomst tussen een arts en een publiciteitsagent, gericht op de uitbuiting van zieken onder het geschreven recht valt of onder de gewoonten om het strijdig met de openbare orde te verklaren. Aldus ook verklaarden de inlandse rechters van Leopoldstad, zoals hun geschreven rechtelijke collega's een speelschuld niet afdwingbaar (75), en een overeenkomst *de quota litis* met een verdediger nietig (76).

(72) Deze bepaling is analoog aan die van DE HARVEN, in *R.C.J.B.* 1947, blz. 205.

(73) DE PAGE H., Considérations sur l'évolution du principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, *Bull. Koninklijke academie van België, Klasse der Letteren*, 1950, blz. 574.

(74) MAINE, H., *Ancient Law*, blz. 165 ; *L'ancien droit*, vertaling Courcelle-Seneuil, 1874, blz. 160 v. en blz. 288 ; over de zogeheten wet van MAINE, cfr. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Dalloz 1953, blz. 404 ; ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963, blz. 17. Cfr. GLUCKMAN, blz. 28.

(75) Centrumrb. 273/29 (onuitgegeven). Zie PAUWELS, *Proefschrift*. De eiser roept in dat verweerder hem nog 190 fr schuldig is op een som die hij geleend heeft. De verweerder bekent dat hij bij kaartspel van eiser 50 fr geleend heeft. De rechtbank verwerpt de vordering en veroordeelt de eiser tot de kosten : „*Attendu que la dette qui a été contractée est, en vertu d'un jeu d'hasard*" (sic). De rechtbank bezigt de term openbare orde niet, doch spreekt van „*dette non valable*".

(76) Gewestrb. Leopoldstad, 26 februari 1955, *B.J.I.* 1957, 27.

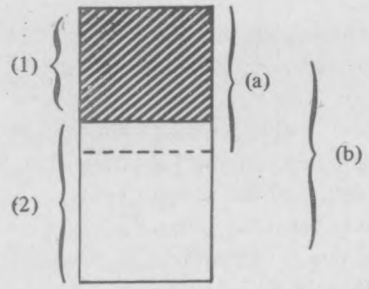
Hoger werd gezien dat de openbare orde niet essentiëel een wettelijk begrip is, en betoogd werd dat de rechter de macht moet hebben, te oordelen of de maatschappelijke vereisten niet de weg moeten versperren aan wat de enkelingen gewild hebben. De basis van zijn vonnis vindt hij in objectieve elementen : de geest die uit het geheel der wetgeving spreekt, de algemene tendensen van de opinie en de waarneming van de economische en maatschappelijke feiten. De door de rechter erkende sociale imperatieven dienen in – laat ons zeggen – het rechtsgebied Leopoldstad, door alle contractanten geëerbiedigd te worden, onder welk van beide rechtssystemen ze ook mogen leven.

Hierop bestaat een uitzondering. De nietigheid krachtens openbare orde kan voortvloeien (en dit gebeurt dikwijls) uit een dwingende wettekst, terwijl de coutumiere rechter, die onder geen voorwendsel (indien het hem niet voorgeschreven is) geschreven recht mag toepassen, kan oordelen dat de geïmpliceerde maatschappelijke vereisten in de gewoonterechtssfeer niet als dwingend aangevoeld wordt. Een hypothetisch voorbeeld : indien het geschreven recht de onbekwaamheid van de gehuwde vrouw voorschrijft, zal een beding in een huwelijkscontract die de bekwaamheid van de vrouw voorziet, nietig zijn als strijdig met de openbare orde. Indien in het lokale gewoonterecht de vrouw echter handelingsbekwaam wordt geacht, zal een dergelijke clausule in een onder het gewoonterecht gesloten overeenkomst geldig zijn.

Niets belet echter de gewoonterechter in de gewoonterechtelijke sfeer een sociale vereiste, waarvoor de private overeenkomsten moeten buigen, te erkennen, terwijl ze ook in een dwingende wet wordt belichaamd ; laatstgenoemde omstandigheid is voor hem nochtans irrelevant. *Anderdeels erkennen we geen nietigheid krachtens openbare orde, die niet in de geschrevenrechtelijke, doch enkel in de gewoonterechtelijke sfeer zou voorkomen.* Zij alleen zou het etiket „coutumiere" openbare orde verdienen. In de gewoonterechtelijke instellingen werkt de wil echter niet rechtsscheppend ; de individuele wil heeft er slechts juridische waarde, indien hij met de gewoonte conform is.

Het lijkt aldus overbodig over een „gewoonterechtelijke" openbare orde te spreken. Voor de rechter van geschreven of gewoonterecht is kwalitatief de interne openbare orde dezelfde. Kwantitatief zijn de gevallen minder talrijk voor de coutumiere rechter, vermits alle gevallen moeten worden uitgesloten waarin de openbare orde uit een dwingende wettekst blijkt, maar die door de coutumiere rechter niet als sociale imperatief worden aangevoeld.

Slechts wie nog in de valse voorstelling leeft dat de intern rechtelijke openbare orde een essentieel wettelijk begrip is, zal het begrip (interne) coutumiere openbare orde niet overbodig vinden.



Legende : (1) sociale imperatieven van rechterlijke oorsprong
(2) sociale imperatieven vervat in dwingende wet
(a) door gewoonterechter ingeroepen
(b) door rechter van geschreven wet ingeroepen.

269. DE ERKENNING VAN EEN OVERSPELIG KIND.

Aan de hand van enkele vonnissen wordt aangetoond hoe het invoeren van dit begrip slechts verwarring kan stichten. Eerst een vonnis van de gewestrechtbank van Lusambo van 1954, dat de erkenning van een overspelig kind als strijdig met de openbare orde verwerpt (77).

De zaak „Ngoi"

Déclarations des parties :

Ngoy : Je me suis marié le 11 mai 1944 avec Bibi Victorine, mariage religieux et coutumier.

Je n'ai pas eu d'enfant de ma femme. J'ai eu des relations avec une veuve, Baleja Esther (veuve depuis 1950) et j'ai eu d'elle un enfant Ngoy Justin, né le 12 juin 1952. Je demande à pouvoir reconnaître cet enfant.

Bibi Victorine : P. Punda Jean, M. Bombo, V. Luyamba, T. Demba, femme de Ngoy Dominique.

Q.– Cet enfant de votre mari, l'adopteriez-vous comme le vôtre, agissant en cela, pour son bien, comme s'il était votre enfant ?

R.– Oui.

Baleja Esther : P. Tshimanga M. Tshisau V. Bakwa Rianga T. Lusambo, veuve, race Bakwa Nianga (Baluba), née en territoire Lusambo mais d'un clan originaire du territoire Bakwanga.

Q.– C'est bien vous qui avez mis au monde cet enfant ?

R.– Oui.

Q.– Acceptez-vous que cet enfant que vous avez eu de relations extra-conjugales soit remis à votre amant, lequel en le reconnaissant aura tous les droits sur cet enfant et le fera entrer dans la communauté qu'il forme avec sa femme ?

(77) Gewestrb. Lusambo, 20 juli 1954, *J.T.O.*, nr 53, blz. 170 noot A.S.

R.– Oui.

Q.– Vous n'êtes pas une femme légitime. Vous perdrez tout droit sur l'enfant. Si Ngoy est muté, l'enfant partira avec lui et vous resterez seule. Etes-vous d'accord ?

R.– Oui, il peut partir avec l'enfant, je resterai seule.

Dernière déclaration du défendeur ou du prévenu : Audience du 27 juillet 1954 :

Actons qu'il résulte d'une enquête que : Le père de la femme Tshibombo Jacob est décédé en 1935. La famille est originaire du territoire Bakwanga. Il n'existe aucun représentant du sexe masculin de ladite famille en territoire Lusambo.

Attendu qu'il résulte des débats à l'audience que le demandeur Ngoy sollicite la reconnaissance de l'enfant Ngoy Justin né de relations adultérines avec la femme libre Baleja Esther ; Attendu que la coutume Musongo et la coutume Muluba permettent au père adultérin de la reconnaître moyennant le versement d'une indemnité de rachat à la famille de la femme mais uniquement si le père de la femme ou à son défaut le représentant qualifié du clan y consent ;

Attendu que la femme Baleja, mère de l'enfant, et sans attaches familiales à Lusambo, étant née d'un clan Bakwa Nianga (Baluba) originaire du Territoire Bakwanga : que le consentement du père de la femme ne peut être présumé car il est suivant la coutume locale tant Muluba que Musonge, une condition formelle à la reconnaissance de l'enfant naturel par son père ;

Attendu d'autre part que le demandeur Ngoy, par son mariage religieux a volontairement accepté une coutume évoluée selon laquelle l'enfant né de relations adultérines ne saurait être reconnu ;

Attendu qu'en cas de conflit de coutume, la coutume ancienne n'a plus, quand une règle nouvelle a pris sa place, aucune force obligatoire pas plus qu'une loi abrogée (A. Sohier, Traité élémentaire de droit coutumier du Congo Belge, 1949, p. 25).

Attendu qu'au surplus il y a lieu d'examiner si la coutume ancienne n'est pas elle-même contraire à la législation ou à l'ordre public (Charte colon., art. 4, al. 2).

Attendu que le code civil congolais en son article 206 dit que tout enfant naturel peut être reconnu par son père ou par sa mère ou par l'un et par l'autre à moins que le fait même de la reconnaissance n'implique nécessairement que l'enfant soit né d'un commerce incestueux ou adultérin ;

Attendu d'autre part que l'article 226 du Code civil congolais exclut la possibilité de l'adoption de l'enfant né d'un commerce adultérin ;

Attendu que, par conséquent, le législateur a fait connaître ses intentions sans la moindre ambiguïté ;

Attendu d'autre part que la notion d'ordre public n'a pas été définie par la charte coloniale, que celle-ci a laissé à la jurisprudence le soin de préciser l'intention du législateur ;

Attendu que l'ordre public peut être défini l'ensemble des règles essentielles à l'organisation de la société, telle que le législateur la conçoit (Sohier, op. cit., p. 19) ;

Attendu que dans tous les pays reconnaissant le mariage monogamique, celui-ci est protégé et que l'adultère y est considéré comme une faute grave ;

Attendu que même dans la société congolaise primitive, reconnaissant le mariage sous sa forme polygamique, l'adultère donne lieu à application de sanctions sévères ;

Attendu que la règle de protection du mariage et de réprobation de l'adultère est donc universelle, qu'en conséquence il y a lieu à application du dicton juridique nul

ne peut plaider sa propre turpitude ;
Attendu que de ce fait la coutume ancienne, dont l'application est demandée, est contraire à l'intention du législateur et à l'ordre public, que sa revalorisation serait la négation même de l'institution du mariage et des buts que celui-ci poursuit avec l'approbation du législateur ;
Attendu qu'il ne peut, en conséquence, être fait droit a la demande du demandeur Ngoy ;

Par ces motifs,
Le Tribunal
Déboute le demandeur (. . .)".

Ngoi, die naar coutumier en kerkelijk recht gehuwd is met Bibi, vraagt dus (buiten elk geding) de gerechtelijke erkenning van een kind dat geboren werd uit overspelige betrekkingen met een vrije vrouw, Baleja. (De eiser zoekt een titel die hem recht op kindervergoedingen kan verschaffen en hem misschien in staat stelt te ontsnappen aan de gevolgen van het verbod der polygamie.) De rechtbank verklaart de gewoonte die de erkenning van een overspelig kind toelaat, strijdig met de openbare orde (78). In een kort artikel oppert M. PETIT de mening dat indien de erkenning geschiedt na de ontbinding van het huwelijk, ze niet strijdig is met de openbare orde (79) , in een later artikel herneemt hij zijn betoog (80), en spreekt naar aanleiding hiervan over *coutumiere openbare orde*. Het onderscheid, meent hij, tussen een natuurlijk en een overspelig kind is in het gewoonterecht niet duidelijk,

(78) Zie ook : Gewestrb. Leopoldstad, 14 januari 1963, *Rev. Jur. C.* 1964, nr 3, blz. 218, noot J. PAUWELS (de nieuwe gewoonte van Leopoldstad verbiedt de wettiging van overspelige kinderen, en, zonder huwelijk met de moeder, ook van natuurlijke kinderen) ; gewest Niagara, *B.J.I.* 1960, nr. 2, blz. 160.
Contra : Parketrb. Opper–Katanga, 6 januari 1956, *J.T.O.* 1956, blz. 61, noot A.S. (*„une coutume légitimant un enfant adultérin n'est pas contraire à l'ordre public universel et peut être appliquée même au profit d'un père immatriculé et marié civilement au moment de la naissance de l'enfant"*) ; Gewestrb. Basoko, 2 mei 1955, *B.T.C.* 1962, nr 3, blz. 107 (*„La coutume autorise le père, même marié, à reconnaître des enfants naturels et ce contre paiement d'une somme de 500 francs par enfant aux ayants droit de la femme"*).
In de Franse koloniale rechtspraak was de erkenning van een overspelig kind „a patre" mogelijk. Cfr. Beroep Saigon, 21 januari 1949, met noot G.-H. Camerlynck, *Rev. Jur. et pol. de l'Union fr.*, 1949, nr 1, blz. 97.
Voor Zuid Afrika, cfr. SEYMOUR, blz. 35 (*In* thembu *law adulterine children of a wife, unless formally disinherited by her husband, are regarded as entirely légitimate children of his family, with rights of inheritance equal to any son of his, in order of primogeniture ; thus, if the eldest son of a wife is adulterine, he would be the heir of her house. The court has decided that this aspect of* thembu *law is contrary to public policy and natural justice ; it will not support the claim of such a son to oust any legitimate son of the kraalhead in their mother's house.* (*Madyibi v. Nguva*, 1944, *N.A.C.*, L & O).
Voor West Afrika, cfr. *Cole v. Akinyele* (1960) 5 F.S.C. 84 ; *Fahm v. Ogbojubogun* (1935) 12 N.L.R. 47 ; PARK, blz. 79 (*The Yoruba rule is invalid whereby a child born out of wedlock could be legitimated merely by the father acknowledging his paternity. At least as far as concerned one of the plaintiffs who had been born while his father's lawful wife was still alive, no custom could be upheld which permitted the child legitimated by any other method than the one established by the Legitimacy Act.*).
(79) *J.T.O.* 1955, nr 57, blz. 47.
(80) *J.T.O.* 1955, blz. 171, nr 65.

omdat de kinderen aan een verwantschapsgroep toegekend worden ; indien nu deze toewijzing als strijdig met de openbare orde veroordeeld zou worden, dan zou de sociale basis zelf van de verwantschapsgroep-organisatie, en het groepsrecht, als bron van wanorde bestempeld worden, en als strijdig met de openbare orde. De erkenning van een „overspelig" kind kan aldus niet strijdig zijn met de gewoonterechtelijke openbare orde : *„elle s'insère parfaitement dans le cadre des conceptions claniques de la puissance paternelle."* Is de erkenning strijdig met de internationale openbare orde ? De Belgische rechtspraak zou hier bevestigend op antwoorden, doch in dit verband heeft deze vraag geen zin. En wat de koloniale openbare orde betreft : *„En dehors de l'intervention du législateur, qu'on cesse d'invoquer pour rejeter le droit coutumier les règles d'un ordre public hypothétique procédant de nos conceptions occidentales qui, si elles sont en soi supérieures aux conceptions bantoues, n'apparaissent pas nécessairement – et certainement pas encore – comme leur idéal."*

Terecht wimpelt PETIT het begrip openbare orde in de betekenis van het internationaal privaatrecht af, en wijst hij de koloniale openbare orde aan als een paard van Troje om geschreven recht binnen te brengen. Maar ik zie geen heil in zijn voorstel van een nieuw begrip, de coutumiere openbare orde : wat Petit als dusdanig meent te onderscheiden, is niets anders dan de obligatoire kracht van de rechtsregel zelf. Het gaat hier tenslotte om *het bewijs van het bestaan* van een coutumiere rechtsregel : kan Ngoy volgens de Musonge-gewoonte al dan niet zijn kind dat hij bij Baleja verwekte als het zijne beschouwen ? Dit is mogelijk, verneemt men uit het vonnis, op voorwaarde dat de vertegenwoordiger van de verwantschapsgroep van de vrouw Baleja een bijzondere vergoeding aanvaardt.

Indien het bewijs geleverd wordt van de toestemming van die vertegenwoordiger van de groep van de vrouw, dan blijkt de rechtshandeling in overeenstemming met de gewoonte. Men ziet verder niet in hoe deze rechtsregel zou kunnen indruisen tegen de (interne) coutumiere openbare orde.

270. DE OVERDRACHT VAN OUDERLIJKE MACHT.

We nemen nu een vonnis van 1955, van de gewestrechtbank van Leopoldstad, waarvan M. PETIT voorzitter was, en dat in zijn motivering de gewoonterechtelijke openbare orde aanhaalt (81).

Pauline t. Honoré en Marie.

Attendu que les parties sont unies par les liens d'un mariage coutumier contracté en 1943 ; qu'aucun enfant n'est né de l'union ;

(81) *B.J.I.* 1957, blz. 29.

Attendu que la demanderesse en demande le divorce, fondant son action sur les sévices graves infligés par son mari ; qu'elle déclare qu'il la blessa grièvement au cours d'une altercation qui les mit aux prises à l'occasion d'un deuil de famille ; qu'en réalité le tribunal constate, de visu, que la cicatrice que porte la demanderesse au crâne, n'a pu provenir que d'une légère et superficielle blessure ; que depuis lors cependant les conjoints vivent séparés de fait, la demanderesse ayant déserté le domicile conjugal, en janvier 1955 ;

Attendu que le défendeur refuse de consentir au divorce ; qu'il dit ce mariage normal du sang et dès lors indissoluble ;

Attendu que la demanderesse ne conteste point la nature coutumière de leur union ;

Attendu que la genèse de cette union se situe dans un pacte de sang, conclu durant les jeunes années des conjoints par le père de la famille et la sœur aînée du mari, M. Marie ; que ce pacte s'extériorisa par l'échange de sang à partir d'une incision que les intéressés se firent mutuellement à l'avant-bras, s'étant retirés dans la forêt ; qu'il résulte des déclarations des parties que l'objet du pacte ne fut pas le mariage de leurs enfants, mais en définitive la cession par le père de la fille, de la puissance paternelle à l'autre partie, cession entraînant le changement de nom patronymique de l'enfant, et sa servitude totale à l'égard de M. Marie, sœur de l'autre enfant ; que les parties déclarent cependant qu'ils eurent à ce moment en vue le mariage des enfants ;

Attendu cependant qu'il ne peut s'agir d'un mariage d'enfant et que le décret du 9-7-1936 sur la protection de la fille impubère n'est pas d'application ; qu'en effet les valeurs qui furent versées à l'époque, ne constituèrent pas des valeurs dotales, mais la preuve juridique d'un pacte conclu entre les parents ; qu'à supposer qu'elles soient restituables, ce que le tribunal n'a pas à examiner, elles ne le sont point à titre de dot ; que les véritables valeurs dotales furent remises, de l'aveu des parties, à l'époque du mariage, parfaitement valide, quant aux conditions d'âge de puberté et de consentement des conjoints ;

Attendu que si le pacte des parents favorisa l'union, il ne l'entraîna point nécessairement, ni par la force des circonstances, ni par la volonté des parents ; qu'en effet, la demanderesse reconnaît formellement avoir exprimé formellement son consentement au mariage, sans qu'elle fût liée par des obligations antérieures particulières ; que dès lors du point de vue des formes essentielles prescrites par le droit coutumier, le mariage est parfaitement valable ;

Attendu, quant à l'incidence du pacte de sang des parents sur l'indissolubilité de ce mariage, ce pacte ne peut nullement être comparé au pacte connu, notamment de la coutume Basongo, sous le nom de „lusalo", qui étant identique dans les formes extérieures, est cependant essentiellement, à peine de nullité, conclu par les conjoints eux-mêmes, qui, au moment du mariage, agissent en pleine liberté et connaissance de cause et scellent par leur volonté de rester définitivement unis par les liens de leur mariage ; que pareil contrat, conclu au nom des conjoints par des tiers même qualifiés dans la représentation clanique, ne pourrait en aucune façon engager ces conjoints à fortiori lorsque ceux-ci sont mineurs et dénués de discernement ; que, à supposer que pareille coutume existât dans le jeu des engagements interclaniques, elle devrait être considérée évidentes en soi ;

Attendu que, en déclarant : „je refuse désormais de vivre chez mon mari, et chez sa sœur qui l'exige", la demanderesse saisit le tribunal de la question de sa soumission à Marie, et dès lors de la question de la cession de la puissance paternelle ; que M. Marie déclare de sa part, exiger de la demanderesse que si elle refuse de cohabiter désormais avec son mari, elle demeure chez elle jusqu'à ce qu'elle-même la remette à son père, en rompant le pacte, que si le pacte vaut, il tient la demanderesse ; qu'il importe d'en examiner la validité ;

Attendu que si la coutume selon laquelle la puissance n'est pas individuelle au père, mais collective au clan du père, n'est pas nécessairement contraire à l'ordre public universel, la cession de ce droit par le père ou par le clan, à une personne d'un autre clan ou à une autre collectivité doit être considérée comme telle non seulement selon la notion européenne, mais encore la notion universelle de l'ordre public ; qu'en effet les droits des personnes qui entraînent autant de devoirs que de prérogatives, échappent à la volonté de ceux qui sont naturellement amenés à les exercer, et ne peuvent y renoncer unilatéralement ni conventionnellement (A. Sohier – B.J.I. nº 7/1940 – page 216) ; que si en droit belge notamment, cette règle est incontestable parce que fondée sur la conception de la famille, elle l'est autant en droit coutumier, se fondant sur la conception du clan, cellule sociale essentielle ; que la coutume invoquée par les parties constitue un abus de droit ; que, en conclusion, le pacte cité n'entraîne pour la demanderesse aucune obligation particulière ;

Attendu que, les motifs de divorce étant manifestement insuffisants, la demanderesse demeure toujours soumise aux obligations coutumières que lui impose le contrat d'alliance des clans formé avec le mariage ;

Par ces motifs,

Statuant contradictoirement en application de la coutume qui ne prononce pas le divorce pour motifs insuffisants, en l'absence du consentement de l'autre conjoint ; en application de l'ordre public universel et coutumier : le contrat de cession de puissance paternelle est nul et n'entraîne aucune obligation.

Après délibération et à l'unanimité ;

Déboute la demanderesse de sa demande de divorce.

L'oblige à rejoindre le domicile conjugal dans les trois jours ; à défaut, elle subira 30 jours de C.P.C., toute obligation subsistant.

Dit nul le pacte de sang comportant la cession de la puissance paternelle à M. Marie sur la demanderesse."

Na de echtscheiding geweigerd te hebben bij gebrek aan voldoende redenen, verklaart de rechtbank anderzijds de rechtshandeling nietig waarbij vroeger de „vaderlijke macht" over het meisje Pauline werd overgedragen aan de zuster van de verweerder. Het is dit laatste punt, de nietigverklaring van het zogenaamde bloedpact, dat ons interesseert : ofwel bestaat de rechtsregel, waar de partijen zich op beroepen niet, (en dit is een bewijskwestie die de rechtbank moet onderzoeken), in welk geval de rechtshandeling nietig is, want niet in overeenstemming met de gewoonte ; ofwel bestaat die gewoonte wel, en zij is het dan die eventueel strijdig met de „koloniale" openbare orde

kan verklaard worden. In het beschikkend gedeelte en in een noot brengt PETIT echter de gewoonterechtelijke openbare orde te berde : *„Nous voyons à nouveau apparaître ici un ordre coutumier supérieur à la volonté des parties, en deux points où précisément il rejoint l'ordre public belge, et sans doute l'ordre public universel, l'incessibilité de la puissance paternelle et la nécessité absolue du consentement de celui qui s'engage."*

Technisch gezien blijkt het echter nutteloos dit nieuw begrip aan 's rechters outillering te willen toevoegen ; daarenboven is rechtssociologisch gezien het betoog van PETIT uit de lucht gegrepen : in betrekking tot de *„nécessité absolue du consentement"*, wordt de *„koloniale"* openbare orde precies gebruikt om bepaalde coutumiere normen – in bepaalde coutumiere rechtsstelsels – waarbij de vrije toestemming niet erkend wordt, te ontkrachten ; en wat de *„incessibilité de la puissance paternelle"* daarentegen betreft, ziet men niet in waarom in bepaalde coutumiere rechtsstelsels geen soort „adoptie" zou kunnen bestaan (in onze categoriën uitgedrukt) (82). Het zou trouwens niet te verwonderen zijn dat precies in het geval dat ons hier bezig houdt, de gewoonte een soortgelijke overdracht toeliet, en dat namelijk Pauline in haar prille jeugd als cliënte, als gijzelaarster, aan de verwantschapsgroep van haar echtgenoot werd overgedragen, – instituut dat in de antropologie bekend staat als bloedschuld (83), en dat de rechter eventueel strijdig met de „koloniale" openbare orde (84) kan verklaren (omdat het bij magische praktijken aansluit).

(82) Cfr. Gewestrb. Costermansstad, 13 maart 1951, *B.I.I.* 1953-1954, blz. 258, noot DEBATTY. en SOHIER J. Zie ook *Tribunal de droit local du 1r degré de Pointe-Noire*, 12 oktober 1955, noot ROBERT A., *Rev. jur. et pol. de l'Union-Française*, 1956, blz. 400. Interessant om noteren is het bestaan van een tegengestelde – in het geschreven recht onbekende – rechtsfiguur in bepaalde Afrikaanse gewoonten : de uitstoting van kinderen. Cfr. *Tribunal de droit local du premier degré de Tananarive*, 15 november 1958, noot GUTH J.M., *Rev. pol. et jur.* 1959, blz. 444 ; *Cour d'appel de Tananarive*, 13-2-46, *Penant* 1946, blz. 157.

(83) Zie bijvoorbeeld : DOUGLAS, M., *The Lele of the Kasai*, London 1963, hoofdstuk VIII *„Blood debts"*, blz. 141. *„It took me a long time to realize that the blood debts which I continually heard discussed were rarely caused by acts of violence. They were mainly incurred when a woman died in child-labour after confessing adultery, or when death was attributed to sorcery or sex pollution. Clansmen of anyone definively convicted of sorcery would have to accept responsability for his blood debts".* (blz. 141). *„Compensation was based on the principle of equivalence a life for a life, a person for a person, interpreted in an institution called* bukolomo, *which I translate as pawn-ship. A pawn* kolomo, *was a woman who had been paid over in settlement of a blood debt, or one of her matrilineal descendants. Only limited rights over her were transferred ; she was not a slave ; her own clan shared responsibility for her with her lords."* (blz. 142).
Zie ook SOHIER, A., *Traité élémentaire de droit coutumier*, blz. 123, nr 161 ; DOUGLAS, M., Matriliny and pawnship in Central Africa, *Africa*, oktober 1964, nr 4.

(84) Cfr. SEYMOUR, blz. 35 (cursiv. van mij) : Transfer of guardianship in children *save by adoption* is contrary to public policy and natural justice. It seems that some natives seek to give a daughter to discharge a debt, the idea being that the creditor is not only entitled to her dowry, but actually is intended to become her guardian ; this is contrary both to true native law and to public policy as it amounts to the sale of a child. But it is held *not opposed* to public policy for a girl's guardian to pledge her dowry for a debt and, in doing so, *to hand the girl over as a surety* that the creditor will be paid from the dowry which he is then entitled to receive for her.

271. HET CONCUBINAAT.

Als derde voorbeeld nemen we een herzieningsvonnis van de gewestrechtbank van Leopoldstad van 1955 (85). Het wijzigt een vonnis van de centrumrechtbank en verklaart de eis tot terugvordering van geldsommen die gestort werden met het oog op concubinaat, ontvankelijk en gegrond, omdat de overeenkomst nooit tot uitvoering kwam (86). De motivering is verward, en er wordt eigenaardig genoeg een onderscheid in gemaakt tussen „*ordre public universel*" en „*bonnes moeurs coloniales*", waarmee het concubinaat niet strijdig wordt beschouwd.

Joseph t. Marthe.

„Attendu que les parties en cause sont d'accord pour affirmer que leur liaison se limita à des pourparlers et à la remise des sommes d'argent et de nourriture.

Attendu qu'il échet au Tribunal de Territoire de déterminer si pareille coutume dont l'existence est certaine, n'irait pas à l'encontre de l'ordre public universel ; que dans l'affirmative elle devrait être rejetée par la juridiction (art. 18/1° A.R. 13 mai 1938) ;

Attendu que l'ordre public universel (Sohier, Traité élémentaire de droit coutumier du C.B., 1954, n° 12) peut se définir comme constitué „des règles si essentielles qu'elles ne peuvent être violées par aucun habitant de la Colonie, autre que (dans les limites de l'ordre public colonial) les indigènes restés sous l'emprise des coutumes".

Attendu que les conventions conclues en vue d'un concubinage sont manifestement contraires aux bonnes mœurs, quant à leur cause et à leur objet ;

Attendu que les bonnes mœurs peuvent se définir : (De Page, n° 92, 1948) „Les grands principes de loyauté, de correction, de désintéressement et de dignité humaine qu'on rencontre chez tous les peuples civilisés".

Attendu que les textes légaux en la matière (art. 4/2° de la Charte Coloniale et art. 18 de l'A.R. du 13 mai 1938) ne prévoient comme empêchement à l'application d'une coutume que sa contrariété à l'ordre public ; qu'ils ne font pas appel à ce

(85) Gewestrb. Leopoldstad, 9 februari 1955, *B.J.I.* 1955-1956, blz. 327.

(86) De gewestrechtbank van Sampwe (16 december 1936 ; *B.J.I.* 1942, blz. 254), aanvaardt dat de vrouw die gedurende 2 jaren het voedsel van een man bereid heeft en de huishoudelijke karweien heeft opgeknapt, recht heeft op een vergoeding.
Zie ook Parketrb. Opper–Lomami, 28 juni 1954, *B.T.C.* 1959, blz. 26, noot A.S. ; *B.J.I.* 1941, blz. 21.
Het Zuidafrikaans standpunt op dit gebied luidt : „*A Native law is not unenforceable mercely because it is immoral ; Section 11 (1) of Act 38 of 1927 does not mention immorality as a ground for rejecting Native law ; in consideration of the fact that Natives practising their own laws and customs cannot be excepted to conform the European ideas of correct behaviour, a Native law is never rejected for this reason, except if it is so immoral as to be contrary to public policy. For example, a contract of concubinage is so immoral as to be contrary to public policy*" (SEYMOUR, blz. 35 ; cfr. *Dumalitshoma v. Mragi ; Palamahashi v. Tshamane* (1947). In het Westafrikaanse geval *In Re Adadevah* (– (1951) – 13 *W.A.C.A.* 304) werd verklaard dat „*if a suggested customary rule was found to encourage promiscuous intercourse it would be contrary to public policy, and therefore void*". Dit arrest lokt kritiek uit bij PARK (blz. 76), omdat in feite Engels recht toegepast werd.

point de vue, à la notion de bonnes mœurs, bien que celle-ci soit expressément invoquée à l'article 32, Titre 1, livre 3 du Code civil congolais ;

Attendu dans ces conditions que les juridictions indigènes peuvent éventuellement appliquer des coutumes contraires aux bonnes mœurs, que notamment la vénalité des offices contraires à la notion Belge de la moralité, ne l'est pas à l'ordre public universel (B.J.I. 1933 page 110 nº 87 : Commentaires art. 18 A.R. 13-5-38 ; Affaire Kadimasi contre Lupungu : remise richesses à un chef investi en vue d'une nomination dépendant de ce dernier et réclamation de l'exécution du Contrat ; abstraction faite de la question de savoir si ces fonctions étaient héréditaires ou temporaires et personnelles. l'action est déclarée recevable et fondée et le contrat exécuté).

Attendu cependant que cette possiblité résultant de la simple confrontation de textes ne peut manifestement suffire, sous peine d'entériner bien des abus et de permettre ce qui devrait être prohibé dans l'intéret même de la société indigène ;

Attendu que les bonnes mœurs constituent „une morale coutumière sur laquelle tous les honnêtes gens s'entendent parfaitement" (De Page, cfr. supra) ;

Attendu que ces règles morales ne sont cependant pas immuables ; qu'elles peuvent présenter des divergences considérables entre diverses sociétés ; qu'en principe le Tribunal devrait considérer comme la règle, la concordance de la notion de bonnes mœurs chez les peuples civilisés et comme exception sa divergence ; qu'il doit pourtant faire œuvre de souplesse et ne pas se mettre en opposition directe et brutale avec un usage consacré par les „pratiques" du pays où il se trouve ; que sont rôle de collaborateur à l'œuvre colonisatrice doit se concilier (et ne pas rejeter d'emblée) ce qui est justice aux yeux des parties ;

Attendu dès lors que les juges doivent rechercher ce que fut l'intention de ces dernières et dire si leurs mobiles étaient coupables ou non ; que dans l'affirmative, la convention ne pourrait recevoir d'effet juridique, en l'espèce la répétition de ce qui a été offert, : que dans la négative, ce serait le contraire ; qu'il s'agit d'une question de fait relevant de l'appréciation du Tribunal ;

Attendu qu'en l'espèce, le jour où Esomboli Joseph sollicita Boyele Marthe en concubinage et où celle-ci accepta les cadeaux et avances lui remis à cet effet, il n'y eut pas intention coupable de leur part ; que leur qualité de personnes adultes (depuis longtemps) et célibataires (depuis toujours), leur permettait de conclure une convention de ce genre, prévue et admise par leurs coutumes, sans qu'une impression de honte ou de malhonnêteté s'y entacha ; (que le cas aurait été différent si l'une des parties avait été engagée dans les liens d'un mariage) ; que par ailleurs et encore, dans le présent litige, il ne fut jamais question du paiement d'un „salaire régulier" à la défenderesse comme prix de ses faveurs, puisqu'il n'y eut même pas de cohabitation ;

Attendu dans ces conditions que la coutume dont l'examen est soumis au Tribunal est parfaitement valable en droit coutumier, et ne heurte nullement les convictions des juges indigènes ; qu'au regard des bonnes mœurs, considérées sous leur aspect colonial, il ne peut y avoir que matière à nullité relative, soulevée par la partie qui a intérêt à le faire, et à restitution ; qu'en effet objectivement parlant, pareil contrat de concubinage ne porte pas atteinte aux intérêts essentiels de l'état ou de la collectivité ; qu'en l'espèce le demandeur sollicite non pas l'exécution de sa

convention – (ce que le Tribunal ne pourrait manifestement pas décider) – mais sa libération vis-à-vis de celle-ci ;

Attendu dès lors que la coutume autorisant une partie à réclamer la restitution à son profit des sommes d'argent versées par elle en vue d'un concubinage, non réalisé en fait, ne peut être rejeté parce que non contraire à l'ordre public universel, ce qui est manifeste et aux bonnes mœurs coloniales, dans la mesure où la convention fut passée entre personnes indigènes, adultes et célibataires ;

Attendu au point de vue procédure devant un Tribunal de Territoire, qu'un jugement rendu par cette juridiction, conformément à la volonté du seul président contre l'avis unanime de ses assesseurs, doit être annulé pour violation des formes substantielles prévues par la loi (art. 8 et 35/2° A.R. 13 mai 1938) ; qu'en cas de conflit entre le premier et les seconds au sujet de la notion d'ordre public ou simplement de la nécessité d'y faire appel, il est permis de se demander comment les juges assesseurs, abstraction faite de leur rude bon sens, pourraient examiner cette notion, combien délicate, et lui confronter une coutume litigieuse ; que finalement dans cette hypothèse on en arrive à inviter des juges indigènes à décider d'un point de droit écrit ;

Par ces motifs

Statuant contradictoirement en application de la coutume qui exige la restitution de la part d'une femme, non mariée des avances et cadeaux qui lui furent versés par un célibataire en vue d'un concubinage entr'eux.

Après délibération et à l'unanimité,

1°) confirme le principe de la recevabilité et du bien fondé de l'action introduite au 1° degré ;

2°) Statuant à nouveau :

a) revise le RTC. 33.364/2 et le met à néant.

b) condamne Boyele Marthe à payer 150 frs. au demandeur dans les 8 jours ou 7 jours de C.P.C.

Met les frais à charge de la Colonie."

In een noot onder dit vonnis verklaart M. PETIT zich niet eens met de gewestrechtbank, omdat de gewoonte die aan het concubinaat rechtsgevolgen verleent, niet met de openbare orde strijdig verklaard werd : *„Ici, me semble-t-il, il faudrait faire intervenir l'ordre public coutumier. Les associations para-conjugales n'ont jamais été qu'un exutoire social ; jamais dans la coutume, elle n'ont reçu une existence juridique. Ce point paraît bien certain. Et en effet, tout le système d'organisation clanique de la société est logiquement dressé contre le concubinage organisé. Dès lors, peut-on considérer comme source de droits et d'obligations juridiques une situation née d'un dégradement social, contraire à l'ordre premièrement établi ? (87)*

(87) De Franse koloniale rechtspraak erkende in het algemeen slechts het gewoonterechtelijk karakter van *oude en traditionele* gebruiken (Beroep Dakar, 13 november 1924, *Rec. Penant*, 1925, 1, 101, noot HAMELIN). LUCHAIRE verzet zich terecht tegen deze rechtspraak (*Répertoire de Droit civil Dalloz*, V° *Coutume*, nr 95) en wijst op de sociale werkelijkheid. *„Ce sont des dispositions concernant le comportement social qui sont obligatoires d'après le sentiment général de la population intéressée."* (Elisabethstad 12 december 1951, *Rev*

si la coutume admettait, supportait le concubinage, elle ne lui a jamais réservé aucun droit ni aucun effet.

Over het hoofd ziende dat „de" gewoonte niet bestaat, maar wel verscheidene gewoonterechtsstelsels (hierin begrepen nieuwgegroeide stadsrechtsstelsels), beschouwt M. PETIT naar mijn oordeel als de „coutumiere openbare orde" een (hypothetisch) gewoonterecht dat vroeger bestond (88) en waarmee de concubinaatsovereenkomst niet conform zou zijn (en dus nietig). Daarentegen laat het vonnis verstaan dat in het Leopoldstadse recht het concubinaatinstituut bestaat (89). Het is duidelijk dat de inhoud van dit nieuw begrip „coutumiere" openbare orde vreemd blijft aan de werkelijkheid, en daarenboven zelfs als fictie niet aan een behoefte van de rechter beantwoordt. Het goed begrepen en verstandig gehanteerde begrip „koloniale" openbare orde, dat we voortaan algemene orde (ordre général) zouden willen horen noemen, en dat voorkomt in het decreet op de inlandse rechtbanken onder de benaming „ordre public universel', volstaat ; over dit begrip zullen we het in het volgende hoofdstuk hebben.

272. DE TIJDELIJKE AFSTAND VAN HET BEWAKINGSRECHT OVER EEN KIND.

Kan men in het geval *Imboko t. Basanga* niet van gewoonterechtelijke openbare orde spreken ? Neen, het is de (geschrevenrechtelijke) interne openbare orde die eventueel had kunnen ingeroepen worden, en geen andere. Laten we zien waarom :

jur. 1952, blz. 192 met noot) ; zie ook gewestrb. Leopoldstad, 13 juni 1951, *J.T.O.* 1952, blz. 100 met noot ; Hoogste Gerechtshof Kameroen, 22 december 1964, *Penant* nr 707 1965, blz. 370, noot LAMPUE. Voor een discussie van hetzelfde probleem, zie GREENFIELD, *Marriages by Chinese law and custom in Hong–Kong,* (1958) I.C.L.Q. 437 ; FARRAN, *Matrimonial laws of the Sudan,* Londen 1963, blz. 104-105, noot 16.

(88) Een analoge opvatting over de openbare orde („terug naar het oude recht ! "), vinden we in de vonnissen van rechter JACKSON, (*Kokomlemle Consolidated cases,* 31 mei 1951, onuitgegeven, Land Court, Accra, blz. 34-39 ; zie ook andere vonnissen geciteerd in : WOODMAN, G.R., The alienation of family land in Ghana, *University of Ghana law journal,* 1964, nr 1, blz. 23) ; „more recently a vigorous attempt was made by JACKSON J. to establish that alienations by families and stools of their lands were forbidden by customary law unless the purpose was to raise money to pay off a pressing debt of the community which could be satisfied in no other way . . . JACKSON J.'s argument on the social aspect of such alienations was two-fold. First, it was said that the traditional respect for the ancestors forbade alienation of the land acquired by their industry and labour secondly, that persons other than those beneficially entitled to the land at any particular time had a possibility of future enjoyment, and so would be prejudiced by its alienation. *So strongly did JACKSON J. hold this view that he was prepared to find any other rule repugnant to natural justice, equity and good conscience"* (cursivering van mij). Dit standpunt werd in beroep verworpen door de West-African Court of appeal in *Golightly v. Ashrifie,* en dit arrest werd bevestigd door de Privy Council (1961) *J.A.L.* 52.

(89) Cfr. bijvoorbeeld : UCHENDU, V.C., Concubinage among nywas igbo of Southern Nigeria, *Africa,* april 1965, nr 2, blz. 87.

Imboko t. Basanga

Imboko vordert het bewakingsrecht terug op, over zijn elfjarig dochtertje Topsy, dat hij bij haar geboorte, waarbij de moeder het leven liet, had afgestaan aan dominee Hart, een protestants missionaris die zich over het wicht had ontfermd. Vrouw Basanga bij wie Topsy werd opgevoed, weigert haar af te staan vóór ze de huwbare leeftijd bereikt heeft, en steunt hierbij op de overeenkomst, die elf jaren geleden gesloten werd, en die als volgt luidt :

„Nous acceptons ce qui suit : nous donnons l'enfant Topsy au blanc Isekele (le Rd Hart) et à sa femme. Car le jour où l'enfant est né, sa mère est morte. Le blanc Isekele et sa femme l'ont élevé depuis sa naissance. Ce blanc a donné mission à Likambo Jacob et à sa femme Basanga d'élever cet enfant jusqu'au moment de sa puberté et de son mariage. Elle ne prendra comme époux que celui qu'elle acceptera librement, à condition que les missionnaires et Likambe acceptent cet époux. Quand un homme aura versé la dot pour se marier avec Topsy, on partagera cette dot équitablement : Likambe ou Basanga recevront une partie, et nous, (père de l'enfant et sa famille) nous recevrons aussi une partie. Ces parties seront égales." Signé par „Préd. A. Hart, Emily Hart, Imboko et trois de ses frères, Likambo, Basanga et Libelo Petra."

Het vonnis van de gewestrechtbank van Befale wordt als volgt gewezen (90) :

„IMBOKO ; en 1925, la mission catholique avait quitté Mompono et il ne restait plus à Mompono que la mission protestante C.B.M. J'avais une femme Bomolo fille de Bombeow : j'avais versé toute la dot à Bombeow. En 1925, ma femme accoucha d'une fille (Tokolo Topsy) mais Bomolo est morte le même jour.

Un missionnaire protestant (M. Hart) passa par là et constata que cet enfant n'avait plus de mère. Il me dit alors que si on abandonnait cet enfant il en mourrait et il me proposa de l'élever à la Mission à l'aide de lait. J'acceptai et l'enfant partit à la Mission où il fut nourri et confié à la nommée Basanga et à son mari Likambo. Peu après, ce Missionnaire devant partir en Europe, me fit venir et me demanda si je voulais laisser l'enfant à la Mission jusqu'au moment de sa puberté. Comme l'enfant avait été sauvé grâce à lui et à la nommée Basanga, j'acceptai et signai un contrat ; par ce contrat, je déclarais que j'acceptais que cet enfant reste chez la nommée Basanga jusqu'au moment de la puberté et que c'est alors seulement que je demanderais que l'enfant revienne chez moi. Ce contrat fut signé par moi, par les missionnaires, par Basanga et son mari, ainsi que par mes frères. Mais je voudrais contracter mariage catholique avec une femme, et le Père de la Mission catholique me dit que je ne peux contracter mariage chez lui que quand cet enfant sera revenu chez moi et baptisé. J'exige donc que cet enfant ne réside plus jamais chez Basanga. Je reconnais que l'enfant n'est pas encore pubère.

(90) Gewestrb. Befale, 25 oktober 1936, *B.J.I.* 1940, nr 7, blz. 214, met noot A.S.
Over dit vonnis verschenen beschouwingen van HULSTAERT, G., La garde d'enfant chez les Mongo, *B.J.I.* 1941, nr 2, blz. 29.

Basanga ; Tout ce que dit Imboko est vrai. Cet enfant, né le 25 juillet 1925, ne fut sauvé que grâce à moi et au lait me donné par la Mission protestante, puisque la mère de l'enfant est morte le jour même de l'accouchement et que personne dans la famille d'Imboko ne pouvait s'occuper de l'enfant. Un peu après nous avons en effet, tous signé un contrat par lequel Imboko déclarait qu'il laisserait cet enfant sous ma garde et ma tutelle jusqu'au moment où l'enfant serait pubère. J'ai toujours très bien soigné cet enfant et je l'aime beaucoup. Puisque le contrat prévoit que cet enfant ne retournera définitivement chez son père qu'au moment de la puberté, je refuse de lui remettre l'enfant maintenant. Personne cependant ne s'oppose à ce que Imboko vienne visiter son enfant aussi souvent qu'il le désire ni à ce que cet enfant aille visiter son père. Mais je veux donner des soins à cet enfant jusqu'au moment de sa puberté ; alors l'enfant retournera définitivement chez son père.

Tokolo Topsy, fille de Imboko et de Bomolo, originaire de la chefferie Elinga ; résidant à la mission C.B.M. de Mompono, âgée actuellement de onze ans, nous déclare : depuis que je suis née j'ai toujours été élevée et soignée par la nommée Basanga et je l'aime comme une mère. Mon père ne s'occupa jamais beaucoup de moi. Je veux absolument rester chez la dénommée Basanga qui est très bonne pour moi.

Lomboto et Limbute, frères de la nommée Bololo, femme décédée d'Imboko et mère de l'enfant Tokolo, nous déclarent tous deux sous la foi du serment : au moment où Imboko prit notre sœur Bomolo comme épouse coutumière, Bomolo était célibataire et Imboko nous versa la dot de sa femme. Bomolo était donc femme coutumière d'Imboko.

LE TRIBUNAL :

Attendu qu'il ressort des débats à l'audience que Bomolo était épouse coutumière d'Imboko, puisque Bomolo n'est pas engagé dans les liens d'un mariage coutumier antérieur et qu'Imboko versa toute la dot ;

Attendu que la coutume de la région prévoit que les enfants nés d'un mariage coutumier appartiennent toujours au père, en entendant par père le mari coutumier de la femme qui donna naissance à l'enfant ;

Que l'enfant Tokolo Topsy appartient donc à son père Imboko ;

Attendu que la coutume de la région prévoit que, si la mère meurt au moment de son accouchement, l'enfant en bas-âge (dit „Etcike") peut être remis par le père à un membre quelconque de sa famille (soit famille de sa femme décédée, soit sa propre famille) ;

Que ce membre de la famille est alors chargé d'assurer le bien-être matériel, moral et intellectuel à cet enfant ;

Que, dès le moment où cet enfant n'a plus besoin de soins spéciaux, le père peut exiger qu'on lui rende son enfant, mais qu'en ce cas le père est obligé de payer une indemnité (dite „Liongoli") à celui qui éleva son enfant ;

Que d'après la coutume de la région, Imboko, a donc le droit d'exiger qu'on lui rende immédiatement son enfant, puisque celui-ci n'a plus besoin de soins spéciaux ;

Attendu cependant qu'Imboko, en toute connaissance de cause, et volontairement signa un contrat par lequel il s'engageait à n'exiger le retour définitif et

permanent de son enfant chez lui qu'au moment où cet enfant serait pubère ;

Qu'il s'engageait par ce contrat à laisser son enfant sous la tutelle de la nommée Basanga jusqu'au moment de la puberté de cet enfant ;

Qu'Imboko reconnaît ce fait ;

Que nous avons constaté par nous-mêmes l'existence de ce contrat ;

Attendu qu'Imboko reconnaît au cours de l'audience qu'il n'a rien à reprocher à Basanga concernant sa façon d'être avec cet enfant ;

Que personne ne s'oppose à ce qu'il y ait de fréquentes visites entre Imboko et son enfant Tokolo ;

Que l'enfant déclare vouloir rester avec la nommée Basanga ;

Que la nommée Basanga refuse de rendre définitivement l'enfant à Imboko avant la puberté de cet enfant ;

Attendu qu'Imboko renonça, par ce contrat, à un de ses droits civils coutumiers au profit de la nommée Basanga ;

Que cet engagement pris par Imboko n'est pas contraire à l'ordre et à la morale universelle ;

Pour ces motifs :

Déboute Imboko de sa demande. Décide que l'enfant Tokolo Toosy restera sous la tutelle de la nommée Basanga et ce jusqu'à l'époque de la puberté de cet enfant. Ordonne à Imboko de payer les frais du procès, soit dix francs et, en cas de non-payement dans le délai de 7 jours, le condamne à sept jours de contrainte par corps."

De rechtbank ontzegt de vader dus voorlopig het bewakingsrecht over zijn kind, op grond van een contractuele (tijdelijke) afstand van dat recht. De rechtbank acht die overeenkomst dus niet strijdig met de openbare orde, wat ze volgens A. SOHIER wel is. Welke openbare orde ? Sohier specificeert het niet, doch men kan zich a priori de vraag stellen of men hier toch niet voor een mooi geval zou staan waarin over coutumiere openbare orde kan gesproken worden.

De rechtbank erkent dat volgens de gewoonte van de streek, de Mongo gewoonte, Imboko normalerwijze het recht heeft zijn kind onmiddellijk op te eisen. Volgens de gewoonte blijkt het onmogelijk het meisje enig recht te geven om tegen haar vader gelijk te halen. Al het recht staats langs zijn kant. Zij eis wordt nochtans afgewezen – ten onrechte volgens SOHIER – op grond van een contract waarbij hij de bewaking van het kind aan de missionaris heeft afgestaan. Er moet gezegd dat gewoonterechtelijk dit geval zich tot nu toe niet kon voordoen, omdat een kind nooit aan een niet-familielid zou zijn gegeven. Zo op dit geval nu gewoonterecht toepasselijk is, staan we voor een leemte, en kan er naar billijkheid geoordeeld worden. Waar SOHIER echter de mening oppert dat de overeenkomst in strijd met de openbare orde is, is het omdat hij impliciet aanvaardt, dat er met het oog op de hoedanigheid der partijen een rechtskeuze moest gedaan worden, en wel voor het geschreven recht. Volgens het geschreven recht zou het contract inderdaad ingaan tegen de interne openbare orde. Indien de gewestrechtbank

van Befale anders heeft geoordeeld, moeten we hieruit besluiten dat zij bij de rechtskeuze ook anders heeft geopteerd, voor toepassing van het gewoonterecht namelijk.

Eventueel zou deze rechtskeuze bekritiseerd kunnen worden, in het bijzonder door de aanhangers van de theorie van de voorrang van het geschreven recht van PETILLON (91) ; indien men het echter eens is met de rechtskeuze, dan kan men de overeenkomst niet meer in strijd met de openbare orde verklaren, vermits er in dat geval naar billijkheid geoordeeld moet worden.

273. DE MOGELIJKE NIEUWE FUNCTIE VAN EEN BEGRIP GEWOONTERECHTELIJKE OPENBARE ORDE : DE RECHTSGEWOONTEN DIE MEN NIET KAN VERZAKEN TEN GUNSTE VAN HET GESCHREVEN RECHT.

Alvorens deze paragraaf af te sluiten, waarin het gebruik van het begrip „gewoonterechtelijke" openbare orde afgewezen werd, omdat het niet op een specifieke functie duidt en dus nutteloos is en slechts verwarring kan stichten, moet nochtans een laatste mogelijkheid onder ogen genomen worden. Sinds de onafhankelijkheid is in Kongo inderdaad een situatie ontstaan waaruit misschien toch een nieuwe functie voor het begrip openbare orde kan ontstaan, functie die ditmaal terecht „gewoonterechtelijke" openbare orde zou kunnen genoemd worden.

De immatriculatie, die in beginsel het teken was van een keus „in globo" voor het geschreven recht, bestaat niet meer. Voor alle Kongolezen blijkt nu de mogelijkheid open te staan telkens te kiezen voor het geschreven recht. Misschien zullen de rechtbanken echter gewoonterechtsregels erkennen waarvan in het voordeel van het geschreven recht niet afgeweken mag worden, en die met andere woorden niet vervangen mogen worden door geschrevenrechtelijke normen.

Als voorbeeld kunnen we de (in artikel 7 van het decreet van 10 februari 1953 erkende) vrijheid aanhalen om bij testament het lot van zijn nalatenschap te regelen. De rechtbanken zullen eventueel moeten uitmaken aan welke grenzen die vrijheid, om aan bepaalde coutumiere regels te ontsnappen door zich op geschrevenrechtelijke regels te beroepen, zal moeten onderworpen worden. Indien er bepaalde erfrechtelijke gewoonterechtsregels bestaan waarvan niet bij testament zou mogen afgeweken worden, zou men van een coutumiere openbare orde kunnen spreken, in de zin namelijk van het opwerpen van een hindernis voor de individuele wil om voor het geschreven recht te opteren in het nadeel van het lokale of het personele

(91) PETILLON, L., Des habitants et de leurs droits, *Les Novelles, Droit colonial*, I, Brussel, 1948, nr 68.

gewoonterecht (92). Dit vraagstuk is op zichzelf een studie waard. Het werd hier slechts even aangeraakt om aan te stippen welke misschien de functie zou kunnen zijn van een „gewoonterechtelijke" openbare orde.

(92) Zie voor Ghana de bespreking van *Andah v. Franklin & ors*, in : ALLOTT, blz. 263 v.

Afdeling II. RECHTSPLEGING EN OPENBARE ORDE

§ 1. De openbare orde en het recht dat in het geding betrokken is

274. DE PROCEDURALE SANCTIES BIJ STRIJDIGHEID MET DE OPENBARE ORDE.

Wat de rechtspleging betreft, kan men op twee wijzen van openbare orde spreken : de eerste staat in verband met de grond waarop een recht steunt, de tweede met de uitoefening van het vorderingsrecht (93). Vandaar de verdeling van deze afdeling in twee paragrafen.

De openbare orde strekt ertoe, de algemene belangen van de maatschappij te doen zegevieren op de private belangen ; zij is aldus te onderscheiden van de dwingende wet, die eventueel slechts een privaat belang beschermt (94).

De inhoud van deze openbare orde, in betrekking tot het voorwerp van het geding, hangt af van de mogelijke sancties : hij varieert inderdaad volgens de procedurale regel die wordt toegepast om de tegenstrijdigheid met de openbare orde van het recht, dat iemand beweert te hebben, aan de kaak te stellen.

a) De inhoud is bijzonder beperkt wat de materies betreft, waarin het openbaar ministerie de bevoegdheid heeft, in burgerlijke zaken als zelfstandige partij op te treden. Artikel 9, eerste lid, van het Kongolese decreet van 8 mei 1958 op de rechterlijke organisatie en de bevoegdheid bepaalt : „*Le ministère public surveille l'exécution des lois, des décrets, des arrêtés, des ordonnances, des réglements et des jugements. Il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public*" (95). Bij de interpretatie van deze tekst kunnen twee houdingen voorkomen (96) : een eerste staat het parket toe, in te grijpen in alle gevallen waarin de openbare orde op een of andere wijze kan worden ingeroepen ; een tweede tendens, die men in de Belgische rechtspraak

(93) MALAURIE, Ph., V° *Ordre Public* in: *Répertoire de procédure civile et commerciale*, Dalloz, II, 1956, blz. 403-404.
VINCENT, J., La procédure civile et l'ordre public, *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, II, Parijs, Dalloz & Sirey, 1961, blz. 303-341.

(94) Cfr. LUIK, 25 februari 1937, *Pas.* 1937 ; III, 159. Zie noot 24.

(95) Vergelijk : artikel 46 van de wet van 20 april 1810.

(96) BOUCKAERT, Fr., Het optreden van het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken, *R.W.* 1961, kol. 913 ;
VINCENT, J., *art. cit.*, blz. 334, nr 59 ; BEKAERT, H., La mission du ministère public en droit privé, *Mélanges en l'honneur de Jean DABIN*, Brussel 1963, blz. 414-451.

aantreft, aanvaardt de tussenkomst van het parket, telkens wanneer zijn optreden een einde vermag te maken aan een toestand die op onduldbare wijze de openbare orde schaadt.

De tekst zegt niet zoals in België en Frankrijk : „*en matière civile, le ministère agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. . .*", zodat een derde mogelijke houding – de restrictieve –, die in Frankrijk gevolgd wordt en volgens welke de tussenkomst van het parket herleid wordt tot gevallen die door de wet uitdrukkelijk bepaald zijn, niet mogelijk is.

b) De bepaling wordt ruimer, wanneer de gevallen bedoeld worden, waarin de rechtbank het recht heeft *ambtshalve* de nietigheid in te roepen (97), of waarvan voor de eerste maal voor het verbrekingshof gewag mag gemaakt worden (98). Bij de negentiende-eeuwse klassieke auteurs vooral, vindt men in al haar sterkte de gedachte dat een proces uitsluitend de zaak der pleiters behoort te zijn ; men begrijpt dan ook de grote rol die de openbare orde te spelen heeft : dit begrip zal als tegenwicht van het individualistisch beginsel moeten dienen. In het algemeen komt de rechter niet tussenbeide, doch wanneer uitzonderlijk de openbare orde in het gedrang komt, zal hij een zeker initiatief aan de dag mogen leggen. Ook hier ziet men dat het begrip openbare orde op de tegenstelling tussen de sociale eisen en de wil der enkelingen betrekking heeft, en de weg verspert aan een te absolute vrijheid der individuen.

De miskenning van beschikkingen van een wet van openbare orde, maakt een middel van openbare orde uit. In werkelijkheid zal het onderzoek van de rechter nochtans minder het openbare-ordekarakter van de wet betreffen, dan wel de vraag of de betwiste rechtshandeling al dan niet strijdig is met de openbare orde. De term „middel (99) van openbare orde", door de rechtspraak veelvuldig gebruikt, mist nauwkeurigheid, en lijkt meer een functioneel dan een conceptueel begrip te zijn. Andermaal wijzen we hierbij op de rol van de rechter : „*Il faut donc mettre l'accent sur le rôle dévolu au juge dans l'utilisation du*

(97) „*Lorsque l'ordre public est intéressé, le juge doit en invoquer le moyen, même étranger aux conclusions des parties*" : MALAURIE, Ph., *noot D., 1956, Jur., 521.* Zie ook RIGAUX, nr 36 :
„*En ce qui concerne cette dernière* (de negatieve functie van de openbare orde), *il n'y a plus guère de difficultés : le juge doit, d'office, écarter toute demande, défense ou exception, contraires à une loi impérative ou qui intéresse l'ordre public. De même, il écartera les faits dont l'allégation est prohibée par la loi, et il ne pourra se tenir lié par les faits non contestés, si l'accord des parties est, sur ce point, „contraire à une disposition d'ordre public".*

(98) Op voorwaarde dat de voor zijn toepassing noodzakelijke feitelijke voorwaarden door de rechter ten gronde vastgesteld werden, of voortvloeien uit andere elementen van het geding waarvan het Hof mag kennisnemen, wordt een nieuw middel ontvankelijk „*s'il est d'ordre public ou s'il concerne des prescriptions légales impératives*" : Besluiten van de advocaat-generaal MAHAUX voor cass., 24 september 1953, *Pas.* 1954, 38. Cfr. RIGAUX, nr 125.

(99) Een middel (*moyen*) is de noodzakelijke steun van een eis of verweer (BESSON, nr 849) tijdens de behandeling ten gronde ; in een tweede betekenis beduidt het begrip een grief tegen een voor het Verbrekingshof aangevochten uitspraak. Deze dubbelzinnigheid is oorzaak van verwarring.

moyen d'ordre public et donc dans l'élaboration et la mise en oeuvre de la notion d'ordre public procédural." (100).

c) Het domein van de openbare orde wordt nog ruimer, zonder nochtans gelijkgesteld te worden met dat van de openbare orde in de internrechtelijke zin, wanneer het de materies betreft, die niet het voorwerp mogen uitmaken van een procedurale overeenkomst, zoals een berusting, een afstand van geding of een arbitrage.

d) Het stemt tenslotte overeen met het begrip openbare orde in de zin van het intern recht, als het zaken betreft, waarbij de nietigheid in elke fase van de rechtspleging ten gronde mag ingeroepen worden, en dit door elke belanghebbende, en zaken die aan het openbaar ministerie moeten meegedeeld worden. Het domein van deze openbare orde is het beweerde recht, en zijn bewijs (101).

§ 2. De openbare orde en de uitoefening van het vorderingsrecht

275. DE PROCESSUELE REGELS VAN OPENBARE ORDE.

Anderzijds heeft de openbare orde een proceduraal voorwerp, waar het de regels kwalificeert, die voor het goede verloop van een geding onontbeerlijk zijn. Het gaat hier om de regels van de rechterlijke organisatie (102), de regels die essentieel zijn om de rechtspleging haar rol te laten vervullen, en de regels van absolute bevoegdheid. De rechter, gesteld voor onhandigheden, onregelmatigheden of afgesproken gedragingen van de pleiters die van die aard zijn dat ze de basis aantasten van de rechterlijke organisatie, moet zich van zijn neutraliteit ontdoen, en trachten het hoofd te bieden aan de wanordelijkheden die de juridische orde bedreigen. „*Le juge, gardien de la sécurité des relations juridiques, met en oeuvre la notion d'ordre public procédural ; il se voit donc attribuer un certain pouvoir d'appréciation conditionné par sa mission qui consiste à préserver l'intégrité de l'ordonnancement juridique. Non seulement l'ordre public est la source d'inspiration de cette mission, mais encore il fournit les instruments (moyens d'ordre public) essentiels à l'accomplissement de cette tâche.*" (BERNARD, blz. 215).

(100) BERNARD, blz. 210. Zie ook MIMIN, Les moyens d'ordre public et l'office du juge, *J.C.P.* 1946, blz. 542.

(101) Cass.(civ.), 29 maart 1955, en 19 januari 1955, D. 1955, 537, noot PERROT. VINCENT, J., *op. cit.*, blz. 333, nr 57.
Voor een bijzondere toepassing, zie HEIRPORN, E., *R.C.J.B.* 1965, blz. 41. („*Le ministère public, lorsqu'il est appelé à donner son avis, ne peut pas prendre d'initiative, apporter aux débats des éléments nouveaux, dont il a connaissance, aux moyens d'investigation que son office met à sa disposition. Il ne pourrait en être autrement que si l'ordre public était mis en danger*)."

(102) Zie Elisabetstad, 24 maart 1934, *Rev. jur.* 1935, blz. 21 : „*Les dispositions légales qui visent la constitution du tribunal étant d'ordre public, il s'ensuit que tout jugement doit fournir la preuve qu'il a été rendu par une juridiction légalement composée*".

We noteren hier dat drie van de vijf huidige vernietigingsgronden in het decreet op de inlandse rechtbanken, namelijk de onregelmatige samenstelling van de rechtbank, de niet-naleving der substantiële vormen en de onbevoegdheid, tot de procedurale openbare orde behoren. De in het decreet bedoelde schending is nochtans niet het werk van de partijen, maar van de lagere rechters.

Afdeling III. VREEMD RECHT EN OPENBARE ORDE

276. DE KONGOLESE TEKSTEN.

Volgens een heden ten dage constante rechtsleer en rechtspraak wordt de internationale openbare orde van de interne openbare orde onderscheiden. Artikel 4 eerste lid, van de Koloniale Keure had het over de internationale openbare orde : het persoonlijk statuut der vreemdelingen bleef aan hun nationale wet onderworpen, voor zover die niet strijdig was met de openbare orde (103). Dit wordt geëxpliciteerd in artikel 15, Boek Personen, van het Burgerlijk wetboek, volgens hetwelk wetten en vonnissen van vreemde staten in geen geval in Kongo uitwerking mogen hebben, indien ze strijdig zijn met het publiek recht van deze staat of met diens wetten, die het maatschappijbelang of de openbare zedelijkheid beogen (104). De exceptie van internationale openbare orde is in Kongo dus door een wettekst bepaald, terwijl het in andere landen, zoals België, een louter jurisprudentieel begrip is.

277. EEN AANVAARDE TERM.

De uitdrukking internationale openbare orde is niet nauwkeurig, vermits deze openbare orde essentieel nationaal is, en zich precies tegen de

(103) De tekst van artikel 4, eerste lid, van de fundamentele wet op het beheer van Belgisch Kongo was gebrekkig opgesteld : „De Belgen, de in de kolonie ingeschreven Kongolezen en de vreemdelingen genieten al de burgerlijke rechten erkend bij de wetgeving van Belgisch Kongo. Hun persoonlijk statuut wordt beheerst door hun nationale wetten, voorzover deze niet strijden met de openbare orde".

A. De vreemdelingen : ze zijn in feite de enige voor wie de exceptie van internationale openbare orde bedoeld is. Artikel 3 van het verdrag van St.-Germain-en-Laye dat voor de ondertekenende mogendheden de Akte van Berlijn verving – en dat, sinds het arrest van het Permanent Hof van Justitie van Den Haag van 1 december 1934 in zake *China*, het internationaal statuut van Kongo geworden was als volkenrechtelijk gewoonterecht, – gaf de koloniale mogendheden het recht de beperkingen die nodig waren voor het behoud van de veiligheid en de openbare orde aan te brengen bij de inwerkingstelling van de in dat artikel vervatte beginselen.

B. De Belgen : sinds het arrest *Iramana* van 22 oktober 1953 bestond er geen twijfel meer over dat de internationale openbare orde in de betrekkingen tussen België en Kongo niet mocht spelen. Cfr *R.C.J.B.* 1954, blz. 100, met een noot van R. DEKKERS.

C. De geïmmatriculeerde Kongolezen : in weerwil van de gebrekkige tekst is het duidelijk dat hun nationale wet, de Kongolese namelijk, niet strijdig kan zijn met de internationale openbare orde.

(104) *„Les lois, les jugements des pays étrangers, les conventions et dispositions privées ne peuvent en aucun cas avoir d'effet dans l'état indépendant du Congo en ce qu'ils ont de contraire au droit public de cet état ou à celles de ses lois qui ont en vue l'intérêt social ou la morale publique".* Dit artikel 15 is vervat in een decreet (van 20 februari 1891) en kan bijgevolg niet strijdig zijn met de fundamentele wet. Daarom zijn deze termen slechts als een omschrijving te beschouwen van wat in het eerste lid van artikel 4 van de fundamentele wet op het beheer van Belgisch Kongo „de openbare orde" genoemd wordt.

normale internationale orde, die de toepassing der bevoegde wetten vraagt, verzet. Even onbevredigend lijkt het onderscheid van VALERY tussen „*ordre public personnel*" en „*ordre public territorial*" of dat van LOUIS LUCAS tussen „*ordre public spécial*" en „*ordre public général*". Wanneer de specificatie nuttig blijkt, is het volgens BATIFFOL het beste te spreken van openbare orde in de zin van het internationaal privaatrecht of in de zin van het intern burgerlijk recht ; de term internationale openbare orde heeft nochtans ingang gevonden en mag gebruikt worden.

§ 1. Ontstaan van de exceptie van internationale openbare orde

278. DE OORSPRONG VAN HET BEGRIP.

Ofschoon de uitdrukking als dusdanig niet te vinden is in het werk van de Italiaanse en Franse postglossatoren, kan men misschien de gedachte van internationale openbare orde weervinden in het onderscheid dat ze maakten tussen „gunstige" statuten en „odieuze" (*statutum odiosum*) (105). Door de Franse en vooral de Nederlandse (106) aanhangers van de statutenleer wordt het begrip openbare orde slechts ingeroepen om zekere wetten in het reëel statuut te rangschikken. BOUHIER blijkt de eerste geweest te zijn die een inzicht heeft gehad in het begrip internationale openbare orde : hij maakt allusie op een uitzondering op de normale werking der verwijzingsregels, die voortspruit uit een „prohibitieve beschikking" van de gewoonte, „wanneer de extensie (van een andere gewoonte) zou gevraagd worden", of ook op de „police de la nation" (107).

Noch bij de codificatie, noch in de daaropvolgende jaren kon de gedachte in Frankrijk wortel schieten. De rechtspraak was het, en de Angelsaksische rechtsleer (108), die sinds de aanvang der negentiende eeuw vooropstelden, dat een staat op zijn grondgebied de toepassing niet kan dulden van een vreemde wet, die de fundamentele, morele en politieke

(105) VANDER ELST, R., *Les lois de police et de sûreté,* Brussel en Parijs 1956, blz. 79. PHILONENKO maakt volgende vergelijking : De exceptie van internationale openbare orde is gesteund op een beschikking of een beginsel van de *lex fori*. Het ongunstig statuut werd „odiosum" verklaard in vergelijking met de algemene beginselen van het recht of de fundamentele beschikkingen van de *Common law*. Het is dus door zijn natuur zelf, en zonder tussenkomst van de *lex fori* (het bijzonder stadsstatuut van de aangesproken rechter), dat het vreemd statuut alle expansie buiten het grondgebied ontzegd werd (*„non porrigit extra territorium"*, volgens BARTOLE's uitdrukking). Cfr. noot onder Parijs, 29 maart 1950, S. 51, 2. 197.

(106) De Belgische en Nederlandse auteurs (Rodenburg, de beide Voet's, Ulrich Huber, Arntzenius, van der Keersel) stelden grenzen aan het recht der particulieren om bij overeenkomst af te wijken van de in beginsel reële (territoriale) gewoonten en onderscheidden in het internationaal privaat recht, zoals BEAUMANOIR het in het interne recht gedaan had, de prohibitieve wetten van openbare orde van de suppletieve wetten, die slechts de wilsuiting veronderstellen (J. VOET, *Commentarius ad pandectas,* boek I, IV, pars II, nr 18).

(107) *Observations sur la coutume de Bourgogne,* Dijon, 1742, I, chap. XXIV, nr 126.

(108) STORY, *Conflicts of laws,* paragr. 25, 32.

beginselen, door de lex fori gehuldigd, schendt. SAVIGNY ontwikkelde meer nauwkeurig deze theorie van de exceptie van openbare orde (die in Duitsland later „*Vorbehaltsklausel*" genoemd zal worden). Men zal op de Italiaanse school moeten wachten, op MANCINI (109) in het bijzonder, om de „*ordine pubblico*" als algemene theorie van wetsconflicten opgesteld te zien. Dat kwam zeer natuurlijk : Mancini's doctrine van de personaliteit van het recht, waardoor de gevallen van toepassing van vreemd recht vermenigvuldigd werden, impliceerde noodzakelijkerwijze dat het beroep op de exceptie van internationale openbare orde uitbreiding zou nemen. Die idee genoot zulke bijval, dat KNAPP (110) verklaarde : „*Cette théorie de l'ordre public est un essai génial que Mancini a lancé dans le monde*". Vóór MANCINI reeds had zijn volgeling ESPERSON het essentiële van de theorie gepubliceerd (111). BROCHER, en daarna BARTIN en WEISS gaven aan het systeem zijn definitieve vorm, door het bekende onderscheid te maken tussen de interne en de internationale openbare orde. Sindsdien heeft die problematiek het voorwerp uitgemaakt van talrijke monografieën, naast lange uiteenzettingen in de handboeken (112).

§ 2. Functie van de internationale openbare orde en de taak van de rechter

279. HET MATERIELE RECHT EN HET CONFLICTENRECHT.

De exceptie van openbare orde verschijnt als een fenomeen dat op de grens staat van twee zeer verschillende en niet tot elkaar te herleiden domeinen : het onmiddellijk toepasbare, materiële recht en het onrechtstreeks werkende conflictueel recht. In welk hoort ze thuis ?

Een eerst-opwellende tendens strekt ertoe de openbare orde in het materiële recht te plaatsen, en te menen dat zekere interne materiële wetten

(109) Cl. 1874, blz. 221 en v.

(110) KNAPP, *La Notion d'ordre public dans les conflits de lois*, blz. 97.

(111) ESPERSON, *Le principe de la nationalité*, Paris 1868.

(112) FEDOZZI, Studies verschenen in Cl. 1879 tot 1884, onder de titel *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international ;* DESPAGNET, *L'ordre public en d.i.p.*, Cl. 1889, blz. 5 v. en 207 v. ; AUBRY, *Notion de territorialité en d.i.p.*, Cl. 1900, blz. 689 v. ; 1901, blz. 253 ; 1902, blz. 209 ; FIORE, De l'ordre public en d.i.p., *Rev. d. comp.*, 1902, blz. 608 v. ; HEALY, Théorie générale de l'o.p., *Rec. Ac.*, 1925, IX, blz. 407 v. ; MARMION, *Des lois d'o.p.*, thesis Parijs, 1926 ; MOLDAVAN, *L'ordre public en d.i.p.*, thesis Neuchâtel, 1932 ; BIREAUD, *Contribution à l'étude de l'ordre public* thesis Aix, 1932 ; LOUIS-LUCAS, *Remarques sur l'o.p., Rev.* 1933, blz. 393 v. ; LIENHARD, *Rôle et valeur de l'o.p. en droit interne et en d.i.p.*, thesis Parijs, 1935 ; KNAPP, *La notion d'o.p., dans les Conflits de lois,* thesis Neuchâtel, 1932 ; VALERY, Examen critique, *Rev. dr. comp.*, 1934, blz. 194 ; PHILONENKO, Les atteintes à la propriété privée et à l'o.p.i., *Cl.* 1929, blz. 13 v. en *J.T.* 1949, blz. 193 v. ; *La notion de l'o.i.p., Cl.* 1952, blz. 780 v. ; MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente*, Valladolid, 1952, en L'ordre public en d.i.p., français et allemand, *Rev.* 1954, blz. 7 en v.
In verband met het bekende arrest *VIGOUREUX*, Verbr. 4 mei 1950, zie de studie van PHILONENKO, *Cl.* 1952, blz. 802 v. ; cfr. LEGROS, R., *J.T.*, 1949, blz. 392 et VANDER ELST, R., *J.T.* 1954, blz. 29 en 1955, blz. 160 v. Voor verdere literatuur, zie MAURY, *Règles générales des conflits de loi*, Parijs, 1937.

een openbare-ordekarakter bezitten, wat ze noodzakelijkerwijze toepasbaar maakt op elk door een interne rechtbank beslecht geding ; aldus de interne beperkende rechtsregels over de redenen tot echtscheiding, of over de mogelijkheid tot onderzoek naar natuurlijk vaderschap. Dat aan deze tendens moet weerstaan worden, wordt in een recente studie van P. LAGARDE aangetoond. Het treft hem hoe onbevredigend de oplossingen zijn die door de Franse en Duitse rechtspraak worden gegeven aan het probleem dat door de enen „*Inlandsbeziehung*" genoemd wordt, en door de anderen „*l'effet atténué*", het beperk effect van de openbare orde ten overstaan van de in het buitenland verkregen rechten. In de halve maatregel, in deze begrippen vervat, ziet hij het teken van een diepere realiteit : de band tussen de openbare orde en het spel van de verwijzingsregel.

280. EEN BAND TUSSEN HET GEDING EN HET GRONDGEBIED WAAR DE VREEMDE WET GELDT.

De Duitse rechtsleer merkte op dat de openbare orde in verband met dezelfde vreemde wet soms wel, en dan weer niet optrad ; hieruit besloot ze dat er voor deze tussenkomst soms een voorwaarde ontbrak : een band met het grondgebied, *Binnen- of Inlandsbeziehung*. KAHN deed aldus opmerken dat de exclusieve en absolute toepassing van interne normen als universeel geldende in werkelijkheid niet verwezenlijkt werd. Van het uiterste geval van de slavernij uitgaand, merkt hij op dat de westerse rechtbanken deze rechtsinstelling bij hen niet dulden, maar er geen bezwaar tegen hebben het eigendomsrecht te erkennen op een zaak die langs de instelling van de slavernij om werd verkregen (de goederen in het bezit van de slaaf worden eigendom van de meester bij de reductie tot de stand van de slaaf). Engelse vonnissen uit de vorige eeuw kunnen aangehaald worden om deze bewering te staven : *Madrozo v. Milles* (1820), *Santos v. Illidge* (1860). In het eerste geval ging het om een appropriatie van slaven in volle zee, en in het tweede over een koop van slaven, in Brazilië gesloten. Indien nu in dergelijke gevallen de openbare orde niet van toepassing is, is het omdat het individu dat door middel van zijn slaaf diens bezittingen verkreeg, zich op het ogenblik der verkrijging in een vreemde staat, die slavernij toeliet, bevond. Het is dus mogelijk aan de exclusieve toepassing van wetten van openbare orde (Prohibitif Gesetze) te ontsnappen besloot KAHN, in afwezigheid van een band tussen het geding en het grondgebied ; slechts indien zo'n verband vastgesteld is, zal de openbare orde tussenkomen (113).

(113) KAHN, *Die Lehre von Ordre Public, Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, 1928, Band 7, blz. 184, 181, 189.

281. HET BEGRIP VERKREGEN RECHTEN.

Volgens de Franse – nu jammer genoeg gevestigde (114) – rechtspraak, heeft de openbare orde in bepaalde gevallen slechts „een beperkt effect", – in klare taal eigenlijk helemaal geen uitwerking. Aldus erkennen sinds het bekende Bulkley-arrest van 1860 de Franse rechtbanken de uitwerking in Frankrijk van een – om redenenen die de Franse wet niet kent – in het buitenland uitgesproken echtscheiding. Hoewel die rechtspraak nooit werkelijk begrepen werd, en men om haar uit te leggen een beroep deed op het onnauwkeurig begrip van „verkregen rechten" (115), een variante op de *„Inlandsbeziehung"*, was het zeldzaam een auteur aan te treffen die er, zoals BARTIN, rond voor uitkwam dat de juridische theorie met het probleem geen blijf wist (116).

Dit toont duidelijk aan dat beschouwingen van materieel recht niet volstaan om de openbare orde te verklaren : indien een rechter een vreemde wet die nochtans tegen de nationale openbare orde indruist, niet terzijde legt, gebeurt dit noodzakelijkerwijze om de reden dat hij er de macht niet toe heeft, omdat de voorwaarden voor het fenomeen niet aanwezig zijn. Problematisch zijn dus niet de gevolgen van de openbare orde, maar wel de voorwaarden.

282. HET VERBAND TUSSEN DE OPENBARE ORDE EN DE VERWIJZINGSREGELS.

Steunend op de recente Duitse rechtsleer, toont LAGARDE om te beginnen aan, dat telkens wanneer zich het fenomeen van het beperkt effect van de openbare orde voordoet, de aan de rechter gestelde vraag dubbel is (117), en in werkelijkheid een hoofdvraag behelst (mag die persoon een

(114) LAGARDE, nr 28.

(115) Heel deze theorie is gebouwd op een valse symmetrie met de intertemporele wetsconflicten. Zie hierover : LAGARDE, nr 30 , infra, 298 v.

(116) BARTIN, *Principes de droit international privé*, I, blz. 212.

(117) Het onderscheid tussen *„Vor-"* en *„Hauptfrage"* is van recente datum, en werd in zekere zin ontdekt door WENGLER. *(Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1934, blz. 148 en volgende, en *Revue critique de droit international privé*, 1955, blz. 116 ; 1956, blz. 83 ; 1957, blz. 50. Adde Martin WOLFF, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 1949[2], blz. 81 ; SCHNITZER, *Handbuch des internationales Privatrechts*, 2 vol., Bazel 1950[3], blz. 112 ; MELCHIOR, *Grundlagen des deutschen internationales Privatrechts*, 1932, blz. 245 en volgende : BATIFFOL, *Traité*, tweede uitgave, nr 299, noot 24.
Ze kan in het klassieke voorbeeld van de in het buitenland uitgesproken echtscheiding als volgt geformuleerd worden : twee uit de echt gescheiden vreemdelingen vragen in Kongo te hertrouwen. Voor de grondvoorwaarden van dit huwelijk zal de aangesproken rechter zich door het conflictenrecht van zijn land laten inlichten, die aan de nationale wet van deze vreemdelingen bevoegdheid geeft. We nemen bij veronderstelling aan dat dit nationale recht het nieuwe huwelijk toelaat van regelmatig uit de echt gescheiden ex-echtelingen. Maar dan stelt zich de vraag van de geldigheid van de tussengekomen echtscheiding(en). Zal men om te weten volgens welk recht deze geldigheid geapprecieerd moet worden, het conflictenrecht van het forum nagaan, of het nationale conflictenrecht van de vreemdelingen ? Moet men, indien de hoofdvraag tot de bevoegdheid van een gegeven recht hoort, de bepalingen van dat recht niet volgen om de incidentele vragen, de voorvragen, op te lossen ?

huwelijk aangaan ?) en een voorafgaande vraag (slechts indien het voorafgaand huwelijk regelmatig ontbonden werd) ; vervolgens dat de vreemde materiële rechtsregel, die de openbare orde van het forum blijkt te schenden, steeds terzijde geschoven wordt wanneer hij op de hoofdvraag van toepassing zou moeten zijn, maar veel zeldzamer – we zullen zien wanneer – wanneer hij op de voorafgaande vraag van toepassing is. Men redeneert dan op de oplossing die door de rechtbanken die deze vraag opmerkten, het meest aangehouden wordt : volgens die oplossing is de op de voorafgaande vraag toepasbare verwijzingsregel niet noodzakelijk de verwijzingsregel van het forum, maar die van het interne recht dat op de hoofdvraag van toepassing is. Aldus komt hij tot het besluit dat de openbare orde de vreemde wet slechts kan doen terzijde leggen, *als de hoofdvraag tot de bevoegdheid van de materiële wet van het forum hoorde.*

De verwerping van de exceptie van openbare orde in de gevallen van het zogenaamde beperkt effect (of : van afwezigheid van *Inlandsbeziehung*) blijkt dus overeen te stemmen *met het onderwerpen van een voorafgaande vraag aan een vreemde verwijzingsregel.* Dit is een nieuwe opvatting : afgezien van de inhoud van het aangewezen vreemde recht, verbindt ze de tussenkomst van de openbare orde aan het spel zelf van de verwijzingsregel die het aanduidt. Dit onderzoek levert ons een eerste zekerheid : de openbare orde is steeds met een verwijzingsregel verbonden, vermits men zich haar tussenkomst niet voorstellen kan buiten die van de verwijzingsregel.

Men moet zich aldus voor de veel voorkomende verwarring hoeden, in de openbare orde normen te zien met een absolute territoriale gelding. BARTIN zag het eerst in, dat het fenomeen „openbare orde" en het fenomeen „politie- en veiligheidswetten" twee verschillende zaken zijn. Het theoretisch onderscheid tussen beide is heden ten dage zeer duidelijk (118).

283. DE OPENBARE ORDE : GEEN VERWIJZINGSREGEL.

Hier staat ons dan een tweede verleiding te wachten : zouden we de openbare orde niet beschouwen als een verwijzingsregel *die in wezen van de andere niet verschilt ?* We kunnen ons echter vlug ervan vergewissen, dat van openbare orde slechts sprake kan zijn als reeds de verwijzingsregel van het forum een vreemd recht heeft aangeduid om het geding te regelen. De openbare orde kan pas na de tussenkomst van een klassieke verwijzingsregel

(118) VANDER ELST, R., *op. cit.*, blz. 197 : *„Nous pouvons conclure que dans le droit positif, l'article 3, aliéna 1,* (nota van mij : dit is artikel 14 van het Kongolees burgerlijk wetboek), *constitue la base d'un statut, catégorie propre du droit international privé, auquel se rattachent, indépendamment de la fonction de suppléance de la „lex fori" ou de la mise en œuvre des théories limitatives, certaines lois nationales ou étrangères qui ont pour objet, qu'elles soient ou non d'ordre public, de maintenir la police et la sûreté dans les relations de droit privé qui se nouent sur le territoire qu'elles régissent."*

te berde komen. Zij heeft geen eigen domein ; aan de verwijzingsregel gebonden, is de openbare orde er in zekere zin aan onderworpen. Men kan er dus geen verwijzingsregel als de andere in zien.

284. DE MACHT VAN DE RECHTER.

De belangrijke rol van de rechter dient onderstreept te worden. De hantering der verwijzingsregels van het forum is slechts een eerste stap tot het vinden van het recht dat op het geding toepasselijk is. Het zou niet volstaan dat de rechter zonder meer zijn eigen verwijzingsregels zou toepassen. In elke geval moet hij nog onderzoeken of ze verzoenbaar zijn met de openbare orde van het forum. Eigenlijk wordt de rechter telkens uitgenodigd om zijn conflictenrecht een *nihil obstat* te geven, een verklaring namelijk van niet-tegenstrijdigheid van het aangeduide vreemde recht met de openbare orde van het forum. Uit eigen beweging zal de rechter de grenzen trekken voor de toepassing van het vreemde recht, en daardoor van zijn conflictenrecht (119). Deze macht is buitengewoon, en overtreft aanzienlijk de macht die in het interne recht door de rechter voor zich wordt opgeëist. In het interne recht zal de rechter de grens aanduiden waar de vrijheid van de contracterende partijen ophoudt. Dit is analoog met de opstelling van een nieuwe verwijzingsregel : tot dan wist men niet precies wat tot de bevoegdheid hoorde van het recht van het forum, en wat tot het vreemde recht. In het internationaal privaatrecht gaat hij echter verder, en komt terug op een verwijzingsregel in naam van de openbare orde.

Deze anomalie is in het interne recht nochtans niet helemaal onbekend, zoals we al zagen : men ontmoet ze bij het onderzoek naar de moraliteit van een contract op grond van artikel 33 van het derde deel van het burgerlijk wetboek (artikel 1133 van de Napoleontische code). Maar de rechtbank gaat veel verder in het indernationaal privaatrecht : niet alleen de „moraliteit" van de vreemde wetten onderzoekt zij, maar ook hun compatibiliteit met de interne wetten. Er wordt geen beroep gedaan op de wil van de wetgever van het forum om te weten of de wet al dan niet dwingend is en bijgevolg bevoegd ; vast staat dat ze niet bevoegd is, en toch wordt ze toegepast. De rechter velt een waardeoordeel over de interne wetten, en neemt aldus een recul die in het interne recht ondenkbaar is. Het probleem is inderdaad niet te onderzoeken of een interne wet door een vreemde wet geschonden werd ; dit ware zinloos, vermits de erkende bevoegde wet precies de vreemde is. A priori zal de rechter niet verklaren dat gene vreemde wet tegen de openbare orde van het forum indruist, of dat gene wet van het forum als tot de internationale openbare orde behorend beschouwd dient te worden. Wat hij te onderzoeken heeft, is : of de vreemde wet, zoals toegepast *in het concreet geval,* een resultaat mogelijk maakt dat niet té verschillend is van datgene wat

(119) Zie : LIENHARD, *Le rôle et la valeur de l'ordre public,* thesis, Dijon 1935, eerste deel.

hij bekomen zou hebben door toepassing van het recht van het forum, en dat bijgevolg met dit laatste kan gecombineerd worden.

285. DE VERWIJDERING VAN EEN GEINDIVIDUALISEERDE NORM.

Zoals BATIFFOL het in zijn woord vooraf tot het werk van LAGARDE doet opmerken, is de bewering dat de toepassing van een ergernisgevende vreemde wet niet noodzakelijk ergerend moet zijn, of dat de toepassing van een niet-ergernisgevende vreemde wet misschien ergerend kan zijn, te verwerpen. Het vreemde recht moet onderzocht worden, *zoals het toegepast wordt in casu.* De in naam der openbare orde verwijderde vreemde wet is niet de algemene norm, toepasselijk op een serie gevallen. Het is de geïndividualiseerde norm, door de omstandigheden van het geval geconcretiseerd. Het is de juridische oplossing die door het vreemde recht aan het geding gegeven wordt (120). Indien ondanks de bestaande, ergernisgevende algemene norm, de oplossing door het vreemde recht in het concreet geval gegeven, verzoenbaar is met de Kongolese openbare orde, is er geen enkele reden om het kongolese recht te substitueren (121). Men zal niet a priori verklaren dat een vreemde wet tegen de openbare orde van het forum indruist, of dat gene wet van het forum beschouwd moet worden als behorend tot de internationale openbare orde. Aan de hand van talrijke voorbeelden uit de rechtspraak toont LAGARDE de noodzakelijkheid aan van een *gedetailleerd onderzoek van de oplossing, door het vreemd recht gegeven,* voor elke tussenkomst van de openbare orde. Duidelijk blijkt dat, indien de openbare orde zich slechts manifesteert wanneer deze vreemde oplossing niet op een coherente wijze gecombineerd kan worden met de instellingen van het forum, in het concrete geval betrokken, deze instellingen niet noodzakelijk als fundamenteel beschouwd worden voor het behoud van de beschaving of zelfs van de politiek die de wetgever wenst te volgen (122).

(120) Zie Beroep Brussel, 17 januari 1938 ; „attendu que cette notion (ordre public international) est composée de certaines règles ou conceptions morales, économiques et aussi politiques, dont l'observation dans un état déterminé est considéré comme indispensable pour la subsistance paisible de la communauté sur le territoire, de telle sorte qu'elles s'opposent à l'application dans cet Etat, dans le domaine du droit international privé, de toute loi étrangère qui, en vertu de ce droit, peut être déclarée compétente en principe *in abstracto,* mais dont l'*application en raison de son contenu concret,* c'est-à-dire de la mesure qu'elle contient, semble être de nature à nuire aux règles ou conceptions sociales, et ainsi à troubler l'ordre public territorial . . ."

(121) Zie het voorbeeld der Sovjet-onteigeningen, in voetnota 128.

(122) Een drietal voorbeelden : de rechtspraak die de eigen wet toepast bij hoogdringendheid in plaats van de vreemde nationale wet, in het belang van minderjarigen bijvoorbeeld ; aangezien tot 1 januari 1957 het Nederlandse recht de instelling der adoptie niet kende, reageerde de openbare orde tegen een onbekende juridische techniek. *„Doit être considérée comme contraire à l'ordre public français toute décision émanant d'une juridiction étrangère dont l'exécution se trouve aller à l'encontre de ce qui a été jugé par un tribunal français touchant les points relatifs à la même constatation"* (Cass., 23 maart 1936, Clunet 1937, 108), vond het Franse Verbrekingshof, alhoewel het zeer goed mogelijk is dat de inhoud van die vreemde uitspraak niets bevat wat ons ergeren kan.

286. DE MEEST SPECTACULAIRE VRAAG.

Wat zal er nu in laatste instantie, als alle voorwaarden aanwezig zijn voor het gebruik van de openbare orde (de werking namelijk van een verwijzingsregel van het forum en de aanwijzing door deze van een materiële vreemde wet ; de beschouwing van het vreemde recht, van de concrete omstandigheden van de zaak, en van het recht van het forum) de rechtbank ertoe bewegen het mechanisme te doen werken ? Dit is om zo te zeggen de meest spectaculaire vraag van de openbare orde, de enige die tal van monografieën pogen op te lossen. Hoewel steeds gesteld, werd deze vraag nooit beantwoord, en de ernstigste auteurs gaven het op, nog verder naar een oplossing te zoeken. Men staat hier voor één van die imponderabilia die aan de analyse van de jurist ontsnappen. Het enige wat hij doen kan, is een catalogus opstellen van de gevallen die tot de openbare orde behoren, een ondankbare en weinig briljante taak, die nochtans de enige mogelijkheid biedt om tot een relatieve voorspelbaarheid van de reacties van de rechtbank te komen (123).

287. EEN TECHNISCH MECHANISME.

Dit ongrijpbare spruit voort uit het feit dat men voor een „functioneel begrip" staat, zoals in het besluit van dit hoofdstuk benadrukt zal worden. Het probleem van de definitie van de openbare orde is een onecht probleem, en het enige wat van belang is, is het onderzoek naar haar functie. De openbare orde heeft niet tot gevolg, integraal de wet van het forum in de plaats te stellen van een vreemde wet, maar eenvoudigweg de enkele elementen uit de vreemde wet te verwijderen, die in de betrokken instellingen van het forum niet ingepast kunnen worden. Men moet de openbare orde zien als een technisch mechanisme, geënt op en onafscheidbaar van dat andere technisch mechanisme, de verwijzingsregel. Het nut van dat mechanisme is duidelijk : een blinde onderwerping van de rechter aan zijn verwijzingsregels zou tot absurditeiten leiden, tot incoherenties die tegen het

(123) Men moet niet hopen een zekere en exhaustieve lijst op te stellen van de gevallen waarin de vreemde wet strijdig is met de openbare orde. Want deze uitslag hangt per slot van rekening evenzeer af van de onbekende vreemde wet zelf, als van het recht van het forum en de omstandigheden van de zaak. Het zou een grote vergissing zijn, te pogen dergelijke lijst op te stellen : men zou namelijk in de formulering de inhoud van het begrip overnemen. De te beantwoorden vraag is deze : te weten waarin de situatie bestaat waarin de openbare orde moet ingeroepen worden ; en niet die, te weten welke de situaties zijn waarin zij tussenkomt.
De redenen hiervoor zijn ten eerste het risico snel voorbijgestreefd te worden door de rechtspraak, en ten tweede, de beschouwing dat het opstellen van een vergelijkformule een taak uitmaakt die de rol van de jurist, die noch moralist, noch filosoof, maar technicus is, te boven gaat. Zeer dikwijls wordt de openbare orde ingeroepen om morele, filosofische of in brede zin politieke redenen. Indien het ongetwijfeld de jurist past te onderzoeken waarin bepaalde gegeven morele of politieke opvattingen het positieve recht kunnen beïnvloeden, komt het hem niet toe, uit te maken welke de morele en politieke opvattingen zijn die deze invloed moeten uitoefenen : de inhoud van het begrip openbare orde maakt geen deel uit van zijn juridische definitie.

doel zelf van de verwijzingsregel zouden ingaan, de coördinatie namelijk der juridische systemen om tot de oplossing van een privaatrechtelijk geding te komen door de wetgeving die het beste geschikt is om het te regelen. Vermits deze wetgeving nochtans dikwijls zeer verschillend is van die van het forum, moet ze eraan aangepast worden ; hier komt de openbare orde tussenbeide, niet om de vreemde wet terzijde te schuiven, maar om ze in te kleden op de manier van het forum, en ze haar kansen van doeltreffendheid te geven (124).

288. EEN MEER TRADITIONELE MANIER VAN VOORSTELLEN.

Boven deze formule verkiezen de meeste auteurs echter een meer traditionele manier van voorstellen, door te zeggen dat de openbare orde toepasselijk is wanneer de vreemde wet tegenstrijdig is met de morele en politieke beginselen die de basis van de juridische orde en van de beschaving van het forum uitmaken : „*Un principe que le législateur considère comme essentiel a l'ordre moral, politique ou économique établi, et qui, pour ce motif, doit nécessairement, à ses yeux, exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente inscrite dans le statut personnel de l'étranger*" (arrest Vigoureux) (125) ; „*Les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue*" (126). Het geloof in zulke beginselen is vaak een onbewuste terugkeer tot een absolutistische opvatting van het natuurrecht (127).

Ieder van deze beginselen in het bijzonder genomen verdwijnt, en er blijft slechts een idee van over, waarvan het vaag en onnauwkeurig karakter elke juridische toepassing uitsluit. Men moet dus ophouden op algemene beginselen te redeneren als op entiteiten die op zich zelf staan. De beginselen zijn als zoveel merkpunten die slechts zin hebben in verband met andere punten. De waarde van onze juridische orde is niet de som van de waarden van elk der algemene beginselen. Ze komt eerder voort uit een evenwicht van betrekkingen tussen dikwijls tegenstrijdige vereisten, door die beginselen vooropgesteld, die op zichzelf slechts een partiële en partijdige kijk op het

(124) Deze gedachte van LAGARDE werd goedgekeurd door BATIFFOL, Conflits mobiles et droit transitoire, *Mélanges Paul ROUBIER*, blz. 49.
(125) Verbr., 4 mei 1950, *Cl.* 1952, blz. 802 en v.
(126) Cass. Civ., 25 mei 1948, *Revue*, 1949, 89.
(127) Men moet zich voor een sectaristische opvatting van het natuurrecht hoeden. THOMAS VAN AQUINO schreef reeds *(Summa Theologica*, Ia, IIae, qu. 94, art. 3) : „Wegens de verschillende levensomstandigheden der mensen gebeurt het dat bepaalde daden deugdzaam zijn voor de enen, wijl ze naar hun maat zijn en hun passen, en het nochtans niet zijn voor anderen, daar ze niet naar hun maat zijn". Wat verder voegt hij eraan toe *(ibid.*, art. 4) : „In de praktische orde is er geen zelfde waarheid of geen praktische gedragslijn voor allen in de bijzondere conclusies, maar slechts in de gemeenschappelijke beginselen. Zij voor wie in het bijzonder dezelfde praktische gedragslijn geldt, kennen ze dan nog niet allen op dezelfde wijze".
Zie BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, blz. 160.

positieve recht kunnen geven. Dikwijls wordt bijvoorbeeld gezegd dat burgerlijk wetboek van het absolutisme van het eigendomsrecht algemeen beginsel heeft gemaakt. Maar hoe zal men, indien dit juist is, restricties van wetten en reglementen door artikel 544 zelf opgelegd, uitleggen ? Hoe de omvang uitleggen door die wetten en reglementen sinds 1804 genomen ? Hoe uitleggen dat het juridisch geweten van de twintigste eeuw zo vertrouwd is geworden met de gedachte van de onteigening ? De onontbindbaarheid van het huwelijk is ook geen algemeen beginsel meer van ons recht ; zij die bijvoorbeeld in Frankrijk in 1884 de echtscheiding opnieuw invoerden, waren door een volstrekt tegengestelde inspiratie gedreven, die ze niet volledig konden doen zegevieren. Men kwam tot een vrij onstabiele toestand. Het zou eigenaardig zijn, juist dit broze bouwwerk te beschouwen als de stabiele basis van onze juridische orde. Deze voorbeelden die met vele andere aangevuld kunnen worden, volstaan om de rol van de openbare orde in het internationaal privaatrecht te belichten. Een vreemde rechtsregel wordt niet terzijde geschoven omdat hij met een fundamenteel beginsel van het jus fori strijdig is. Het wordt verworpen omdat hij, geïntegreerd in het ius fori, niet op een coherente wijze te combineren is met de verschillende bepalingen van het ius fori waarmee hij in verband staat (128). Indien de openbare orde niet tussenbeide kwam, zou de oplossing van het geschil zinloos zijn, vermits de vreemde beschikking en de beschikkingen van het forum slechts door hun combinatie zin hebben, en deze bij hypothese onmogelijk is. De openbare orde komt precies tussenbeide om het geheel terug zin en leven te schenken door middel van de nodige aanpassingen. Men moet in de openbare orde een element zien van technische vervolmaking van

(128) Het voorbeeld der Sovjet-onteigeningen illustreert dit : „De Franse rechtspraak weigerde onteigeningen die in Rusland plaatsgegrepen hadden, zonder vergoeding, te erkennen verklaarde, wanneer de goederen zich in Frankrijk bevonden, de revendicaties van onteigenden gegrond.
In die hypothesen was het Russisch recht dat onteigening zonder vergoeding toeliet, inderdaad onverzoenbaar met het Franse recht dat de onteigende eigenaar de revendicatie toelaat. Dminstens in één ander geval heeft de Franse rechtspraak die onteigeningen erkend, aangezien met de in het geval betrokken Franse rechtsregelen niet onverzoenbaar waren. Bedoeld is arrest van het Hof van Beroep van Parijs van 15 februari 1933 (*Gaz. Trib.*, 27 april 1933). In geval werd beslist dat wie in Rusland juwelen bezat, als depositaris of als niet-betaalde verkoper was ontheven van de plicht de toevertrouwde juwelen die in Rusland gebleven waren te restitueren ; de edelstenen en metalen werden in dat land inderdaad vanaf 1919 in beslag genomen en hun uitvoer werd verboden. Er werd beslist dat het niet noodzakelijk was aan te tonen dat die algemene beschikking gevolgd was door een op de depositaris toegepaste effectieve maatregel, aangezien artikel 1302 bepaalt dat de verbintenis tot haar einde komt wanneer het bepaalde lichaam dat er het voorwerp van uitmaakt uit de handel genomen werd en artikel 1147 dat de schuldenaar gehouden verantwoordelijk te zijn, wanneer de niet-uitvoering te wijten is aan een oorzaak die hem niet kan toegeschreven worden. In dit geval hield de Russische wet op aanstootgevend te zijn, vermits ze zich best combineren liet met de betrokken bepalingen van de Franse wet, te weten artikel 1302 en 1147 van het burgerlijk wetboek. Wel verstaan zou dezelfde wet niet in aanmerking genomen worden voor wat de betrekkingen aangaat tussen de oude eigenaar en de nieuwe, want ze zou in betrekking staan tot artikel 5 van het Burgerlijk wetboek en er niet mee te verzoenen zijn. Cfr. LAGARDE, nr 155.

de verwijzingsregels, die door hun klein aantal te algemeen en daardoor onvolmaakt zijn, en erkennen dat zonder de openbare orde het internationaal privaatrecht dikwijls niet in staat zijn zou, zijn delicate taak te vervullen, een aangepaste oplossing te brengen in private geschillen.

§ 3. Gevolgen van het inroepen van de openbare orde

289. DE VERVANGENDE RECHTSREGEL.

De functie van de openbare orde is : de toepassing te weren van een normalerwijze bevoegde vreemde wet. Waardoor, en tot waar, zal echter deze vreemde rechtsregel vervangen worden ?

In het Engels-Amerikaanse recht wordt deze vraag – welke materiële beschikking de verworpen vreemde beschikking zal vervangen – niet gesteld. De rechtspraak rangschikt er de openbare orde bij de rechtspleging (129) Wanneer ze een actie verwerpt in naam van de openbare orde, is het omdat ze meent geen „jurisdictie" te hebben. In plaats van de knoop van het geding door te hakken, beperkt zij zich ertoe de eiser naar een andere rechtbank te verwijzen. Deze houding heeft tot gevolg dat enerzijds de beslissing niet over gezag van gewijsde beschikt, zelfs in het gebied waar de rechtbank zetelt, en dat anderzijds, vermits de openbare orde slechts een proceduraal uitstel is, dit slechts door de partijen mag ingeroepen worden. Een ander gevolg is, zoals we zo pas zagen, dat de vraag die ons hier bezighoudt niet gesteld hoeft te worden. In ons recht handelt een vonnis, op basis van de openbare orde geveld, integendeel over de grond van de zaak, en moet een definitieve oplossing aan het geschil gegeven worden.

290. HET RECHT VAN HET FORUM ?

De vervangende regel moet in het recht van het forum gevonden worden, *„en matière d'ordre public international . . . c'est invariablement à sa propre loi que le juge imprunte les dispositions qu'il entend faire prévaloir, à ce titre, dans la solution du litige : ces dispositions ne dépendent jamais que de la lex fori. C'est là le fait universel et constant"* (130).

De Duitse en Zwitserse auteurs staan een andere oplossing voor : het vreemde recht moet geraadpleegd worden om te onderzoeken of het geen andere beschikking bevat dan die welke afgewezen werd, en die bevredigend zou voorkomen voor de opvattingen van het forum over de openbare orde (131). Ze verkiezen het vreemde recht boven de toepassing van het

(129) PAULSEN en SOVERN, Public policy in the conflicts of laws, *Yale law journal*, 1940, blz. 1010 en 1011.
(130) BARTIN, *Principes du droit international privé*, I., § 94, blz. 252.
(131) Zie hierover infra, nr 372.

recht van het forum, waar, zeggen ze, de openbare orde een uitzondering uitmaakt, die niet uitgebreid mag worden. Deze theorie wordt bekampt door de quasi-totaliteit van de Franse en Italiaanse rechtsleer (LAGARDE, nr. 179).

291. HET WERKELIJKE PROBLEEM : DE GRENZEN.

Het werkelijke probleem in verband met de gevolgen van de openbare orde is het onderzoek naar de juiste grenzen voor de substitutie van de lex fori door de normalerwijze bevoegde vreemde wet.

Men weet dat de rechtspraak beslist dat, indien de ongeoorloofde voorwaarden de determinerende en impulsieve oorzaak van het contract uitmaakten, de kern en de steun van alle andere beschikkingen, het hele contract vernietigd moet worden (132). Kan men in het internationaal privaatrecht niet op gelijkaardige wijze redeneren ?

Gesteld : een vreemde wet, toepasselijk op een rechtsverhouding ; veronderstellen we deze wet in verscheidene beschikkingen tegenstrijdig met de openbare orde van het forum. Moeten deze beschikkingen alleen verworpen worden en moet voor de rest de bevoegdheid van de vreemde wet gehandhaafd worden ? Indien het vreemde recht slechts zin en bestaansreden had in functie van de met de openbare orde strijdige beschikking, zou men nochtans de toepassing van een reglementering handhaven na haar levenskrachtige bron afgesneden te hebben. Om dit ongunstige gevolg te voorkomen, stelt LAGARDE voor, te zoeken of de verwijderde vreemde beschikking kan beschouwd worden als impulsieve en determinerende oorzaak van de resterende toe te passen vreemde wetgeving, en deze in bevestigend geval integraal door de lex fori te vervangen. Deze oplossing biedt het grote voordeel, het systematische karakter van het vreemde recht te eerbiedigen, zoals de tussenkomst van de openbare orde tot taak heeft het systematisch karakter van het ius fori te eerbiedigen. De oplossing kan in de volgende formule weergegeven worden : Het recht van het forum vervangt de vreemde beschikkingen die strijdig zijn met de openbare orde van het forum, en eveneens die welke, zonder op zichzelf strijdig te zijn met deze openbare orde, onafscheidbaar zijn van de beschikkingen die dat wel zijn (LAGARDE, nr. 189).

De draad van deze discussie wordt verder (in hoofdstuk II, afdeling V, § 3) opgenomen in verband met de gevolgen van de werking van de algemene openbare orde.

(132) Constante rechtspraak sinds een Frans cassatiearrest van 3 juni 1863, S. 1864, I, 269.

§ 4. Vergelijking tussen interne en internationale openbare orde

292. DE OPENBARE ORDE : GEEN GEHEEL VAN DWINGENDE REGELS, MAAR EEN UITZONDERING NA DE WERKING VAN DE COLLISIEREGELS.

Wanneer een rechter voor een wet staat, die zonder twijfel dwingend is, moet hij vóór alle onderzoek naar de wil der partijen deze wet toepassen. Men beweert dikwijls dat dezelfde handelwijze in het internationaal privaatrecht geldt, met dien verstande dat de dwingende wetten talrijker voorkomen in het intern recht dan in het internationaal privaatrecht (133). Zou men dan het bestaan moeten aannemen van dwingende wetten, die, welke ook de inhoud van de vreemde wet wezen, toepasbaar zijn ?

De vergelijking was aanlokkelijk toen men nog aannam dat de wetten van openbare orde in de zin van het internationaal privaatrecht bepaald of bepaalbaar waren, en een unieke categorie vormden, die geplaatst werd tegenover die van het personeel statuut, op dezelfde wijze als in het intern recht de dwingende wetten een categorie vormen die tegenover de suppletieve wetten geplaatst worden. Maar men heeft er zich heden ten dage rekenschap van gegeven dat de openbare orde in het internationaal privaatrecht, zonder een definieerbare categorie te vormen, alle domeinen doordringt en als een uitzondering werkt na de werking van de collisieregels. Aldus geeft onze vergelijking nog maar een bedrieglijk beeld, dat getuigt van de verwarring die heerst met betrekking tot oplossingen die steunen op artikel 3, eerste lid, van de Napoleontische code (of op artikel 14 van het Kongolees burgerlijk wetboek) en oplossingen die op het begrip openbare orde steunen (134).

De voorbereidende werkzaamheden van 1804 stichten op dit punt verwarring en wekken de indruk dat de wetgever, die in artikel 3, eerste lid, hoofdzakelijk de strafwetten en het publiek recht bedoelde – dit is de beschikkingen van intern recht waarvan het dwingend karakter, behorend tot de openbare orde, bijzonder benadrukt was – er noodzakelijk de wetten in begreep en de beginselen die nu tot de internationale openbare orde gerekend worden. Dit werd versterkt door een natuurlijke tendens van de rechtspraak, in de jaren die op het van-kracht-worden van de wetboeken volgden, elke rechtsregel met een geschreven wettekst te verbinden. Vermits door geen enkele tekst de toepassing van de beschikkingen van openbare orde werd voorgeschreven, was het verleidelijk, er in artikel 3, eerste lid, de grondslag van te zoeken. Niets is nochtans oppervlakkiger en dubbelzinniger : oppervlakkig, omdat de tussenkomst van de internationale openbare orde onafhankelijk is van de vraag of de partijen het grondgebied

(133) Bijvoorbeeld : DURIEUX, SOLUS : zie infra, nr 317.
(134) VANDER ELST, R., *Les lois de police et de sûreté en droit international français et belge*, Parijs 1957.

bewonen ; dubbelzinnig, omdat uit een zelfde wettekst aldus én een normale collisieregel gehaald wordt, én een uitzondering op die regel, – bijvoorbeeld eensdeels de bevoegdheidsregel *„lex loci delicti commissi"* en anderdeels het beginsel van intern recht krachtens welk het verbrekingshof terwille van de openbare orde een toepassing weigert van diezelfde regel (135). VANDER ELST toont aan dat er fundamentele verschillen bestaan tussen die twee bijzondere categorieën van internationaal privaatrecht : de ene is een statuut dat toepasselijk is door de normale werking van de collisieregel, terwijl de andere slechts een uitzonderlijk te hanteren techniek is om de gevolgen van die collisieregels te verhinderen (136).

293. TWEE TECHNIEKEN IN HET INTERNE PRIVAATRECHT.

Niet elke vergelijking nochtans is gezocht. In feite werd, zoals we al zagen, artikel 6 van de Napoleontische code (artikel 15 van het Kongolees wetboek) door de rechtspraak op ruime wijze geïnterpreteerd. Deze zag er een algemene reserveclausule in voor de wil der partijen, bestaande uit het rekbare begrip openbare orde en goede zeden. Dank zij artikel 1133 kon ze de openbare orde de strikt wettelijke beperkingen die men in artikel 6 wou zien, doen doorbreken. Zo zijn er in het intern recht op dit ogenblik twee technieken om een overeenkomst die tegen de openbare orde ingaat, nietig te verklaren : wanneer een huurcontract vervalt, weet de rechter dat de toestand met zorg voorzien werd in dwingende wetsbeschikkingen, die hij alleen maar toepassen moet, zonder de impliciete of uitdrukkelijke wil der partijen te raadplegen. Dit maakt de eerste techniek uit. Wanneer de rechter echter wegens een immorele oorzaak een contract nietig verklaart, moet hij vooraf met zorg het contract onderzoeken : hij heeft geen interne regel te zijner beschikking die *ex officio* op het contract toepasbaar is. Dit maakt de tweede techniek uit, en het is de enige die kan vergeleken worden met die uit het internationaal privaatrecht, de enige die de soepelheid van het begrip openbare orde waarborgt, en die de rechter verplicht tot een nauwgezet onderzoek van hetgeen hij terzijde legt (137). De eerste techniek daarentegen stemt overeen met die streng verplichtende normen, waarvan de opportuniteit in het internationaal privaatrecht verworpen wordt (LAGARDE, nr. 114). Nog steeds geldt in het intern recht de wilsautonomie als beginsel, en de partijen kunnen, gebruik makend van hun vrijheid, naar eigen voorkeur handelen, binnen zekere grenzen, die de rechter met behulp van het soepele

(135) Cass., 29 mei 1894, S. 94. I. 481 (het ging om de schending op het gebied van Monaco van een door de prins toegestaan monopolie).

(136) VANDER ELST, R., *op. cit.*, blz. 103, nr 28.

(137) Zie bijvoorbeeld : DORAT DES MONTS, *La Cause immorale*, Parijs 1956, blz. 13-29. De auteur schetst de ontwikkeling van de rechtspraak over de schenkingen tussen ongehuwd samenlevenden, en toont duidelijk de aanpassing aan de opvattingen der verschillende tijdvakken.

begrip openbare orde en goede zeden bepalen zal. Het is heden ten dage nochtans gebruikelijk te spreken over de teleurgang van de vrijheid van de partijen ; om de privaatrechtelijke toestanden te regelen dringt een ander systeem, dat in de plaats van de wil der partijen komt, zich langzamerhand op. Laatstgenoemde verliezen stilaan de macht om door hun wilsuiting de verbintenissen die uit hun overeenkomsten zijn voortgesproten, te regelen. Door dwingende wetten doet de wetgever het in hun plaats. Daarna, en pas daarna, mogen de partijen nog vrijelijk zekere details regelen, en het is mogelijk dat dan de wil der partijen nog beperkt wordt door het verschijnsel (in de klassieke zin nu) van de openbare orde en de goede zeden. Maar deze uit de rechtspraak geboren openbare orde is niet van dezelfde aard als de wetgevende openbare orde (138). Moet dit procédé van de dwingende wet, dat in het intern recht het oude beginsel van de wilsautonomie aan het verdringen is, overgenomen worden in het internationaal privaatrecht en het systeem van de collisieregels vervangen ? Blijkbaar niet. In het intern recht heeft het beroep op imperatieve wetten tot doel een zekere uniformiteit te verwerkelijken, die een vorm van gelijkheid of minstens van rechtvaardigheid zou zijn. In het internationaal privaatrecht overgeplaatst, zijn de resultaten helemaal omgekeerd. Indien alle staten hetzelfde deden, zou men terugkomen tot een uitsluitende toepassing door iedere rechter van zijn eigen intern recht, en bijgevolg zouden alle pogingen tot eenmaking, of althans tot harmonisatie, die tot heden werden ondernomen, vruchteloos geweest zijn (139).

Op dit vlak dan dient een vergelijking tussen de openbare orde in het intern recht en in het internationaal privaatrecht gezien te worden. Indien er al parallellisme mocht zijn, dan ziet men toch in welke beperkte mate.

§ 5. „Intercoutumiere" openbare orde

294. CONFLICTEN TUSSEN GEWOONTERECHTSSTELSELS.

In de studie van Prof. MAX GLUCKMAN, die aan veldonderzoek deed bij een stam in Zambia, en die zich beijverde om het juridische denken van de Lozirechters te achterhalen, leest men dat de rechtbank wel degelijk de gewoonten van andere stammen erkent. In het „geval van de preutse echtgenoot" : „Er is in de rechtbank geen pad tot slavernij . . . een vreemdeling stelt een vordering in volgens de gewoonten van de vreemdeling ; een Lozi stelt een vordering in volgens de gewoonten der Lozi". De auteur (blz. 206-211) beweert : „ . . . *the kuta (rechtbank) pays attention to many other specific tribal customs. In divorce cases between Lubale and Nyengo*

(138) Het verschil tussen de rechterlijke en de wetgevende openbare orde, wordt door MALAURIE gemaakt, blz. 49.

(139) RAAPE, *Internationales Privatrecht,* Berlin u. Frankfurt a/M. 1950, blz. 66.

spouses, wives have been granted divorce for infringements by their husbands of tribal customs unknown to the Lozi. Similar problems may arise from the very fact that people of different tribes with different customs reside together in neighbourhoods and indeed in royal villages. They are bound to observer to one another the rules incumbent in their social positions. But they must respect one another's customs, for every tribe is entitled to its own customs."

Het probleem van conflicten tussen twee of meer verschillende systemen van gewoonterecht werd scherp gesteld bij de verdwijning van strenge geografische verdelingen tussen de stammen, en de groeiende mobiliteit der bevolking (140). Voorheen, toen bijna alle personen die in een bepaald rechtsgebied woonden, leden waren van dezelfde stam (en wanneer zo goed als geen leden van de stam elders leefden) werden nagenoeg alle gedingen die in het rechtsgebied waren ontstaan, onvermijdelijk volgens het recht van de stam opgelost. De situatie is echter veranderd. In het algemeen behoren over het hele land de bewoners van een bepaalde plaats tot één stam, doch overal bestaan minderheden waarvan de oorsprong in andere gemeenschappen ligt. Vooral in verband met zulke minderheden stelt zich het probleem : wanneer een lid ervan in een rechtsgeding betrokken geraakt dat in het rechtsgebied ontstond, luidt de vraag – in de veronderstelling dat er geen geschreven recht moet toegepast worden – of dit geschil naar *lokaal* recht moet opgelost worden, of naar het recht dat men het personeel recht van de betrokken partij zou kunnen noemen.

Tot voor kort lieten de in Engels-Afrika vigerende teksten aan de rechters de keuze : *„Native law and custom . . . prevailing in the area of the jurisdiction of the court or binding between the parties"*, en de gedachte dat er in één gebied meer dan één gewoonterechtelijk systeem zou bestaan, werd verworpen (141). Weliswaar verkondigde rechter Brooke in *Re Alayo* (1946) de mening dat het begrip *personeel recht (personal law)* in Nigeria niet bestond (142), maar de rechtbanken gebruiken het begrip geregeld (PARK, blz. 116).

> „We suggest that where the law of the court is the law prevailing in the area but a different law binds the parties, as where two Ibos appear as parties in the Moslem Court in an area where moslem law prevails, the native court will – in the interests of justice – be reluctant to administer the law prevailing in the area, and if it tries the case at all it will – in the interest of justice – choose to administer the law which is binding between the parties" (143).

(140) Voor deze problematiek te Leopoldstad, zie PAUWELS, J.M., *proefschrift.*
(141) *In R. v. Florin native court, ex. p. Arena* (1953) 20 *N.L.R.*, 144.
(142) (1946) 18, *N.L.R.*, 88.
(143) *Osnagwu v. Soldier*, 1959, N.R., *N.L.R.*, 39.

Dit was ook de mening van het Hof van Beroep van Elisabethstad in *Simon Shirwa c. Bibisombe Sangana*: *„La coutume en vigueur dans le territoire d'Elisabethville et applicable aux indigènes non immatriculés admet qu'ils soient régis en la matière par les règles coutumières de leur région d'origine. Il semble bien établi que dans les chefferies indigènes existe la coutume d'appliquer aux étrangers, en ce qui concerne la famille, les règles coutumières des régions dont ils sont originaires"* (144).

Op grond van artikel 11 van het Decreet (dat in 1938 veranderd werd en nu formuleert dat de inheemse rechtbanken bevoegd zijn indien de geschillen niet aan de hand van geschreven recht moeten opgelost worden) had toen de annulatierechter het tegenovergestelde beweerd : *„Les tribunaux indigènes ne peuvent juger que les différends qui donnent lieu à l'application des coutumes du ressort, ou des ressorts limitrophes. Il n'en est pas ainsi quand pour régler un conflit il faut faire l'application d'une coutume d'un ressort qui n'est pas limitrophe"*, en vernietigde wegens onbevoegdheid een vonnis van de gewestrechtbank dat gewoonterechtsregels had toegepast die niet tot die van het forum behoorden (145).

Men neemt aan dat tot het gewoonterecht in het rechtsgebied van het forum een stel min of meer primitieve conflictuele technieken behoren (146).

295. DE SUSCEPTIBILITEITEN VAN HET FORUM.

De vraag mag nu dus gesteld worden, of een forum ook van zijn intercoutumiere openbare orde zou kunnen gewagen om de toepassing van gewoonterechtsregels, die normaal moeten toegepast worden te weigeren. Theoretisch kan men het zich voorstellen, maar er zijn geen gevallen bekend. De gewoonterechtbanken hebben ook niet de erfenis der nationalistische theorieën van MANCINI te torsen en zijn niet met de westerse gevoeligheden van-in-hun-soevereiniteit-gekrenkten behept.

MAX GLUCKMAN schrijft over de zuiver gewoonterechtelijke jurisdicties van Noord Rhodesia : *„Normally a Lozi court would not subject Lozi customs themselves to this test (standard of reasonableness), but it does so submit the customs of other tribes"*.

Zo nodig zal de rechtbank dus een vreemde gewoonte, waarvan de toepassing gevraagd wordt, niet volgen, maar het is duidelijk dat hier niet van een intercoutumiere openbare orde sprake is, maar van de zogenoemde koloniale openbare orde (de algemene orde). De balk wordt echter gemakkelijker in het oog van de buurman ontdekt . . .

(144) Beroep Elisabethstad, 24 april 1934, *R.J.C.B.* 1934, 85.
(145) Parketrb. Elisabethstad, 21 november 1933, *R.J.C.B.* 1934, 21.
(146) Het is wenselijk dat de wetgever hier algemene richtlijnen zou geven, zoals de Noord- en Westnigeriaanse wetgever. In het Noorden : *Native Courts law*, 1956, sectie 21 ; in het Westen : *Customary Courts law*, 1957, sectie 20.
Cfr. PARK, blz. 120-131.

296. DE GEWESTRECHTBANK VAN LEOPOLDSTAD AANVAARDT HET ONONTBINDBAAR HUWELIJK NIET.

In een door A. SOHIER fel bekritiseerd vonnis van de gewestrechtbank van Leopoldstad (147), leest men dat de echtscheiding, alhoewel door de rurale persoonlijke gewoonten der partijen niet toegestaan, toch uitgesproken werd volgens de lex fori van Leopoldstad. Volgens de persoonlijke Mongogewoonte zou inderdaad een gewoonterechtelijk en katholiek huwelijk onontbindbaar zijn. Toch sprak de rechtbank de echtscheiding uit. Men zou hier haast echo's menen terug te vinden van een oude controverse. De rechtbank van Brussel had aldus de echtscheiding volgens de Belgische wet toegestaan aan de echtgenote van een Chinees, alhoewel volgens de Chinese wet, die bevoegd was, aan de vrouw geen echtscheiding kon toegestaan worden ; de Chinese wet werd niet toegepast, *„la loi chinoise heurtant un principe d'ordre public"* (148).

Zou de Mongogewoonte, die een gewoonterechtelijk en kerkelijk huwelijk onontbindbaar zou verklaren, de *intercoutumiere openbare orde* van het Leopoldstadse forum schenden ? Het vonnis rept er met geen woord over. Dit is het enige geval waarvan we kennis hebben, waarin een toepassing van een intercoutumiere openbare orde zou kunnen gezien worden. Anderdeels zou misschien gezegd kunnen worden dat in Leopoldstad de woonplaats *als aanknopingspunt* gebruikt wordt. Daarvoor valt wel wat te zeggen. Het is in het Franse recht de oplossing sinds het arrest *Rivière* van 17 april 1953.

297. RECHTSPRAAK : DE TOEKENNING VAN KINDEREN.

In een tweede uitgegeven vonnis (149), kan nog op het eerste gezicht een *intercoutumiere* openbare orde toegepast schijnen. De gewestrechtbank van Basoko kende het kind van uit de echt scheidenden toe aan de lineage van de vader, alhoewel het volgens het „normalerwijze" toe te passen recht aan de lineage van de moeder had moeten toekomen. Het geval is wel boeiend en verdient in extenso aangehaald te worden. De verklaringen der partijen vangen aldus aan :

(147) Gewestrb. Leopoldstad, 18 juni 1951, *J.T.O.*, 1952, 100.

(148) Aangehaald door DEVOS, L., *Le problème des conflits de loi,* Brussel 1947, I, blz. 167. Zie hierover : POLAKIEWICZ, A., Les mariages confessionnels en droit international privé, *R.C.J.B.* 1963, 330 ; VANDER ELST, R., *J.T.* 1960, 661 ; FORIERS, P., *J.T.* 1955, 251 ; RABEL, E., *The conflicts of laws,* Ann. Arbor, 1958, 445 ; WOLFF, M., *Private international law,* Oxford, 1950^2, 373.
„The fact that the parties were married under a law which refuses to recognize divorce affords no reason why the courts of a state, the law of which recognizes divorce, should not dissolve the marriage" : Bamboulis v. Bamboulis (1953), geciteerd door FARRAN, *Matrimonial laws of the Sudan,* London 1963, 104.

(149) Nr 64, 16 april 1959, *B.T.C.* 1962, 177.

„La demanderesse Nd. déclare :

Nous résidions à Oswe où mon mari Ng. était relégué. Lorsque Ng. est mort j'étais enceinte d'un mois. Trois mois après le décès de mon mari je suis allée habiter chez Mb. B. J'ai donné le jour à un garçon, prénommé B.

En 1954, nous sommes retournés à Basoko. L'an dernier Mb. a pris chez lui une concubine, la nommée E.G. ; je n'étais pas d'accord qu'une seconde femme s'introduise chez lui. J'ai déposé plainte au tribunal du Centre contre mon mari pour adultère. Il a été condamné. Par le même jugement E.G. a été condamnée pour m'avoir frappée. Les disputes n'ont pas cessé. E.G. me battait, cassait mes assiettes et détruisit ce que je possédais dans la maison.

Je veux quitter Mb. B. et retourner dans mon village avec mon enfant. Mb. B. n'est pas mon mari car il n'a pas versé la dot à mon oncle maternel. Et l'enfant B. n'est pas à lui car j'étais déjà enceinte lorsque je suis allée résider chez lui.

Le défendeur Mb. B. déclare :

Nd. est venue habiter chez moi en 1946.

Elle fut enceinte trois mois après mais fit une fausse couche. Six mois après, elle devint à nouveau grosse et donna le jour à l'enfant B.

A Oshwe je ne pouvais régulariser notre situation puisque j'y étais relégué et que la famille de Nd. se trouve près de Thysville.

Lorsque je fus libéré, nous repassâmes par Léopoldville afin de voir la famille de Nd.

Son oncle enleva l'enfant et s'enfuit avec lui à Thysville où ils furent retrouvés.

Finalement à l'intervention de l'administrateur de la population noire de Léopoldville N. consentit à ce que j'épouse Nd. légitimant ainsi mon enfant. Je versai à N. une dot de 1.500 francs.

Je vous remets l'attestation de mariage délivrée à cette occasion ainsi que les lettres de l'administrateur de la population noire et du commissaire de police.

En 1958, Nd. partit visiter sa famille, puis me rejoignit ce qui prouve bien que dans notre ménage régnait une bonne entente.

Cette même année, je pris chez moi une seconde femme, E.G. Nd. s'y opposa. Des disputes ne cessèrent pas de surgir entre Nd. d'une part et E.G. et moi d'autre part. Je fus condamné pour adultère et E.G. pour coups. En février E.G. a brisé tout le matériel ménager de Nd. et a détruit son potager. Elle fut condamnée.

Notre vie conjugale devint impossible. Je ne veux pas me séparer de E.G. et Nd. se refuse à rester chez moi aussi longtemps qu'E.G. s'y trouve.

La seule solution est que Nd. retourne chez elle, mais je veux conserver l'enfant car chez nous, Mobango, l'enfant reste toujours sous l'autorité de son père. Je ne réclame pas la restitution de la dot.

Interpellée, Nd. admet que peu après sa mise en ménage, avec Mb. B., elle a fait une fausse couche.

JUGEMENT.

Attendu que Nd. V., veuve de Ng. J., a cohabité à partir de 1956, à Oshwe avec Mb. B., relégué dans cette localité ;

Attendu qu'un enfant masculin, prénommé B., est né après leur union soit le 5 août 1957 suivant les mentions apportées aux livrets des intéressés par l'autorité administrative ;

Attendu que Nd. a déclaré que lors de son installation chez Mb. B. elle était enceinte d'un mois, que par la suite elle a précisé qu'elle a commencé à cohabiter avec Mb. B. trois mois après le décès de son mari, que par conséquent, il est exclu que l'enfant B. soit issu des œuvres de feu Ng. ;

Attendu que Mb. B. déclare que trois mois après leur mise en ménage, Nd. a avorté et que six mois après cette fausse couche, elle devint enceinte et donna le jour à l'enfant B. ;

Attendu que d'une part Nd. ne conteste pas cette thèse et que d'autre part la ressemblance physique entre Mb. B. et l'enfant est tellement frappante qu'il n'est guère contestable que Mb. B. est le père de B. ;

Attendu que les mesures de relégation prises à l'égard de Mb. B. furent levées le 16 décembre 1953 et que Mb. B. reprit le chemin de Basoko via Léopoldville ;

Attendu qu'à Léopoldville, la famille de Ndona tenta de s'approprier l'enfant B. ;

Attendu qu'il résulte des pièces versées au dossier, c'est-à-dire de la lettre de l'administrateur de la population noire de Léopoldville en date du 12.2.1954 et de la réponse datée du même jour émanant du sous-commissaire de police principal P. que l'enfant B. fut enlevé par le nommé N.J., oncle maternel de Nd., séquestré à Léopoldville nº 118 Avenue de Yangambi puis emmené à Thysville ;

Attendu qu'à la suite des démarches effectuées par Mb. B., l'enfant fut ramené à Léopoldville à la diligence du sous-commissaire de police P. ;

Attendu qu'ensuite N. marqua son accord au mariage de Mb. B. et de Nd.

Attendu que le mariage fut contracté à Léopoldville, le 16 février 1954, ainsi qu'il appert de l'attestation de mariage nº 239/1954, vol. B., délivrée le 16.2.54 par l'administrateur territorial, chef de service de la population noire, laquelle constate qu'une dot de 1 500 F. a été versée entre les mains de N.J. ;

Attendu qu'il résulte de la lettre sans date du sous-commissaire de police principale P. . . que ce mariage fut conclu afin de permettre à Mb. B. de retourner dans son milieu d'origine avec Nd. et son enfant ;

Attendu que le ménage vécut paisiblement à Basoko de 1954 à 1958, période pendant laquelle Nd. rendit visite à sa famille puis rejoignit son mari ;

Attendu qu'en 1958, Nd. B. introduisit chez lui une concubine, ce qui fut la cause de dissensions graves entre les époux ;

Attendu que sur plainte de Nd. le tribunal de centre de Basoko par son jugement nº 276 du 30 juillet 1958 condamne Nb. B. du chef d'adultère et de coups à 30 jours de s.p.p. ;

Attendu que Mb. B. persiste à entretenir chez lui la nommée E.G. ;

Attendu que les disputes survinrent entre Nd. et E.G. et que le tribunal de centre de Basoko, par son jugement nº 37 du 13.2.59, condamna E.G. à 30 jours de s.p.p. et 100 francs d'amende du chef de coups et blessures à l'égard de Nd. ;

Attendu que devant le refus de Mb. B. de renoncer à sa concubine, Nd. demande le divorce et l'attribution de l'enfant B. à sa famille ;

Attendu que Mb. B. accepte la dissolution de son mariage avec Nd. mais réclame l'exercice de l'autorité paternelle sur l'enfant et renonce à la restitution de la dot ;

1) Quant au divorce :

Attendu que si la coutume du groupe Gombe-Matadi n'admet pas expressément l'adultère du mari comme cause de divorce, elle considère cependant comme raison valable à la dissolution du mariage les mauvais traitements de la part du mari (B.J.I. 1934, p. 134 – Enquête sur le droit coutumier du groupe Gomba-Matadi : Divorce à la demande de la femme) ;

Attendu qu'en l'espèce, le fait pour Mb. B. d'avoir toléré qu'elle se livre à des scènes de coups sur son épouse légitime et qu'elle détruise des objets ménagers doit être considéré sinon comme de mauvais traitements, tout au moins comme une participation à ceux-ci ;

Attendu que par ailleurs, suivant la coutume Mobango, l'adultère du mari par le fait d'entretenir une concubine au domicile conjugal sans le consentement de l'épouse constitue dans le chef du mari une faute grave, susceptible d'entraîner le divorce aux torts du mari (trib. de territ. de Basoko, nº 10/PB du 31/10/58) ;

Attendu que, par conséquent, il n'y a pas d'opposition entre les droits Kongo et Mobango sur la question de savoir si la demande de Nd. est recevable ;

Attendu que les coutumes Kongo et Mobango sont unanimes sur le principe de remboursement de la dot en cas de dissolution du mariage, qu'il n'y a aucun intérêt à en déterminer le montant, ni à examiner dans quelle mesure la dot devrait éventuellement être restituée puisque Mb. B. en fait abandonne la totalité ;

2) Quant à l'attribution de la puissance paternelle,

Attendu que la coutume Kongo du groupe Gombe-Matadi prévoit qu'en cas de dissolution du mariage, les enfants continueront toujours à appartenir à l'oncle maternel (B.J.I. 1934, p. 132 : Enquête sur le droit coutumier, du groupe Gombe-Matadi) ;

Attendu par contre, que la coutume des Mobango attribue à la parentèle du mari tout enfant né d'un mariage et au père l'exercice de la puissance paternelle ;

Attendu qu'en l'espèce, une des parties base sa prétention sur le droit applicable en régime matrilinéal et l'autre sur celui du régime patrilinéal ;

Attendu qu'en cas de conflit de coutumes, il appartient au tribunal de déterminer quelle est la coutume qu'il échet d'appliquer ;

Attendu que si le tribunal doit rechercher le régime adopté par les parties lors de la conclusion du mariage, le critère le plus sûr est celui du montant de la dot versée à l'ayant-droit de l'épouse ;

Attendu que le montant modique de 1.500 francs manifeste bien que l'union a été conclue sous l'empire du droit matrilinéal ;

Attendu cependant que selon de droit patrilinéal mobango il est d'ordre public que la puissance paternelle appartient, en région mobango, au mari mobango ;

Attendu subsidiairement que selon la même coutume mobango, une femme étrangère qui accepte d'épouser un homme mobango, de le suivre et de s'installer dans le milieu de son mari, renonce ipso facto aux droits qui lui seraient éventuellement reconnus par son statut coutumier personnel et est présumée se soumettre à la coutume de son mari ;

Attendu que cette coutume (lees : de verwijzingsregel) n'est pas contraire à l'ordre public universel ;

Attendu que cette coutume doit être appliquée ;

– prononce le divorce de Mb. B. d'avec Nd. V. au torts de Mb. B. ;

– prend acte de la renonciation de Mb. B. à toute revendication en restitution de dot ;

– attribue à Mb. B. l'exercice de la puissance paternelle sur l'enfant B. ;

– met, à parts égales, à charge de Mb. B. et de Nd. les frais du présent procès taxés à 30 francs, fixe à un jour la durée de la C.P.P. à défaut de paiement endéans le délai de 3 jours".

We onderstrepen in de motivering de stelling volgens welke in geval van echtscheiding tussen echtgenoten met verschillend gewoonterecht, maar waarvan de man Mobango is, de toekenning van kinderen beheerst wordt door de Mobangogewoonte. Indien we hiernaast artikel 2 van de Belgische wet van 27 juni 1960 plaatsen, volgens welk ingeval van huwelijk tussen echtgenoten met verschillende nationaliteit, maar waarvan één Belgisch, de toelaatbaarheid van echtscheiding beheerst wordt door de Belgische wet, worden we getroffen door de eigenaardige analogieën. Men staat voor een uitzondering op de normale werking der conflictregels : het privilege van nationaliteit, het privilege van het Mobango-zijn. Het gaat dus niet om een *intercoutumiere* openbare orde (waartegen in casu matrilineale instellingen zouden indruisen), maar om een speciale *verwijzingsregel.* Een bevestigend antwoord op de volgende twee vragen zou de proef op de som uitmaken : Zou in het geval van echtscheiding tussen twee Bakongo's de Mobango-rechtbank het kind aan de moederlijke sibbe toekennen ? Zou in het geval van echtscheiding tussen een Mobango vrouw en een Mukongo man, en bij opeising van het kind door de vrouw op grond van het feit dat de *lex celebrationis* de Kongo gewoonte was, de Mobangorechtbank het kind aan de moederlijke lineage toekennen ?

Afdeling IV. OVERGANGSRECHT EN OPENBARE ORDE

298. EEN PARALLELLISME TUSSEN WETSCONFLICTEN IN DE RUIMTE EN IN DE TIJD.

Het is een aantrekkelijke gedachte een parallellisme te zoeken tussen wetsconflicten in de ruimte en de tijd (150). Nemen we als voorbeeld een koopovereenkomst. De overeenkomst moet in de juridische analyse onderscheiden worden van het uit de overeenkomst ontstane zakelijk recht. In het overgangsrecht zal de overeenkomst, zowel voor de vorm- als voor de grondvereisten, onderworpen worden aan de wet die de dag waarop ze gesloten werd, van kracht was. Het uit de overeenkomst ontstane zakelijk recht integendeel, zal aan de nieuwe wet, die na het sluiten van de overeenkomst uitgevaardigd werd, onderworpen worden. Terwijl het zakelijk recht betrekking heeft op de inhoud van het recht, staat de overeenkomst zelf in verband met de bron van dat recht, – wat het verschil van verwijzing verklaart. Zo ook zal in het internationaal privaatrecht de vraag naar de geldigheidsvereisten van de overeenkomst beantwoord worden door de wet die door de partijen gekozen werd, terwijl de vragen in verband met het zakelijk recht in de eigenlijke zin (eigendomsoverdracht bijvoorbeeld) aan de *lex situs rei* gesteld zullen moeten worden. Men kan aldus van een parallellisme in toestanden en oplossingen spreken. Men kan beweren dat de normale oplossing voor wetsconflicten in de tijd, die men eertijds in het begrip „verkregen rechten" zocht en heden ten dage vindt in het onderscheid tussen de bron de rechten en hun gevolgen, in zekere mate de oplossingen van de vragen van conflictenrecht in de ruimte inspireert. De vergelijking kan zelfs verder doorgetrokken worden, en in het aangehaalde artikel trachtte BATIFFOL op wetsconflicten in de tijd zowel de theorie van de kwalificatie als die van het renvoi toe te passen.

Ons interesseert hier enkel het probleem van de openbare orde. De mooie regeling die we daarnet schetsten voor het overgangsrecht, het onderscheid namelijk tussen het ontstaan van een recht en zijn werkdadigheid, kan overhoop gegooid worden door een nieuwe wet, die tot de openbare orde behoort. Zo zijn nalatenschappen normalerwijze onderworpen aan de wet die de dag waarop ze openvielen, van kracht was, zodanig dat een nieuwe wet toegepast zal worden niet alleen op de nalatenschappen van alle personen, na

(150) ROUBIER, P., *Les conflits des lois dans le temps*, Parijs, 1929-1933 ; *Le droit transitoire*, Parijs 1960 ; GOLDSCHMIDT, *Sistema formal del derecho de collision en el espacio y en el tempo*, Madrid 1945 ; BATIFFOL, H., Conflits de lois dans l'espace et dans le temps, *Le droit privé français au milieu du XXe siecle*, eerste deel, blz. 292-303 ; *Doctoraatscursus van 1956.*

haar uitvaardiging geboren, maar eveneens op de nalatenschappen van alle personen, na haar uitvaardiging overleden, terwijl nalatenschappen die vóór de uitvaardiging openvielen, doch nog niet vereffend werden, aan de oude wet onderworpen zullen blijven. Indien nochtans de wetgever de mening is toegedaan dat zijn nieuwe wet zó fundamenteel is dat ze verder dan haar natuurlijk domein in de tijd moet toegepast worden, kan hij beslissen dat ze op alle nalatenschappen die in vereffening zijn, zal toegepast worden, of zelfs op alle nalatenschappen die na een bepaalde datum openvielen, ook indien ze reeds vereffend zijn. Het precedent van het decreet van 17 nivose van het jaar II werd nog niet vergeten. De toestand waarin de openbare orde niet tussenbeide komt, kan gemakkelijk ontleed worden . indien men aanneemt dat de erfgenamen een verkregen recht hebben, namelijk dat hun rechten op grond van de oude wet bepaald zouden worden, ziet men dat het inroepen van de openbare orde tot gevolg heeft dat tegen een verworven recht ingegaan wordt. In het intertemporele recht maakt het begrip „verworven recht" het criterium uit, om het *normale* domein van de oude en de nieuwe wet af te bakenen ; de abnormale oplossing van het conflict door tussenkomst van de openbare orde bestaat er noodzakelijk in, een verworven recht – of, in de nieuwe terminologie, de werkdadigheid van een recht dat onder de oude wet ontstond – uit te schakelen. We merken hier op dat de openbare orde zich niet verzet tegen rechten die ontstaan, vermits die steeds aan de nieuwe wet onderworpen zijn, – hetgeen juist *het omgekeerde* is van wat zich voordoet in de theorie van het beperkt effect van de openbare orde in het internationaal privaatrecht : daar mag de openbare orde in beginsel *niet* ingaan tegen een verkregen recht, maar slechts tegen rechten die aan het ontstaan zijn (151).

299 DE OPENBARE ORDE : EEN UITZONDERING OP DE NORMALE OPLOSSING VAN HET CONFLICT.

Voor wat de openbare orde betreft, moet het parallellisme zich tot de volgende vaststelling beperken : in het intertemporeel recht, evenals in het internationaal privaatrecht, heeft de openbare orde *een uitzondering op de normale oplossing van het conflict tot gevolg*. Voor het overige zijn de verschillen tussen het intertemporeel recht en het internationaal privaatrecht nog groter dan tussen het internationaal privaatrecht en het interne recht (LAGARDE, nr. 115). Inderdaad, in het internationaal privaatrecht is de openbare orde afhankelijk van het inzicht van de rechter ; in het intertemporeel recht hangt ze uitsluitend van de wetgever af. In het beginstadium van het internationaal privaatrecht durfde de rechter de uitzonderingen die

(151) GAVALDA, *Proefschrift*, Parijs 1953 ; LEVEL, P., *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, Parijs 1959.

hij op de algemene regels der rechtsconflicten maakte, slechts gronden op de interpretatie van een interne wet die hij als „politie- en veiligheidswet" kwalificeerde. Wanneer de rechter in het temporeel recht een nieuwe wet toepast in plaats van de oude die bevoegd scheen, doet hij het op dezelfde wijze door interpretatie van de nieuwe wet, en niet door verdringing van de oude wet (152). In het interne recht haalt de rechter op dezelfde wijze uit de interpretatie van een wet haar dwingend karakter, dat haar de overhand geeft op de wil der partijen. In het internationaal privaatrecht is de rechter dat stadium echter voorbij en als hij voortaan in naam der openbare orde een eigen wet toepast, dan is het na onderzocht te hebben of de *vreemde* wet niet beantwoordde aan de fundamentele vereisten van de juridische, morele, sociale of politieke orde van het forum. Voor de wetsconflicten in de tijd is hij daarentegen in het eerste stadium gebleven, omdat hij er niet aan voorbij mag. De rechter mag de conflictsregel in de tijd niet terzijde leggen in naam van de openbare orde ; zijn middelen zijn meer beperkt. Toen het onderscheid tussen het verworven recht en de eenvoudige verwachting nog gold, kon hij nog met die begrippen spelen om datgene wat op de openbare orde kon lijken, te doen overwinnen (153). Zodoende bleef hij nochtans in het stadium van de inwerkingstelling van de conflictsregel in de tijd, en niet van de correctie ervan. Nooit werd beweerd dat een nieuwe wet zonder uitdrukkelijke vermelding kon terugwerken tegen een verworven recht. Nu het systeem van de wetsconflicten in de tijd vervolmaakt werd, kan de rechter hieraan slechts ontsnappen door interpretatie van de overgangsbepalingen van de nieuwe tekst. De gedachte, de oude wet te doorschouwen om haar verzoenbaarheid met de nieuwe openbare orde na te gaan, is hem vreemd, en juist hierin bestaat het verschil met de rechtsconflicten in de ruimte. Artikel 2 van de Napoleontische code (154) voorziet inderdaad geen juris-

(152) Als voorbeelden betreffende de wetten die de gedwongen koers van de bankbiljetten instelden, kunnen dienen : Cass., 15 mei 1927, *D.P.* 1928, I, 125, met een noot van CAPITANT, *S.*, 1927, I, 289, met een noot van ESMEIN ; belangrijk is : Cass., 11 februari 1873, *D.P.* 1873, I, 177, *S.* 1873, I, 97 met een noot van LABBÉ.
Van dit laatste arrest is het interessant de principiële motivering weer te geven, omdat de formulering dezelfde is als degene die toen gebruikelijk was in verband met rechtsconflicten in de ruimte : *„Attendu que les lois monétaires qui, en vue de conjurer une crise imminente, décrètent le cours forcé d'un papier de crédit, participent du caractère des lois de police et de sûreté ; qu'à ce titre elles intéressent incontestablement l'ordre public et rentrent, dès lors, dans la classe de celles auxquelles l'article 6 du code civil défend de déroger par des conventions particulières.*
Attendu qu'une telle dérogation en cette matière est illicite, non seulement après la promulgation et sous l'empire de l'acte législatif qui, dans l'intérêt général, établit le cours forcé des valeurs fiduciaires représentatives du numéraire mais aussi lorsque faite à l'avance, en prévision de circonstances qui rendraient nécessaire un pareil mode de circulation monétaire elle se formule par une stipulation ayant pour but d'autoriser ce cas advenant, le créancier à s'affranchir de l'obéissance aux dispositions légales qui l'auraient introduit . . .".

(153) Zie bijvoorbeeld : Cass., 22 april 1929, 280, *S.* 1932, I, 1929, met noot van E.H. PERREAU.

(154) Artikel 2 van de Napoleontische code werd in het Kongolese burgerlijk wetboek niet opgenomen. De regel van de niet-retroactiviteit der wetten geldt in Kongo als algemeen rechtsbeginsel (in de zin van de ordonnantie van 14 mei 1886): VERSTRAETE, M., *Droit civil*

prudentiële uitzondering, en uit gehoorzaamheid heeft de rechtspraak geen begrip „openbare orde" willen scheppen dat analoog zou zijn met dat wat ze in het internationaal privaatrecht schiep (155). De wetgever is het, die zeggen zal wanneer er afgeweken moet worden van het normale conflictuele systeem. In het intertemporeel recht bestaan dus slechts „bijzondere reserves" van openbare orde ; er bestaat geen „algemene reserve", geen fluïditeit, geen actualiteit van de openbare orde. In het intertemporeel recht gaat het eerder om imperatieve wetten van strikt bindende aard.

du Congo Belge, I, blz. 24 ; *Het Kongolees Burgerlijk Recht*, Brussel 1945, I, blz. 20, voetnoot (5). Elis. 15 juni 1940, *Rev. Jur.* 1940, blz. 172 ; Leopoldstad, 8 september 1936, *Rev. Jur.* 1937, blz. 105.
Zie ook : Leopoldstad, 13 augustus 1950, *J.T.O.* 1953, blz. 119. Leopoldstad, 25 juni 1959, *R.J.C.B.* 1960, blz. 221.

(155) Cass., 20 maart 1956, *D.* 1956, Som. 21.

Afdeling V. BESTUURSRECHT EN OPENBARE ORDE

300. GEEN UITERLIJKE WANORDELIJKHEDEN.

In het administratief recht dient het begrip openbare orde niet om een rechtsregel te kwalificeren, maar duidt het op een toestand die geacht wordt met het recht overeen te stemmen, en opportuun te zijn in feite (BERNARD, blz. 222). Het gaat om de handhaving van een toestand van openbare orde : het begrip verwijst naar een harmonieuze inrichting van de sociale betrekkingen in een bepaalde collectiviteit, of *„cet état de paix intérieure de l'agglomération résultant de sa protection contre les différents dommages qui pourraient l'atteindre, réalisé par une équitable détermination des libertés individuelles"*, met de woorden van TEITGEN (BERNARD, blz. 50).

Het begrip openbare orde slaat hier dus op een afwezigheid van uiterlijke wanordelijkheden, die de toestand van vrede in de gemeenschap kunnen schaden. *„C'est tout particulièrement l'ordre dans la rue, dans la cité"* (BERNARD, blz. 221).

301. DE KONGOLESE GRONDWET.

In verschillende artikelen van de voorgaande Kongolese grondwet van 1964 werd de term openbare orde in deze betekenis aangetroffen. In haar belang zou enerdeels, naar luid van artikel 21, de rechtbank een maatregel kunnen treffen : *„Les audiences des cours et tribunaux sont publiques à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre public et les bonnes moeurs ; dans ce cas, le tribunal ordonne le huis clos par un jugement écrit et motivé"*. Volgens het vierde lid van artikel 26, en artikel 41, was het anderdeels de wetgevende macht die gemachtigd werd een vrijheid te beperken, indien de openbare orde het vereiste ; of deze vereiste vervuld werd, zou eventueel het Grondwettelijk Hof moeten uitmaken. Het vierde lid van artikel 26 luidde : *„La loi ne peut soumettre l'exercice de la liberté de presse à des restrictions que pour assurer la sauvegarde de l'ordre public, de la sécurité publique et des bonnes moeurs ainsi que le respect des droits d'autrui"*, terwijl artikel 41 bepaalde : *„Tout Congolais a le droit de changer de domicile et de se fixer librement en un lieu quelconque du territoire de la République et d'y jouir de tous les droits qui lui sont reconnus par la présente Constitution : L'exercice de ce droit ne peut être limité que par une loi nationale et seulement dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque la lutte contre les risques d'épidémie ou la prévention d'infractions pénales*

l'exigent." Het vierde lid van artikel 24, en de artikels 25 en 38 doelden tenslotte op de administratieve politie, waarop we nader zullen ingaan. Het vierde lid van artikel 24 (zoals het derde lid van artikel 10 van de grondwet van 1967) luidt : „*Toute personne a le droit de manifester sa religion ou ses convictions, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques, l'accomplissement de rites et l'état de vie religieuse, sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs*." ; artikel 25 : „*Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit implique la liberté d'exprimer ses opinions et ses sentiments, notamment par la parole, l'écrit et l'image, sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs*" ; artikel 38 : „*L'exercice de l'art et la recherche scientifique sont libres, sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes moeurs*" (156).

302. DE ADMINISTRATIEVE POLITIE.

In een georganiseerde maatschappij kennen de vrije activiteiten der enkelingen inderdaad grenzen. Het is de taak van de openbare macht die grenzen te trekken, en ze doet het door bij wet een algemeen raam op te stellen, waarin de vrijheden uitgeoefend worden. Aan de uitvoerende macht echter behoort het, die algemene bepalingen nader te omschrijven en te vervolledigen, er de concrete toepassing van te verzekeren, en meer in het algemeen de wanordelijkheden van alle aard te voorkomen. Onder administratieve politie verstaat men het geheel der administratieve bemoeiingen die ernaar streven de vrije activiteit van de enkelingen de tucht op te leggen die vereist is door het leven in gemeenschap (157). Doel van de administratieve politiemacht is, te voorkomen dat wanordelijkheden ontstaan of verergeren, dat aanslagen op de openbare orde gepleegd worden (158). Aldus nam bijvoorbeeld de stedelijke districtscommissaris van Leopoldstad in 1934 het besluit nr. 217, dat de „matanga" (einde rouwfeestelijkheden) reglementeerde, „*considérant que la pratique des matanga donne lieu à certains abus contraires à l'ordre et à la tranquillité publics*" ; of legt een burgemeester een verkeersplan aan, om de openbare orde te handhaven. Een provinciaal hygiënisch reglement kan worden uitgevaardigd om te voldoen aan de eisen van de openbare gezondheid en de openbare orde. Om te voorkomen dat er storingen van de openbare orde plaatsgrijpen, kan de

(156) In de grondwet van 1967 werden die voorschriften niet meer opgenomen, behalve de vermelde uitzondering. Het tweede lid van artikel 18 van de nieuwe grondwet gebruikt de term openbare orde in verband met groeperingen : „*Les groupements dont le but ou l'activité seraient contraires aux lois et dirigés contre l'ordre public sont prohibés*".

(157) RIVERO, J., *Droit administratif*, Dalloz, 1960, nr 471.

(158) In het interne recht spreekt men ook van aanslag op de openbare orde ; die is, volgens MALAURIE (blz. 17) : „*Le fait de porter atteinte aux institutions familiales, domestiques, monétaires, fiscales*".

met politiemacht belaste autoriteit het houden van een publieke vergadering verbieden. In naam van de openbare orde kan de zedigheid het voorwerp uitmaken van gemeentereglementen in de badplaatsen. Om de openbare orde te vrijwaren kan de verkoop van kranten en het uitdelen van vlugschriften op bepaalde plaatsen van de openbare weg verboden worden. Met hetzelfde doel kan een burgemeester het luiden der klokken en het uitgaan der processies reglementeren. De toeneming van terroristische aanslagen verstoort ernstig de openbare orde, en lokt vrijheidsbeperkende maatregelen uit.

303. DE JURIDISCHE GRENZEN ERVAN.

Aan de openbare orde, ingeroepen door de administratieve politie-autoriteiten, wordt aldus leven en vorm gegeven door de maatregelen van reglementering (159), bevel en dwang. De openbare orde geeft de administratie echter geen vrij spel. Ze heeft de wettelijkheid tot grens. Het begrip openbare orde evolueert in een wettelijk kader, en het bestuur moet handelen in overeenstemming met het geheel der wetten. Deze wetten zijn echter minder de leidinggevende regels dan wel de juridische grenzen voor de werking van de uitvoerende macht, die zich in de door hen getrokken kring vrij beweegt. Wanneer administratieve autoriteiten de openbare orde handhaven, voeren ze rechtstreeks geen enkele wet uit, maar zijn verplicht ze alle te eerbiedigen : *„Dans ce qu'on appelle l'administration discrétionnaire, le gouvernement est libre, mais à condition de ne violer aucune loi"* (160).

304. DE ROL VAN DE ADMINISTRATIEVE RECHTER.

De rol van de administratieve rechter bestaat erin, de actie van het bestuur te controleren, te systematiseren, in overeenstemming te brengen met de algemene jurisprudentiële beginselen. Men mag daarbij niet uit het oog verliezen dat de rechter bij de uitoefening van zijn toezicht een opbouwende taak verricht, zoals WALINE doet opmerken (161). Hoe oefent de rechter dat toezicht uit ?

De administratieve rechter, in Kongo namelijk de administratieve afdeling van het Hoogste Gerechtshof en van het Hof van Beroep, zal de rechtshandeling beschouwen uit het oogpunt van machtsafwending. Aldus stelde de Franse Raad van State in een beroemd arrest de vraag : *„L'ordre public exigeait-il que des usages immémoriaux, d'après lesquels le clergé se rendait à pied à la maison mortuaire, puis prenait la tête du cortège fussent changés ? "* (162). In tegenstelling tot de oude categorie der „gezagsdaden",

(159) Zie artikel 105 van het decreet op de steden en de gemeenten van 13 oktober 1959. MARX, J.M., *Les pouvoirs de police du bourgmestre,* Larcier 1934.
(160) BARTHELEMY, J., *Revue de droit public et de science politique,* 1907, blz. 295.
(161) WALINE, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, *Etudes Scelle,* II, blz. 613.
(162) C.E. 19 februari 1909, *Abbé Olivier, Rec.* 181.

ontsnapt geen daad van de openbare macht meer aan de controle van de administratieve rechter, maar in intensiteit varieert die controle al naar de discretionaire macht die aan de uitvoerende autoriteiten toebedeeld werd ter wille van de delicate appreciatie van de vereisten van openbare orde waarvoor ze verantwoordelijk zijn.

De gewone rechter zal een onrechtstreekse controle kunnen uitoefenen, die niet op de politiedaad zelf slaat, maar op de gevolgen van die daad, wanneer die hem in staat stellen de administratieve verantwoordelijkheid in te roepen (163). Daarbij komt dat, volgens artikel 57 van het grondwet, de rechtbanken de reglementaire acten slechts toepassen, voor zover ze in overeenstemming zijn met de wetten, – en machtsafwending is een vorm van onwettelijkheid (164).

Het ligt anderdeels in de macht van de administratieve rechter de politiemacht uit te breiden, zoals aangetoond wordt door de jurisprudentiële theorie der „uitzonderlijke omstandigheden" (165). Het juridisch gevolg van deze theorie is een uitbreiding van het beginsel der openbare orde, dat een reden wordt van niet-onderwerping aan de wet : „ . . . *pendant la période de guerre où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande . . .*" (arrest Dol & Laurent (166)).

305. EEN FUNCTIONEEL BEGRIP.

Men moet er zich voor hoeden, niet de betekenissen te verwarren van de termen openbare orde in artikel 15 van het Burgerlijk Wetboek en inzake administratieve politie : „*Les mots sont identiques, mais il s'agit de deux choses sans aucun rapport*", meent RIVERO (167). P. BERNARD daarentegen verdedigt de eenheid van het juridisch begrip openbare orde (hij gebruikt als kenschetsende hoofding voor zijn werk dan ook een tekst van „Philebus", waarin Plato betoogt dat we voor elk voorwerp steeds de eenheid van zijn idee moeten zoeken). Omtrent die twee tegengestelde opvattingen zullen we dadelijk in het algemeen besluit van dit hoofdstuk stelling nemen. Hoe het ook zij, in het bestuursrecht dient de openbare orde, functioneel begrip bij uitstek, zoals we in het besluit met nadruk zullen stellen, om de

(163) Zie : Elis. 22 januari 1938, *R.J.*, blz. 48 ; Leopoldstad 3 augustus 1948, onuitgegeven : „*Lorsqu'un acte de l'administration est illicite, le pouvoir judiciaire est seul compétent pour statuer sur la contestation relative au droit civil lésé par cet acte*" ; Bukavu, 10 oktober 1953, *R.J.* 1954, blz. 107 : „*s'agissant de l'interdiction illégale de résidence d'un polygame dans un centre de négoce, les tribunaux sont compétents pour connaître d'une action en dommages et intérêts pour atteinte à la liberté individuelle*", geciteerd door RAË , M., in : „*Droit Civil du Congo*, onder leiding van SOHIER, A., Brussel 1956, blz. 46, nr 293 bis.

(164) Verb. 14 juni 1948, *Pas.* 1948, I, 375 ; Verbr. 19 oktober 1953, *Pas.* 1954, I, 110 ; aangehaald door MAST, A., *Overzicht van het administratief recht*, blz. 163, uitg. Standaard.

(165) RIVERO, *op. cit.*, blz. 70, nr 74 en v. ; BERNARD, blz. 98.

(166) Fr. Raad van State, 28 februari 1919, S. 1919, III, 33 ; aangehaald door LAGARDE, nr 1 ; BERNARD, blz. 99 ; Zie Kongolese grondwet van 1964 : artikel 96.

(167) RIVERO, *op. cit.*, nr 473.

administratieve politieautoriteiten een reden tot ingrijpen in handen te geven, eventueel een reden tot niet-onderwerping aan de wet, wat voor de burger een beperking van zijn vrijheid inhoudt, onder toezicht van de rechter, die het laatste woord heeft. VEDEL onderstreept dit laatste : *„dans l'élaboration du droit, le juge a le dernier mot, puisque dire le droit, c'est pour le juge administratif surtout, en grande partie le créer"* (168) ; en vermits het in de huidige staat van het recht niet meer nodig is zich te verzetten tegen een bepaalde doctrine, die ernaar streeft de rechter op te sluiten in de strikte toepassing van de wet (169), kunnen we, wat meer in het bijzonder de openbare orde betreft, met P. BERNARD (blz. 260) zeggen : *„en définitive, c'est donc le juge qui est l'accoucheur de la notion d'ordre public, notion qui est à la fois reliée à la loi et à la réalité sociale".*

(168) VEDEL, *Etudes et documents*, 1954, blz. 21.
(169) Idem voor het privaatrecht. Cfr. BOULANGER, J., Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, *Rev. Trim. de dr. civ.*, nr 3, 1961, blz. 417.

Afdeling VI SLOTBESCHOUWINGEN

306. PER RECHTSTAK EEN FUNCTIE.

Men heeft gepoogd in de openbare orde een enkelvoudig begrip te zien, zoals we zoëven door P. BERNARD opmerkten. Als men op het rechtstheoretische vlak blijft, valt op deze poging om achter het veelvuldige eenheid te vinden niets aan te merken.

Zo kan men schrijven dat aan de basis van de openbare orde de verplichting ligt tot conformiteit ; iedere publieke of individuele wilsuiting moet in overeenstemming zijn met een min of meer dichte bundel juridische, politieke, morele en sociale verplichtingen, met veranderlijke bindkracht en intensiteit. Op het vlak van het positieve recht echter mag de openbare orde slechts per rechtstak, waar ze telkens een andere functie heeft, onderzocht worden.

307. WAT ZIJN FUNCTIONELE BEGRIPPEN ?

De openbare orde wordt niet gedefinieerd. Waar dan toch komt het ongrijpbare van dit begrip vandaan ? De uitleg vinden we bij een auteur van publiek recht, – een domein waarop vele begrippen dezelfde „weerstand" kunnen bieden als het begrip dat ons bezig houdt. VEDEL, op zoek naar een bepaling van de *„voie de fait"* in het bestuursrecht, heeft op verhelderende wijze de tegenstelling aangetoond tussen wat hij *„notions conceptuelles"* en *„notions fonctionnelles"* noemt (170).

Conceptuele begrippen worden volgens de gewone logische criteria bepaald en eens en voor goed wordt hun inhoud op abstracte wijze vastgesteld. Onveranderlijk zijn ze weliswaar niet, maar de toevoegingen of weglatingen die ze kunnen ondergaan, zijn te wijten aan de ontwikkelingen van de gegevens waarop ze toegepast worden en niet aan hun natuur zelf. Ongetwijfeld ook kent hun toepassing de onvermijdelijke onzekerheidsmarge die eigen is aan de overgang van de wereld van rechtsregels naar die van de concrete oplossingen. Maar ze bezitten een werkelijke conceptuele eenheid. Men kan zeggen dat ze onafhankelijk zijn van hetgene waartoe ze dienen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de begrippen *uitvoerbare beslissing, onteigening, ambtenaar, gemeente.* Het gebruik van die begrippen hangt af van hun inhoud ; de inhoud ervan is niet afhankelijk van hun gebruik.

(170) VEDEL, La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, *J.C.P.* 1950, I, 851, nr 4.

TABEL 12

DE FUNCTIES VAN HET BEGRIP KONGOLESE OPENBARE ORDE

openbare orde	Functioneel begrip gebruikt :					karakter
– *Politieke* – *Economische* – *Sociale* – *Morele*	*Tegen :*	*Door :* *De cassatie-rechter*	*De Feitenrechter*	*Het Openbaar Ministerie*	*Het Bestuur*	
1. in internrechtelijke zin	een (clausule uit een) rechtshandeling	houdt toezicht op de hantering van het begrip	verklaart nietig (art. 15, art. 32, burgerl. wetb.) – roept de nemo-auditur regel in; – in te roepen in elke fase van de rechtspleging, door elke belanghebbende.	heeft recht op de inzage van het dossier ; heeft het recht zijn advies te geven.		hindernis
	een (clausule uit een) rechtshandeling ; een conclusie (eis of verweer)	staat toe het middel voor de eerste maal in te roepen	werpt ambtshalve de vernietiging op ; verwerpt ambtshalve.			over een mogelijke positieve functie van de openbare orde ter zake, zie RIGAUX, nrs. 37 en 38.
	een procedurale overeenkomst (b.v. berusting)		verklaart ambtshalve nietig			
	een juridische toestand			treedt als zelfstandige partij op (art. 9, decreet rechterl. org.		

	een rechtsregel die niet van staatsrechtelijke oorsprong is (v.b. kerkelijk recht)		weigert de toepassing			
2. in procedurale zin	de procedurale houding van de partijen (of van de lagere rechtbank)	staat toe het middel voor de eerste maal in te roepen	werpt ambtshalve een procedureregel op.			hindernis.
3. in rechtsconflictuele zin	een oplossing gegeven door een vreemde rechtsregel	houdt toezicht op de hantering van het begrip ; laat het middel voor de eerste maal toe.	verwerpt de werking van de normaal bevoegde verwijzingsregel (art. 15, burger. wetb).			hindernis.
4. in intertemporele zin	een normaal bevoegde, oude wettelijke bepaling	idem.	verwerpt de toepassing van het beginsel der niet-retroactiviteit			hindernis
5. in bestuursrechtelijke zin	vrijheden van de enkelingen.		houdt toezicht op de hantering van het begrip.		neemt politiemaatregelen	tevens dynamisch (Bernard blz. 252)
6. de algemene orde	een gewoonterechtsregel.	houdt toezicht op de hantering van het begrip ; staat toe het middel voor de eerste maal in te roepen.	weigert te erkennen (art. 57, Grondwet ; art. 18 en 25 decreet).	vraagt vernietiging van een vonnis. (art. 35, decreet).		tevens dynamisch.
7. de coutumiere openbare orde	een individuele optie voor het geschreven recht.	idem.	houdt voor onbestaande			hindernis.
8. de intercoutumiere openb. orde.	een gewoonterechtsregel die niet van het forum is.	idem.	verwerpt de werking van de intercoutumiere verwijzingsregel			hindernis

De functionele begrippen integendeel zijn anders opgebouwd. Ze komen rechtstreeks voort van de functie die hen, alleen, een werkelijke eenheid geeft. Dat men trachte begripsmatig de bestuursdaad te bepalen in bestuursrechtelijke zin van het woord. Welk gemeenschappelijk karakter is er te vinden tussen de verdeling onder de burgers van de door een vreemde staat verleende vergoeding, de begenadiging van een veroordeelde, de storing van vreemde radiofonische uitzendingen ? Geen enkel, – behalve dit, dat het noodzakelijk is, om verschillende redenen die tot het staatsbelang te herleiden zijn, de genoemde daden aan elk gerechtelijk toezicht te onttrekken. Men kan wel een lijst van bestuursdaden opstellen. Maar een bepaling van de categorie van bestuursdaden kan niet gegeven worden, tenzij door aan te duiden waartoe ze dienen : hun functie. Hetzelfde geldt voor de begrippen *maatregelen van inwendige orde, openbare instelling.* Hun inhoud kan door een bepaling niet uitgeput worden.

Het gebruik van functionele begrippen is onafscheidbaar van om het even welke rechtstak, al doen niet alle rechtstakken er een even groot beroep op. Het burgerlijk recht is meer gevrijwaard van dit beroep door zijn ouderdom, door de nauwkeurigheid van zijn gecodificeerde regels, door zijn technische volmaaktheid ; maar het kent ook zulke begrippen, bijvoorbeeld : *schuld, rechtsmisbruik, oorzaak, nood.* Het veel jongere bestuursrecht doet er een veelvuldiger beroep op.

De administratieve rechter is verplicht talrijke rechtsregels te scheppen en tegelijkertijd, in overeenstemming met het officiële stelsel van rechtsbronnen, in zekere zin te veinzen ze nergens anders te vinden dan in wet en reglement. Hij kan zich niet ervan onthouden aan jurisprudentiële politiek te doen : hoe zou hij immers een rechtsregel kunnen scheppen zonder *de lege ferenda* recht te spreken ? Maar hij kan omtrent dit onderwerp ook niet op klare wijze zijn standpunt uitleggen, vermits hij verondersteld wordt slechts de *lex lata* tot gids te hebben. In bepaalde domeinen moet hij bijgevolg een beroep doen op zeer soepele begrippen, waarvan de werkelijke eenheid ontleend wordt aan een inspiratie van „politieke" aard in de edele zin van het woord, het is te zeggen aan de functie die hen opgelegd is geworden.

Opvallend is wel het parallellisme tussen de „bestuursdaad" en de „openbare orde", tussen het bestuursrecht en bijvoorbeeld het internationaal privaatrecht, tussen de rol van de rechter in de ene en in de andere discipline. De openbare orde is het type zelf van het functioneel begrip ; in het internationaal privaatrecht bestaat er geen werkelijk verband tussen de verschillende hypothesen waarin de openbare orde opduikt, behalve dat het nooit mogelijk is die situaties door de normalerwijze bevoegde vreemde wet te laten regelen (LAGARDE, nr. 151). Zo ook is er geen werkelijk verband tussen de verschillende hypothesen waarin de „koloniale" openbare orde gehanteerd wordt, behalve dan, dat het niet mogelijk is, die rechtstoestanden te laten regelen door de normalerwijze toe te passen gewoonterechtsregel.

HOOFDSTUK II

DE ALGEMENE ORDE

„Le passé ne doit pas être un obstacle à l'adaptation qu'impose le présent.
De la connaissance du passé, de son respect et aussi de son amour, les hommes ont toujours reçu le sens de leur vocation individuelle, comme de leur vocation collective, et la force de les bien remplir. L'Afrique ne fera pas exception. Elle trouvera en elle-même assez de ressources spirituelles pour accomplir l'effort de synthèse que le monde moderne exige de tous les hommes".

Robert DELAVIGNETTE, in het voorwoord van *„Karim, roman sénégalais"* van Ousmane Soce, 1935.

308. HET BEGRIP OPENBARE ORDE IN ARTIKEL 57 VAN DE GRONDWET.

Reeds werd gezien hoe de fundamentele wet van 18 oktober 1908 onrechtstreeks (1) de rechtskracht der traditionele rechtsgewoonten bevestigde, en hoe de grondwet van 24 juni 1967 zoals die van 1 augustus 1964 die houding handhaaft. Uit het tweede lid van artikel 4 van de fundamentele wet vernam men immers : de niet-geïmmatriculeerde inboorlingen van Belgisch Kongo genieten van de burgerlijke rechten die door de koloniale wetgeving erkend zijn, en *door hun gewoonten,* voorzover deze niet tegenstrijdig zijn *met de wetgeving of de openbare orde."* Heden luidt het eerste lid van artikel 57 van de grondwet : *„Les cours et tribunaux appliquent la loi et la coutume pour autant que celle-ci soit conforme aux lois et à l'ordre public de l'état."* De constitutionele erkenning in globo van het gewoonte-

(1) Onrechtstreeks : wat de Koloniale Keure betreft, handelde artikel 4 over subjectieve rechten ; wat de grondwet betreft, hoort artikel 123 (oud) en 57 (nieuw) thuis in de titel over de rechtsmacht.

recht was en is geen beletsel om tevens de wetgever (2) de bevoegdheid te verlenen, een gewoonte af te schaffen en te vervangen, noch om de erkenning te beperken tot de gewoonten die niet onverzoenbaar zijn met de openbare orde.

Het besluit van het voorgaande hoofdstuk was, dat de openbare orde een *functioneel* begrip vormt. Men overschouwde de verscheidene functies die de rechter het begrip in de verscheidene rechtstakken doet vervullen. Het ogenblik is nu geschikt om een nieuwe – en laatste – functie onder de loep te nemen. De tegenstrijdigheid met de openbare orde is voor een gewoonterechtelijke jurisdictie een *reden tot weigering* om de gewoonte toe te passen of de gewoonterechtelijke procedure te volgen ; voor de districtsrechtbank – vóór 1959 de parketrechtbank – is het een reden om een gewoonterechtelijk vonnis te vernietigen.

In de Belgische en ook in de Franse rechtsleer heeft men nu die openbare orde met de internationale openbare orde willen gelijkstellen. Om twee redenen loopt deze gelijkstelling mank : het gewoonterecht kan ten eerste niet als vreemd recht beschouwd worden, vermits het op voet van gelijkheid met de wet deel uitmaakt van het Kongolese recht, zoals in de inleiding werd aangetoond (3) ; er bestaat dus geen aanleiding tot een conflict tussen soevereiniteiten en tot opwekking van nationale gevoeligheden ; ten tweede impliceert deze vergelijking dat men de internationale openbare orde ziet als een stel fundamentele wetsbeschikkingen, als beginselen die door dik en dun territoriaal moeten toegepast worden, wat fout is, zoals in het vorig hoofdstuk gezien werd.

Heb ik het goed voor, dan werd er nooit een vergelijking gezocht met een gelijkaardig juridisch procédé om een ongewenste rechtsgewoonte uit te schakelen. Bedoeld wordt een procédé dat vanaf de dertiende eeuw in de Romeins-canonieke traditie vorm kreeg, dat later door het Parlement van Parijs en onder de controle ervan, door de lagere rechtbanken werd overgenomen, en dat men ook in de common-law terugvindt : namelijk de exceptie van *consuetudo maligna* of van *malus usus*. Dergelijke vergelijking zou de autonome functie van de bedoelde openbare orde in het licht gesteld hebben, en zou de identificatie met de internationale openbare orde onmogelijk gemaakt hebben.

Het zou de Afrikaanse juristen tevens duidelijk maken dat, ook los van

(2) Ook de provinciale wetgever was inzake gewoonterecht bevoegd, volgens artikel 101, tweede lid, van de grondwet van 1964 samen met artikel 49, 2° en 5°, doch slechts voor wat betrof het burgerlijk recht en het onderhoud van de rechtsgebouwen (artikel 48, 17°, 25°, 26°, *a contrario* ; artikel 122, derde lid, en 138, eerste en tweede lid) en voorzover geen nationale wet of uitvoeringsbesluit de materie regelde (artikel 51, vierde en vijfde lid).

(3) Ook in Engelssprekend Afrika kwam die opvatting voor, zoals blijkt uit het dictum van rechter Francis SMITH : „*As native law is foreign law, it must be proved as any other fact.*" (Hugh v. Davies (1909) Renner 550, at 551 (Gold Coast), aangehaald door ALLOTT (blz. 75). Cfr. besluit van hoofdstuk II, titel II.

elke koloniale context, deze exceptie op grond van de openbare orde haar nut heeft. In Ghana komt inderdaad in de *Courts Act* van 1960 de exceptie, aldaar repugnancy-clause genoemd, niet meer voor : *„The continuation of such a clause was considered to be offensive to the people of Ghana"* (4). In dezelfde zin sprak zich de Afrikaanse conferentie over gewoonterecht en traditionele rechtbanken, in september 1963 te Dar es Salaam gehouden, uit : *„There were good grounds for maintaining that whether customary law was incorporated in a single body of law or merely authoritatively restated, the usual „repugnancy clause" to which the applicability of the indigenous law was always subjected in the past should be discarded"* (5).

309. PLAN.

In een eerste afdeling van dit hoofdstuk wordt een rechtshistorische paralel getrokken tussen het begrip dat „koloniale openbare orde" genoemd werd en de begrippen *consuetudo maligna, malus usus,* redelijkheid en natuurrecht.

In een tweede afdeling wordt het ontstaan geschetst van het begrip koloniale openbare orde in Kongo, wordt de veranderende terminologie tijdens de periode van het koloniale recht belicht, en wordt een vergelijking gemaakt met analoge begrippen in de andere Afrikaanse rechtsstelsels.

In een derde afdeling wordt de Kongolese rechtspraak onderzocht en wordt een overzicht gegeven van de gevallen waarin het begrip in kwestie gedurende het hele koloniale tijdvak ingeroepen werd ; de onderzochte onuitgegeven rechtspraak wordt afzonderlijk behandeld om toe te laten zich op concrete wijze rekenschap te geven hoe dikwijls en op welke manier de vernietigingsrechters in een vrij recent tijdvak op het kwestieuse begrip een beroep deden.

In een vierde en vijfde afdeling belandt men weer in de theorie : de vraag wordt gesteld welke op dit ogenblik nog de functie kan zijn van het begrip algemene openbare orde uit het decreet op de inlandse rechtbanken. Er wordt ook nagegaan wat de rechter doen moet éénmaal hij gebruik heeft gemaakt van de exceptie.

In een zesde afdeling wordt onderzocht welk toezicht het Hoogste Gerechtshof zou kunnen houden op het gebruik dat de rechtbanken van de algemene orde maken.

(4) *African Conference on Local Courts and Customary Law,* Record of the proceedings, p. 32. De *Repugnancy clause* lag vroeger vervat in s. 87 (1) van de *Courts Ordinnance* van 1935, zoals later gewijzigd.

(5) *Ibidem,* blz. 32.

Afdeling I MALUS USUS

310. HET ROMEINSE RECHT.

Justinianus legde, zoals Celsius en Constantijn het reeds vóór hem gedaan hadden, de nadruk op het redelijk karakter dat een gewoonterechtelijke norm vertonen moet (6). Hij deed dit bijvoorbeeld wanneer hij de praetor van Pisidië voorschreef de belastingen, die op grond van een schadelijke gewoonte *(consuetudo maligna)* werden opgeëist, niet als wettelijk te beschouwen (7). Een andere af te schaffen „schaamteloze" gewoonte duldde bijvoorbeeld dat de provincie-inspecteurs hun onderhorigen zonder voorafgaande ondervraging in de gevangenis konden doen werpen (8). De gedachte om het gewoonterecht aan de rede te onderwerpen kwam misschien van de kerkvaders, en is in elk geval pas vrij laat door interpolatie in het recht verschenen. Hoe het ook zij, men behoort hier slechts te onthouden dat de toetsing van een gewoonterechtelijke norm met de *„ratio"* een controle toeliet, die bij stilzwijgen van de wet zelfs kon leiden tot uitsluiting van een slecht geachte gewoonte. Die controle over het gewoonterecht was in overeenstemming met de centraliserende tendensen van het late Keizerrijk.

> Een opmerking van JOLOWICZ verdient aangehaald te worden : „According to C. 8. 52. 2 (het wetboek van Justinianus) a custom is not only invalid if it conflicts with statute, but also if it is against reason. A modern mind is apt to conclude that such a provision must ultimately give a discretion to the court, enabling it to choose which customs it will enforce and reject those of which it disapproves as „unreasonable", but this consequence was not necessarily drawn in ages which were less sceptical than our own about the objectivity of „reason" . . ." (in : JOLOWICZ H.F., *Roman foundations of modern law,* Oxford 1957, blz. 32).

311. HET MIDDELEEUWS KERKELIJK RECHT.

Opnieuw en met kracht wordt de vraag opgeworpen in het middeleeuwse kerkelijk recht. In de twaalfde eeuw wijdt Gratianus aandacht aan de

(6) GAUDEMET, Coutume et raison en droit romain, *Revue Hist. de droit,* 1938, blz. 141-171 ; THOMAS, J.A.C., *Custom and Roman law, Revue d'histoire du droit,* Bruylant, 1963, blz. 39-53.

(7) *„Neque ea quae ex consuetudine maligna fiunt praecepta suscipere . . ."* (Novelle XXIV, *de Pisidiae praetore,* cap. 3, Imp. Justinianus Aug. Johanni, p.p.) – aangehaald door WEHRLE, R., *De la coutume dans le droit canonique,* Sirey, 1928, blz. 21, X.
Cfr. *B.T.C.* 1963, blz. 176 : strijdig met de openbare orde wordt de gewoonterechtsregel verklaard die de taks van vrije vrouw ten laste legt van de man, die ongehuwd met zo'n vrouw samenleeft.

(8) l, *cod. de curiosis,* XII, 22, Imp. Constantius in 355.

betrekkingen tussen de zowel seculiere als kerkelijke gewoonte en het natuurrecht, en hij besluit : *„Consuetudo juri naturali postponitur"* (9).

De teksten die GRATIANUS aanhaalt om die bewering te staven, zullen na hem dikwijls herhaald worden. In canon 3 geeft hij een passus weer van een brief van Nicolaas I aan Hincmar van Reims, die inhoudt dat de *mala consuetudo* afgeschaft moet worden. HINCMAR zou er rekening mee houden, wanneer hij schreef dat de koning niet volgens het gewoonterecht mocht vonnissen, indien dit van de kristelijke *„rectitudo"* afweek (10). In canon 8 vindt men in een bewering van SINT-CYPRIANUS, waarin de twijfelachtige gewoonten geplaatst worden tegenover de *ratio,* de Romeinse invloed alweer (11). De belangrijkste tekst van het decreet is echter canon 6, die een passus uit het traktaat van AUGUSTINUS tegen de Donatisten weergeeft, passus die wellicht beïnvloed werd door TERTULLIANUS (12) en SINT-CYPRIANUS (13) : „Alle gewoonterecht dat strijdig is met de „waarheid", moet afgeschaft worden, want Christus heeft gezegd „Ik ben de waarheid", en niet „Ik ben de gewoonte"." Deze tekst werd door GREGORIUS VII weer opgenomen in zijn brief aan bisschop Wimondus, vervat in canon 5, en door URBANUS II in de brief die hij de graaf van Vlaanderen schreef om hem aan te sporen zijn recht om beslag te leggen op de bezittingen van overleden klerken te verzaken (14) ; „Beweert gij tot hiertoe slechts naar een zeer oud aards gebruik gehandeld te hebben ? Gij moet nochtans weten, dat uw Schepper gezegd heeft „Mijn naam is waarheid" en niet„Mijn naam is gewoonte". Het gewoonterecht mocht dus niet strijdig zijn met de rede en de evangelische waarheid.

THOMAS VAN AQUINO zou deze verwarring tussen evangelische wet, die in werkelijkheid betrekking heeft op een niet-juridische wereld, en tijdelijke juridische orde zorgvuldig vermijden. Terloops moet dit hier onderstreept worden, omdat men later bij de bespreking van de koloniale openbare orde, in het bijzonder van het begrip *christianity*, op dezelfde verwarring zal stuiten. Aldus weet men op deze aarde immers niet of het gemeenschapsregime nauwer bij het evangelie aansluit dan het regime van scheiding van goederen. De beste wet zal op dit gebied die zijn welke het best aangepast is aan de karakters van de echtgenoten en van hun schoonouders. En de afschaffing der slavernij kan niet uit het nieuwe testament worden afgeleid : bij het evangelie sluit aan dat de slaaf in de mogelijkheid gesteld wordt naar de mis te gaan, en dat zijn huwelijk ernstig moet opgenomen worden, want

(9) TIMBAL, P., *Doctoraatscursus* 1958-1959 (Geschiedenis van privaat recht), Parijs, blz. 110.
(10) *De ordine palatii,* blz. 21.
(11) *Epist.* 74.
(12) *De virginibus velandis,* c. 1. Cfr. *B.J.I.* 1961-63, blz. 107 : de Parketrechter van Zuid Kivu verklaart strijdig met de openbare orde de „Bufa nshiro"-gewoonte, volgens welke alle goederen van de de cujus die geen mannelijke ergenamen achterlaat, naar de Mwami over gaan.
(13) *Epist. 63.*, geciteerd in canon 9 van dezelfde distinctie.
(14) *Patrologie latine,* Deel 151, c. 356.

dit raakt zijn persoonlijk heil ; maar niet dat men hem vrijheid van arbeid en van beweging moet toestaan, stemrecht of een minder ellendige materiële toestand, omdat niet bewezen werd dat een stembiljet of een televisietoestel tot het eeuwig leven dienstig zijn. Dergelijke onderwerpen werden door het evangelie niet behandeld, en het geeft de jurist geen oplossingen.

Volgens de decretalen van GREGORIUS IX mocht een gewoonte niet indruisen tegen het natuurrecht (in ruime zin genomen) (15) ; René WEHRLE geeft een volledige lijst van de in de decretalen aangehaalde gevallen, waarvan we enkele voorbeelden geven : De gewoonte om de voorzitter der vergadering de naam van de twee kandidaten die door de verscheidene kiezers werden gekozen, in te fluisteren, om hem aldus de definitieve keuze van de te verkiezen prelaat te laten, moest worden afgeschaft, als een aanslag op de kerkelijke vrijheid (16). De gewoonte die door de bisschop van Straatsburg werd ingeroepen, waarbij tot het kapittel der kanunniken slechts diegenen werden toegelaten die om hun afkomst of om hun wetenschap beroemd waren, werd door de Heilige Stoel verworpen (17). De gewoonte waarop de aartsdiaken van Canterbury zich beriepen om voor de investituur van kerken een geldsom of een witte koe te eisen, werd als eerloos veroordeeld (18). Pervers, en van een afschuwelijke corruptie getuigend, werd de gewoonte geacht die in Montpellier gold, om nog vóór het delven van een graf op het kerkhof een geldsom te eisen (19). Afschaffing werd geëist van de gewoonte die de eed oplegde, als reeds de andere bewijzen werden geleverd (20) ; eveneens de gewoonte van de kerk te Modena, die een man toestond een tweede vrouw te huwen, na aan een eerste het huwelijk beloofd te hebben (21). Honorius III vroeg de burgemeester van Rochelle geen rekening meer te houden met twee plaatselijke gewoonten : de ene stond de man toe de roerende en onroerende goederen van de vrouw te vervreemden, en zijn vrouw en kinderen aldus onbemiddeld achter te laten bij zijn dood ; de tweede kende de vrouw die haar man bedrogen had het recht toe, bij de scheiding de helft van de door de man gewonnen goederen op te vorderen. Die twee gewoonten wekken misbruiken en zijn in strijd met het recht, verklaarde de paus (22). Alexander III verbrak een vonnis, eerst door een apostolisch legaat, daarna door de bisschop van Brescia geveld in overeenstemming met de stadsgewoonte van Verona. De

(15) WEHRLE, R., *op. cit.*, blz. 110. De gewoonte mag van het positieve recht afwijken, zo ze niet onredelijk, en van erkende ancienniteit is ; cfr. ALLEN, blz. 136 : *„The true rule seems to be not that a custom will be admitted if reasonable, but that it will be admitted unless it is unreasonable (Coke on Littleton,* s. 80).
(16) Cap. 14, *Quum terra,* X, I, 6.
(17) Cap. 37, *Venerabilis frater,* X, III, 5.
(18) Cap. 36, *In tantum,* X, V, 3.
(19) Cap. 13, *Abolendae consuetudinis,* X, III, 28.
(20) Cap. 2, *Sicut consuetudo,* X, II, 19.
(21) Cap. 5, *Tuas dudum,* X, IV, 4.
(22) Cap. 10, *Ex parte,* X, 1, 4.

paus verklaarde die gewoonte strijdig „met de waarheid of met de wet" : het vonnis had een betwist huis aan twee leken toegekend, omdat de vertegenwoordiger van de kerk bij de opening der debatten niet opgedaagd was (23). Dezelfde paus vroeg bisschop Hermonensis op te treden bij de abt van Saint-Remi, om van een vader wiens kind door onoplettendheid met een pijl een speelmakkertje dodelijk gewond had, de honderd gouden geldstukken die volgens de plaatselijke gewoonte verschuldigd waren, niet te eisen (24).

R. WEHRLE trekt het volgende besluit : „*De tous ces textes, une conclusion se dégage avec évidence : la coutume contraire, soit à la vérité et à l'équité, soit à la discipline et à la liberté de l'église, soit au bon ordre de la société religieuse, ou encore, la coutume contraire aux décrets des souverains pontifes, aux canons et aux lois de l'église, ou enfin et surtout, la coutume contraire aux institutions des Saints Pères, cette coutume est de plein droit condamnée.*" Gregorius IX heeft op dit punt slechts de traditie weergegeven, en heeft in een zelfde formule het kerkelijk en het wereldse gegeven versmolten, toen hij eiste dat, om juridische waarde te hebben, elke gewoonte redelijk moest zijn, „*sicut ordo postulat rationis*" (25).

312. HET MIDDELEEUWS WERELDS RECHT.

Op dit punt werd het werelds recht sterk door de christelijke gedachten beïnvloed. Het koninklijk gezag zou, vooraleer naar aanleiding van rechtsgedingen, ingrijpen om een slechte gewoont af te schaffen (26). Onder de Heilige Lodewijk vindt men talrijke voorbeelden o.a. : afschaffing van een slechte gewoonte in Meulant, krachtens dewelke een man van slagen en verwondingen beschuldigd, slechts op vrije voet gesteld kon worden door de getuigenissen van drie of vier door de slachtoffer aangeduide personen (27) ; afschaffing van een slechte gewoonte in Verneuil, krachtens welke de burgemeester voor de stadsbehoeften zonder enige vergoeding paarden kon opeisen (28) ; afschaffing van een slechte gewoonte in Pont-Audemer die de geheime verkoop van de eigen goederen toeliet, in het nadeel van het „*retrait lignager*" (29). In de veertiende eeuw werden die beginselen niet meer betwist, en er zijn vele voorbeelden van afschaffing van slechte gewoonten.

Ook de rechters mogen weigeren een onredelijke gewoonte in overweging te nemen, ofschoon het beginsel van de eerbiediging van het gewoonterecht formeel is : de rechter moet de gewoonte toepassen zoals ze

(23) Cap. 8, *Quum causa*, X, 11, 27.
(24) Cap. 2, *Referente nobis*, X, V, 23.
(25) Cap. 3, *Ad nostram audientiam*, X, IV, I.
(26) OLIVER-MARTIN, Le roi de France et les mauvaises coutumes au Moyen Age, *Zeitschrift des Savigny Stiftung, Germ. abt.*, 1938, blz. 108.
(27) *Olim.*, Deel I, blz. 530, nr 12 (1961), geciteerd door TIMBAL, P., *op. cit.*, blz. 112.
(28) *Olim.*, Deel I, blz. 562, nr 13, (1263).
(29) *Olim.*, Deel I, blz. 562, nr 14 (1263).

is (30). De ordonnantie van de Heilige Lodewijk van december 1254 (31) legt de koninklijke rechters op te oordelen „*secundum jura, usus et consuetudines in locis singulis approbatas*", en Filips de Schone eist van hen in zijn grote ordonnantie van 1302 (32) de eed, recht te spreken „*servando et custodiendo diligenter usagia locorum et consuetudines approbatas*". De eerbiediging van de gewoonte belette nochtans niet haar uitlegging, die zeer ver ging, vermits de rechters, zoals gezegd, mochten weigeren een gewoonte, die hen slecht leek, toe te passen. Dit deed vooral het parlement als opvolger van 's konings voorrechten ten opzichte van de slechte gewoonten, maar onder zijn toezicht stond het alle rechters vrij hetzelfde te doen. Een pleiter beweerde bijvoorbeeld dat volgens de gewoonte van Partenay de schuldeiser die geen uitvoerende titel had, zonder zelf rechtsbedelende heer te zijn, tot de gedwongen uitvoering mocht overgaan zonder vonnis ; ze wordt *non receptabilis et non recepta* geoordeeld (33). In hetzelfde jaar 1389 weigerde het parlement van Parijs mensen uit Doornik te horen die beweerden dat ingeval een misdaad toerekenbaar is aan verschillende mededaders, de bekentenis van de hoofddader de anderen ontlast (34). In verband met de Vlaamse afpalingsgewoonte, genaamd „*cherque-manage*", door pleiters uit Doornik ingeroepen, verklaarde in 1392 het parlement de gewoonte *non receptabilis* ; die rechtspleging bestond hoofdzakelijk in het opsporen van getuigenissen, en de eisers beweerden dat, wanneer de operaties van „*cherque-manage*" waren ingezet, het niet meer mogelijk was ervan af te zien door geschreven titels in te roepen (35).

Merken we op dat de rechters zich niet altijd tevreden stelden met een negatief resultaat, namelijk de verwerping, – wat hen toestond de algemene gewoonte toe te passen. Het gebeurde dat ze nieuwe regels toepasten die ze redelijk vonden, en zo kon een gewoonte ontstaan. (Men denke hier aan de koninklijke wetgeving die, indien ze werd aanvaard, eveneens het beginpunt van een nieuwe gewoonte kon zijn).

313. DE COMMON LAW.

Ook in Engeland lag het in de macht van de rechtbank van de common law te weigeren een „*malus usus*" toe te passen : „*The common law courts maintained an overriding power to ignore malus usus, i.e. a custom against*

(30) TIMBAL, P., *op. cit.*, blz. 121.
(31) Art. 2, *Isambert*, I, blz. 267.
(32) Art. 38, *Isambert*, II, blz. 776. In een ordonnantie van 1278, verbiedt Philips de Stoute de advokaten het Romeinse recht in te roepen „là où coutume a lieu" (aangehaald door TIMBAL, P., *op. cit.*, blz. 37).
(33) BOULET, M., *Questiones Johannis Galli*, Proefschrift, Parijs 1944, Qu. 182.
(34) *Ibid.*, qu. 198.
(35) *Ibid.*, qu. 278.

reason or justice, even if proven to be observed", verklaart POTTER (36), en ALLEN beweert : „*in the particular matter of reasonableness, the courts reserve to themselves a right to discountenance or abrogate a pernicious custom. „Malus usus abolendus est" is an accepted maxim of our law.*" (37) Een gewoonterechtelijke norm wordt door de rechter in overweging genomen, tenzij hij onredelijk is ; en dit laatste is geen feitelijke kwestie voor de jury maar een rechtsaangelegenheid voor de rechter.

Het criterium dat de rechters toepassen, werd door een *divisional court of the King's bench* als volgt gedefinieerd : „*fair and proper, and such as reasonable, honest and fair-minded men would adopt.*" (38) Elders wordt het meer algemeen uitgedrukt : „*whether it is in accordance with fundamental principles of right and wrong*" (39). Het is interessant de volgende passus uit ALLEN te citeren, waarin hij de bekende zaak *Tanistry* en de zaak *Johnson v. Clark* bespreekt, en de afkeer van de rechter onderstreept voor het hem al te vreemde recht (40), dat hij daarom als „onredelijk" bestempelt :

> „The fact is that in the great majority of cases in which ancient custom has been held to be unreasonable in its origin, it will be found that the real reason for rejecting it is that it was originally, or is now (or both) contrary to a well-established rule of law. When, for example, in the famous Tanistry Case (1608), Dav, 29, English judges, accustomed to the rule of primogeniture, had to consider the validity of the Irish Brehon law of succession, they were faced with the apparently barbarous rule that the property descended not to the eldest-born but to the senior et dignissimus of the blood and surname of the last owner. There was no doubt of the existence of the custom, the origin and purport of which, as MAINE has shown (41), the English judges did not fully understand. One of the chief reasons which they assigned for rejecting the custom as ‚encounter the Commonwealth' was that in practice it destined the property not to the senior et dignissimus but to the ‚most potent' – a moral argument against the triumph of might over right. But no modern reader can fail to detect in the case a deep-seated prejudice against the custom which outraged feudal law by admitting a gap in the seizin, and by excluding daughters from the inheritance on the failure of heirs male ; indeed, as MAINE observes, ‚the judges thoroughly knew that they were making a revolution, and they probably thought that they were substituting a civilized institution for a set of mischievous usages proper only for barabarians'. Among the older precedents, the case just cited is the most authoritative, and is, indeed, the source of the chief

(36) KIRALFY, A.K.R., *Potter's Historical introduction to English law and its institutions,* London 1958[4], blz. 292.
(37) ALLEN, blz. 142 ; zie ook blz. 136 en v., en blz. 599.
POTTER stemt niet overeen met ALLEN's conclusies, cfr. LXX, *Selden Society's Series,* blz. LXXII.
(38) *Produce Brokers co. v. Olympia Oil and Cake co.,* (1916) 2, K.B. 296, 298.
(39) *Robinson v. Mollett* (1875), L.R. 7 H.L. 802, 817. (in beide gevallen gaat het om een handelsgebruik).
(40) ALLEN, blz. 140-2.
(41) *Early History of Institutions,* Lect. VII.

learning in English law on the subject of custom. If we turn to a leading modern case on the same point, we find a similar view expressed in terms by an eminent Chancery judge. In Johnson v. Clark, (1908) I. Ch. 303, a married woman, in order to secure a debt due upon a promissory note, purported to convey, by way of mortgage, to the creditor of the promissory note, certain property in which she had a life interest under her father's will. The conveyance was made with her husband's concurrence, but without any separate examination of the wife. The wife sought to have the mortgage set aside on the ground that without separate examination it was void in law. Against her it was contented that her estate was held in burgage tenure and that a local custom existed under which real property so held by a married woman could be disposed of by her with the consent of her husband without her separate examiniation and acknowledgement. PARKER J. held that such a custom was repugnant to a principle of the Common Law vital at the time when the mortgage was made (though, since abolished). Dealing with the question of reasonableness, he said :

„Looking at the matter apart from express authority, it is quite clear that for a custom to be good it must be reasonable or, at any rate, not unreasonable. The words „reasonable or not unreasonable" imply an appeal to some criterion higher than the mere rules or maxims embodied in the common law, for it is no objection to a custom that it is not in accordance with these rules or maxims. On the other hand, it is not the reason of the average human being to which appeal is made. LITTLETON says of customs : „Whatsoever is not against reason may well be admitted and allowed", and on this Sir Edward COKE comments : „This is not to be understood of every unlearned man's reason, but of artificial and legal reason warranted by authority of law" : Co. Litt. 62a. If this be so, it appears to follow that a custom to be valid must be such that, in the opinion of a trained lawyer, it is consistent, or, at any rate, not inconsistent, with those general principles which, quite apart from particular rules or maxims, lie at the root of our legal system."

ALLEN wijst erop dat de verwerping van een bewezen gewoonte omdat ze *malus* is, in werkelijkheid een toepassing is van de „*public policy doctrine*" (cfr. *Johnson v. Clark*) (42). Dit procédé werd in de Britse overzeese gebieden overgebracht, eerst in Indië, daarna onder een enigszins gewijzigde vorm – in Afrika. Aansluitend bij zijn uiteenzetting over de „*malus usus*", schrijft ALLEN over het Indische gewoonterecht als volgt : „*The judicial tests which have been frequently applied to such customs by English courts are substantially the same as those which have established themselves in the English common law. . .*" (43). De binding tussen het oude procédé van de „*malus usus*" met de „*repugnancy clause*", die het equivalent

(42) ALLEN, blz. 151 ; WINFIELD (Public policy in the English common law, 42 *Harvard law review*, 1928, blz. 76) laat opmerken dat de uitdrukking *public policy* van vrij recente makelij is, en voorafgegaan werd door uitdrukkingen als „*natural justice*", (Lord MANSFIELD) en door de oudere vorm „*law of reason*".

(43) ALLEN, blz. 153 (Excursus B : *judicial test of foreign custom*) ; zie ook : TEVELYAN, *Hindu Law*, tweede uitg., blz. 28 ; MAYNE, J.D., *Hindu Law and Usage*, achtste uitg., blz. 56 ; ROY, *Customs and Customary Law in British India*, blz. 24 ; cfr. aldaar aangehaalde *cases*.

is van de exceptie op grond van de (koloniale) openbare orde in het Kongolese recht en waarover later in dit hoofdstuk zal gehandeld worden, lijkt dus duidelijk. Jammer is het dat men de overeenkomstige vergelijking in de Belgische en Franse rechtsleer niet gemaakt heeft, wat ons de identificatie met de internationale openbare orde had kunnen besparen. De rol van beide excepties is inderdaad zeer verschillend. Die van de exceptie op grond van de (koloniale) openbare orde bestaat erin, zekere regels op de plaats zelf waar ze van kracht zijn in zekere zin „af te schaffen". Men heeft dan ook kunnen spreken van abrogatieve, van ablatieve openbare orde (44).

314. DE MODERNE RECHTSTHEORIE.

Volledigheidshalve, en tot besluit van deze afdeling, kan nog opgemerkt worden dat ook vele moderne rechtstheoretici voorhouden dat een gewoonte nooit rechtskracht kan hebben indien zij onredelijk is. GENY bijvoorbeeld noemt als negatieve voorwaarde „*l'irrationalité de la coutume*" (45). Verscheidene Duitse schrijvers maken er een positieve eis van en verlangen de „*Rationabilität*" van de gewoonte (46). Typerend is het woord van GENY (blz. 373) : „*J'estimerais qu'il y a lieu d'écarter, comme anti-sociales, toutes coutumes qui heurteraient soit la morale universelle, soit les principes plus raffinés qui sont le fond de notre civilisation chrétienne, soit encore les bases essentielles de notre organisation politique ou sociale*" (47).

(44) ROLLAND, L., en LAMPUE, P., *Droit d'Outre-mer,* Dalloz 1959, nr 256.

(45) GENY, I, blz. 371 ; KAMPHUISEN, *Gewoonterecht,* Den Haag, 1935, blz. 89 ; RADIN, La censure des coutumes, *Etudes Geny,* blz. 89 ; VEEGENS, nr 80. Verg. KOSCHEMBAHR – LYSKOWSKI, *Etudes Capitant,* blz. 403 v. ; LEBRUN, *op. cit.,* nr 244 ; WALINE, *L'individualisme et le droit,* tweede uitg., nr 151.

(46) PUCHTA, *Gewohnheitsrecht,* III, blz. 49 v. Uitvoerig ook GLÜCK, *Ausf. Erläuterung der Pandekten,* I, blz. 459 v. ; SUAREZ, *de legibus,* VII, 6 ; VANHOVE, *De consuetudine, (Commentarium Lovaniense in Codicem iuris Canonici),* 1933, blz. 82 v.

(47) *B.O.* 1886, blz. 89.

Afdeling II. ONTSTAAN VAN DE EXCEPTIE OP GROND VAN DE „KOLONIALE" OPENBARE ORDE

§ 1. In Kongo

315. HET ONTSTAAN EN DE GESCHIEDENIS VAN HET BEGRIP VANAF DE ONAFHANKELIJKE KONGOSTAAT.

In de onafhankelijke Kongostaat verklaarden twee verordeningen van 13 mei 1886, de ene dat *„lorsque deux parties sont indigènes, le différend continuera à être jugé par les chefs locaux conformément à la coutume locale"*, de andere, dat *„quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance . . . les contestations . . . seront jugées d'après la coutume locale . . . : lorsque la décision du litige entraîne l'application d'une coutume locale, le juge pourra prendre l'avis d'un ou de plusieurs indigènes ou non-indigènes, choisis parmi les notables lesplus capables"* (48). Terwijl het decreet van 27 april 1889 voor de gehele bevolking één strafrecht invoerde, bepaalde zijn artikel 84 : *„L'officier du ministère public pourra abandonner le prévenu à la juridiction effective du chef local et à l'application des coutumes indigènes"* (49).

Terwijl het verslag aan de koning (50), dat een uitlegging gaf van de ordonnantie van 14 mei 1886, verklaarde dat de lokale gewoonten de rechters slechts tot leidraad zouden dienen *„pour autant que ces coutumes ne soient pas en contradiction avec les principes supérieurs d'ordre et de civilisation"*, verwees voor de eerste maal naar de „openbare orde" artikel 5 van het decreet van 6 oktober 1891 op de inlandse hoofden : *„Les chefs indigènes exerceront leur autorité conformément aux us et coutumes, pourvu qu'ils ne soient pas contraires à l'ordre public, et conformément aux lois de l'Etat (. . .)* (51), en een omzendbrief van 18 april 1904 preciseerde : *„La seule restriction à l'autorité des chefs indigènes reconnus réside dans la nécessité pour eux de ne pas aller, dans les décisions qu'ils prennent, à l'encontre de l'ordre public, c'est-à-dire des principes qui sont à la base de l'organisation de la société, telle qu'elle est comprise et voulue par le législateur"* (52).

(48) *B.O.* 1886, 189.
(49) *B.O.* 1889, 87.
(50) Verslag aan de koning van de algemene beheerders, baron VAN EETVELDE en JANSSEN, *B.O.* 165.
(51) *B.O.* 1891, 261.
(52) *Recueil mensuel,* 1904, blz. 75 ; *Recueil usuel,* t.V.

In het artikel 8 van het decreet op de inlandse hoofden van 1 juni 1906 verscheen de term universele openbare orde : „*le chef exerce son autorité sur les membres de la chefferie conformément à la coutume indigène, pourvu qu'elle ne soit pas contraire aux règles d'ordre public universel ni aux lois de l'Etat qui ont pour but de substituer d'autres règles aux principes de la coutume indigène* (53)." Volgens LOUWERS (54) was ook hier sprake van „*les principes supérieurs d'ordre et de civilisation*", en hij verwees naar de voorbeelden gegeven in de omzendbrief van 1904 : „ . . . *en matière de droit privé, le chef indigène ne pourrait légitimement prendre de décisions qui porteraient atteinte à l'organisation des familles constituées selon le régime du code civil et d'après les formes voulues par celui-ci, autrement dit, entrées dans le statut européen. D'autre part, il ne pourrait établir l'esclavage, aller à l'encontre de la liberté religieuse ou de celle du commerce, ou commander des actes contraires à la loi pénale ; . . . les sanctions seraient contraires à l'ordre public, si leur caractère s'éloignait de nos idées de répression, notamment, si elles constituaient des tortures corporelles, des mutilations et autres actes de cruauté ou s'entouraient de pratiques superstitieuses, telle que l'épreuve du poison ; en un mot, si elles allaient réellement à l'encontre de nos idées d'humanité et de but civilisateur de l'Etat*".

In 1908 bevestigde de Koloniale Keure, zoals bij het begin van dit hoofdstuk vermeld, dat de niet-geïmmatriculeerde inboorlingen onderworpen bleven aan hun gewoonterecht, voor zover dit niet strijdig was met de wetgeving en de openbare orde.

In een omzendbrief die over de eerbiediging der erfrechtelijke gewoonten handelde, werd de bedoelde openbare orde met die in de zin van het internationaal privaatrecht geïdentificeerd : „*Ces règles (i.e. coutumières) doivent être respectées tant qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public international, c'est à dire aux règles que nous imposerions même aux étrangers*" (55).

Terwijl de decreten van 2 mei 1910 en 20 augustus 1916 alleen de jurisdictionele macht van de erkende hoofden en onderhoofden in aanmerking namen, en er zich toe beperkten enkele grenzen te stellen aan hun repressieve macht, werd de anarchie die de organisatie der inlandse rechtbanken belaagde de pas afgesneden door het decreet van 15 april 1926 (56). In dit decreet worden nu de artikelen aangestipt die op het onderwerp van dit hoofdstuk betrekking hebben.

Artikel 17 : „De inheemsche rechtbanken passen de gebruiken toe voor zoveel deze met de *algemene openbare orde* niet in strijd zijn.

(53) *B.O.* 1906, 246.
(54) LOUWERS, O., *Eléments du droit de l'Etat indépendant du Congo*, blz. 57.
(55) circ. 6-8-1918 ; *R.M.* 1918, 233.
(56) *B.O.* 1926, 445 v.

Wanneer de gebruiken met *de algemene openbare orde* tegenstrijdig zijn, vonnissen de inheemsche rechtbanken naar de billijkheid. Indien, evenwel, de wettelijke of reglementaire beschikkingen voor doel hadden het inheemsch gebruik door andere regelen te vervangen, passen de inheemsche rechtbanken deze schikkingen toe."

Artikel 24 : „Behoudens hetgeen in de hierna volgende artikelen wordt gezegd, zijn de regelen der rechtspleging de volgende : voor de opper- en bijhoofdijrechtbanken, deze van het gebruik ; voor de sector-, centrum- en gebiedsrechtbanken, deze welke in de naburige hoofdijen in voege zijn, tenware deze gebruikelijke regelen met de *beginselen der menschelijkheid of der billijkheid* (57) tegenstrijdig wezen."

Artikel 33 : „De rechtbank van het Parket kan, bij vonnis uitgesproken in openbare zitting, zelfs van ambtswege doch zonder ten gronde recht te spreken, de door inheemsche rechtbanken van haar gebied gewezen vonnissen vernietigen, deze rechtbanken hebbende al dan niet met eenen politierechter gezeteld : . . .

3° Indien het gebruik dat werd toegepast tegenstrijdig is met *de algemene openbare orde* of met de op al de inlanders toepasselijke wetgevende schikkingen ; (. . .)".

Opgemerkt moet worden dat, alhoewel de Koloniale Keure van 1908 van „openbare orde" sprak, het decreet op de inlandse rechtbanken de term „algemene openbare orde" gebruikte, en in de opeenvolgende decreten – tot in 1959 – bleef gebruiken. Zoals A. SOHIER het voorhoudt (58) kan deze terminologische afwijking geen juridische gevolgen hebben, vermits de gewone wetgever bij decreet een wet noch interpreteren, noch wijzigen kan.

Bij gelegenheid van een wijziging van het decreet op de inlandse rechtbanken in 1959, wilde het bestuur (59) naar de woorden van de fundamentele wet van 1908 teruggrijpen in de artikelen 18 (nieuw) en 35 (nieuw) – het artikel 35 (nieuw) werd in de memorie van toelichting vergeten –, en het loont nu de moeite te verhalen hoe men er tenslotte toe kwam, in de uiteindelijke tekst de woorden „algemene openbare orde" toch te bewaren (behalve in het artikel 35), omdat het ons duidelijk maakt hoezeer de geesten op hol slaan zodra het onderwerp openbare orde aangeraakt wordt.

Het ontwerp van decreet voorzag dat overal te termen „ordre public universel" vervangen zouden worden door „ordre public" (60). Nopens het artikel 18 lezen we in het verslag van de Raad van Wetgeving het volgende (61) :

(57) In 1938, werd hier „met de algemene openbare orde", aan toegevoegd, D. 17-3-1938, *B.A.* 1938, blz. 247.

(58) SOHIER, A., *Traité élémentaire*, tweede uitg., blz. 20.

(59) De memorie van toelichting spreekt van „detailwijzigingen of vormwijzigingen" ; *C.R.A.* 1959, blz. 978.

(60) *C.R.A.* 1959, blz. 987 v.

(61) Verslag van de Raad van Wetgeving over het ontwerp van decreet tot wijziging van de samengeordende decreten op de inlandse rechtbanken ; zitting van 6 juli 1959, *C.R.A.* 1959, blz. 930.

„M. LIONGO. Je voudrais connaître la portée exacte des termes ‚l'ordre public universel'.

M. Le Président. L'ordre public universel, c'est une notion assez élastique. La notion d'ordre public est très bien connue dans le droit de la plupart des pays, tandis que les termes d'ordre public universel sont plutôt inaccoutumés. Je crois que c'est un retour à la norme.

M. VAN DE PUTTE. L'ordre public universel n'existe pas, il y a des tribunaux dits internationaux qui n'ont pas de valeur internationale étendue.

M. Le Président. L'ordre public ne serait universel, que si ces normes étaient admises par tous les pays du monde.

M. LIONGO. On n'aurait pas accepté les termes „ordre public congolais", parce que nous sommes dans la coutume et la coutume est localisée.

M. VAN DE PUTTE. Alors c'est l'ordre public.

M. Le Président. Une coutume n'est pas nécessairement d'ordre public. Ce à quoi on ne peut pas déroger, voilà l'ordre public. Mais il va de soi que c'est l'ordre public du pays dans lequel ceci est applicable, celui du Congo.

Het artikel 18 wordt goedgekeurd, en, zonder afzonderlijke bespreking van de term openbare orde, ook de andere artikelen. Maar op een volgende zitting neemt de Heer LOUWERS het woord (62).

M. LOUWERS. Au cours d'une séance précédente, nous avons approuvé un texte qui réduit pour ainsi dire à rien la compétence des juridictions indigènes du fait que l'on a supprimé les mots : „Les coutumes indigènes non contraire à l'ordre public international et universel". La situation est la suivante. Les juridictions indigènes ne pourraient plus, d'après le texte, appliquer que les coutumes qui ne sont pas contraires à l'ordre public interne. De ce fait elles ne pourront appliquer pour ainsi dire aucune coutume indigène car la plupart de ces coutumes indigènes sont contraires à l'ordre public interne. Ainsi, dans toutes les questions concernant le droit des personnes, le mariage où les dispositions de la législation écrite sont des dispositions de droit public.

Or, les règles coutumières en la matière ne sont pas conformes à ces dispositions.

L'expression „coutumes non contraires à l'ordre public universel" avait été autrefois mise à dessein avec une explication parfaitement déterminée et qui n'a fait jusqu'à présent l'objet d'aucune espèce d'opposition.

M. VAN DE PUTTE. Quelle différence M. LOUWERS fait-il entre l'ordre public universel et l'ordre public sans autre qualification ?

M. Le Président. L'ordre universel est beaucoup plus large.

M. JENGTEN. En résumé, on considère comme ordre public international les idées maîtresses de la civilisation.

M. LOUWERS. Cette expression a une signification bien connue dans la doctrine. Je vous donne un exemple :

La polygamie est contraire à l'ordre public interne mais n'est pas nécessairement contraire à l'ordre public international.

M. VAN DE PUTTE. Nous avons voté un décret sur la polygamie, par conséquent elle serait contraire à l'ordre public ?

(62) *C.R.A.* 1959, blz. 1494.

M. LOUWERS. C'est un exemple que je vous donnais pour vous faire comprendre la différence mais l'observation de M. VAN DE PUTTE est fondée pour ce qui concerne la polygamie. Je vous ai prévenu, vous en ferez ce que vous voudrez mais je répète qu'avec le texte actuel les juridictions indigènes verront leur compétence réduite à néant.

Les termes „ordre public" ont été repris de la Charte Coloniale.

Deux interprétations ont été données : on a distingué entre „ordre public interne" et „ordre public international". On a toujours entendu qu'on excluait de l'application aux indigènes des coutumes indigènes d'ordre public pour autant qu'elles fussent contraires à l'ordre public international.

M. Le Président. Personnellement je suis convaincu par les explication de M. LOUWERS et les éclaircissements que j'ai reçus entre-temps. Je crois qu'il serait sage de revenir sur cette décision. Je remets au vote la proposition de M. LOUWERS et la mienne – de revenir à l'expression „d'ordre public universel".

Cette proposition étant admise, le paragraphe 18 de l'article 1r du projet est devenu sans objet et l'article 18 des décrets coordonnés sur les juridictions indigènes au Congo Belge reste inchangé."

Uit het ambtelijk blad vernemen we dan de uiteindelijke redactie van de drie artikelen : in het artikel 35 van het decreet op de inlandse rechtbanken staat „ordre public", en in de artikelen 18 en 25 „ordre public universel". De actuele teksten luiden dus :

Artikel 18 : „Les tribunaux indigènes appliquent les coutumes, pour autant qu'elles ne soient pas contraires à *l'ordre public universel.* Dans les cas, où les coutumes sont contraires à *l'ordre public universel,* comme en cas d'absence de coutumes, les tribunaux indigènes jugent en équité."

Artikel 25 : „Sauf ce qui est dit dans les articles ci-après, les règles de procédure sont, pour les diverses juridictions, les règles coutumières du ressort.

Dans le cas où les coutumes sont contraires à *l'ordre public universel* ou aux principes d'humanité ou d'equité comme en cas d'absence de coutume, la procédure s'inspirera des règles de l'équité".

Artikel 35 : „§ 1. Les jugements rendu par les tribunaux sont, à la requête du ministère public, susceptibles d'annulation par le tribunal du district . . . 5° si la coutume dont il a été fait application est contraire à la législation ou à *l'ordre public*". (B.A. 1959, blz. 2326).

Vermits de Kongolese grondwet van 1964 in haar artikel 123, eerste lid, het gewoonterecht als geldig erkende mits het niet strijdig is met de „openbare orde", – *„l'ordre public de l'Etat"* luidt het in het voor het overige gelijkluidend artikel 57 van de grondwet van 24 juni 1967 (63) –, moet ook

(63) In de memorie van toelichting wordt gezegd dat hiermee uitgedrukt wordt dat het om de nationale openbare orde gaat en niet om de regionale.

in de artikelen 18 en 25 van het decreet op de inlandse rechtbanken „openbare orde" gelezen worden zoals stond in de Koloniale Keure en zoals werd voorgesteld bij de wijziging van 1959. Dit is niet alleen een kwestie van adequate juridische terminologie ; men raakt hier de diepere vraag welke betekenis in deze context gegeven moet worden aan de term openbare orde.

316. DE ONJUISTE GELIJKSTELLING VAN EEN BEGRIP SUI GENERIS MET DE KONGOLESE INTERNE OPENBARE ORDE OF MET DE INTERNATIONALE OPENBARE ORDE.

De parlementaire werken van 1908 brachten hieromtrent geen opheldering, behalve een opmerking van minister RENKIN, voor wie in het tweede lid van artikel 4 van de koloniale keure sprake was van de Kongolese interne openbare orde (64). HALEWIJCK DE HEUSCH protesteerde terecht tegen die stelling : *„En matière de statut personnel les dispositions législatives d'ordre public interne sont tellement fréquentes, que les appliquer aux noirs non immatriculés reviendrait à soumettre ceux-ci, pour cette partie importante du droit privé, à l'empire de la loi écrite"* (65).

> Een analoog geval deed zich in de Engelssprekende gebieden voor. Daar was het niet „openbare orde" dat in een bepaalde technische zin werd opgevat, maar het woord *equity* in de uitdrukking *natural justice, equity and good conscience* (equivalent van onze „koloniale" openbare orde) : „Thus at first instance in *Lewis v. Bankole* Speed Ag. C.J. stated that while „natural justice" and „good conscience" were not definable, the courts were well acquainted with the doctrines of equity ; the rule submitted to him formed no part of the English system of equity, and for that reason and others he declined to enforce it. Reduced to its essentials that approach would have resulted in the rejection of every rule of customary law that differed from English law on the same subject matter, and would have totally frustrated the objective of preserving customary law" (PARK, blz. 69).

Voor HALEWIJCK, en ook voor PETILLON en voor MINEUR (in een artikel van 1949) (66), dekte de term openbare orde, in het eerste zowel als in het tweede lid van artikel 4, dezelfde lading en werd de openbare orde in de zin van het internationaal privaatrecht bedoeld.

Tegen deze zienswijze kantten zich de voorstanders van de „koloniale" openbare orde. Reagerend op de zoëven aangehaalde noot van G. MINEUR, schreef A. SOHIER:

(64) Parlement, Annal., kamer van Volksverteg., zitting van 24 juli 1908, blz. 407, col. 1.
(65) HALEWIJK, *La charte coloniale*, I, nr 78, blz. 156 ; *Nov. V° Dr. Col.*, I, blz. 64 ; nr 50 ; *Rép. Dr. B., V° Congo*, nr 58 ; Elizabethstad, 8 oktober 1913, *Rev. Jur.* 1921, blz. 321.
(66) PETILLON, *Novelles I*, blz. 201, nr 66 ; MINEUR, G., *B.J.I. 1949, blz. 123.*

„. . . Il existe un ordre public colonial bien distinct de l'ordre public interne et de l'ordre public international. Peu importe, déclare Mr MINEUR, car la Charte Coloniale ne vise que l'ordre public international, et le décret sur les juridictions indigènes s'y refère expressément. Ces deux arguments me paraissent peu fondés.

La Charte Coloniale parle d'ordre public, sans autrement spécifier. La jurisprudence a donc le droit – et tout droit de ce genre est un devoir – de rechercher de quel ordre public il s'agit d'après l'esprit du texte, l'utilité sociale, les principes du droit. Or, le sens de la loi apparaît nettement quand on examine quelles limitations le législateur a voulu apporter à l'application des coutumes indigènes. Ainsi la charte admet la polygamie ; or celle-ci est contraire à l'ordre public universel. En vertu de cet ordre public, tout tribunal congolais refuserait valeur juridique au mariage polygamique d'un non-indigène, chinois, arabe ou hindou par exemple. C'est donc bien à un autre ordre public que le législateur a pensé en ce qui concerne les indigènes, et l'analyse montre qu'il s'agit de l'ordre public spécifiquement colonial.

Sans doute, dans les travaux préparatoires, il a été question d'ordre public universel, mais les travaux préparatoires ne peuvent rien contre le sens clair d'une loi. Que de fois ministres et parlementaires se trompent ! Or ici, la cause de leur erreur est apparente, toute comme celle de l'éminent juriste qu'est Mr HALEWIJCK DE HEUSCH : ils n'avaient à leur disposition qu'une terminologie imparfaite, puisque la science juridique n'avait pas encore dégagé nettement la notion de l'ordre public colonial. En vérité, c'est le progrès du droit qui nous permet de mieux interpréter la pensée des auteurs de la charte qu'ils ne le pouvaient eux-mêmes.

Mais, second argument de Mr MINEUR, le décret sur les juridictions indigènes, lui, parle de l'ordre public universel. On se rend aisément compte de ce qui s'est passé, car le même procédé fut employé pour l'expression *colonies voisines*. Un fonctionnaire ému de voir une controverse s'engager sur le sens d'une disposition de la charte, a cru devoir faire cesser toute incertitude et par là même triompher son avis en insérant dans un décret une précision que la loi ne contient pas. Quelle valeur cela a-t-il ? Aucune. Si la précision a le sens de la charte, elle est surabondante. Si, comme dans les deux cas cités, elle s'en écarte, elle est nulle, illégale, car un décret ne peut modifier une loi. Le juge salue et passe outre.

J'estime donc que seules sont inapplicables les coutumes contraires à l'ordre public colonial" (67).

Op het eerste argument van MINEUR, over de diepere oogmerken van de wetgever van 1908 namelijk, gaf DURIEUX een meer uitgewerkt antwoord :

„A la vérité, croyons-nous, si on tolère – quitte à en favoriser l'abandon progressif et tout en ne lui accordant nul effet – l'institution même du mariage polygamique, c'est par dérogation à l'ordre public international congolais tel que conçu lorsqu'il s'agit d'opposer cet ordre à une loi étrangère qui lui serait contraire.

(67) *B.J.I.* 1950, 216. – Laten we hier nochtans opmerken dat de term „*ordre public universel*" reeds voorkomt in artikel 8 van het hoger aangehaald decreet van 1906 op de inlandse hoofden.

Mais cette dérogation, imposée par les circonstances de l'époque, implique, ou que le législateur de 1908 a expressément voulu cette seule dérogation à l'ordre public international qu'il aurait entendu instaurer, ou que l'ordre public prévu à l'alinéa 2 de l'article 4 de la Charte n'aurait pas exactement le même contenu que celui inclu dans la notion habituelle de l'ordre public international ; en d'autre termes qu'on se trouverait devant un ordre public spécial régissant, à la Colonie, les rapports entre certaines dispositions essentielles du droit écrit et la coutume.

Nous sommes enclin à croire que le législateur n'a pas songé à maintenir intacte la notion d'ordre public international, parce qu'il se serait contenté d'y déroger sciemment mais exclusivement, en ce qui concerne l'institution de la polygamie. En effet, cela ne découle en aucune manière des travaux préparatoires de la loi sur le gouvernement du Congo Belge. D'autre part, on peut croire que la dite institution ait retenu l'attention spéciale du législateur et froissait particulièrement ses conceptions. Aussi, tout en ne faisant état que d'elle, a-t-il voulu qu'elle disparut insensiblement parce qu'il la considérait particulièrement comme contraire aux principes les plus élementaires de la civilisation chrétienne et occidentale. Réaliste – car c'est une des caractéristiques, estimons-nous, du législateur de 1908 –, celui-ci a compris qu'il n'était pas possible de supprimer d'un coup, par un texte, l'institution de la polygamie. C'est pourquoi, il inséra dans l'article 5 de la Charte – disposition à caractère plus éthique que juridique et s'inspirant, du reste, largement de l'article 6 de l'Acte général de Berlin – une recommandation solennelle : le gouverneur général devrait favoriser l'abandon progressif de la polygamie.

Mais c'est également pourquoi il devait admettre – sans s'en être expressément rendu compte, plus que vraisemblablement, encore que la conséquence en fût logique et nécessaire – que l'ordre public, qui devait faire échec éventuellement à la coutume et qui ne pouvait évidemment être l'ordre public interne (ainsi que nous l'avons exposé plus avant), était un ordre public sui generis, se différenciant de l'ordre international congolais prévu à l'alinéa I de l'article 4 de la Charte.

Du moment que se constituait ainsi, semble-t-il, un ordre public sui generis, celui-ci aurait pour objet, dans sa sphère d'application, non seulement l'institution coutumière de la polygamie, mais encore et éventuellement d'autres institutions coutumières, qu'il fallait supporter et admettre, tout au moins provisoirement, parce qu'il eut été impossible de les déraciner, fût-ce au moyen de mesures répressives ; car le fait que le législateur a inscrit, dans l'article 5 de la Charte, l'abandon progressif de la polygamie, sans faire état d'autre institutions coutumières hautement répréhensibles qui auraient pu exister et qui auraient mérité d'être, elles aussi, tel que nous l'avons noté plus avant, par l'attention toute spéciale qu'il a portée sur le problème de la polygamie ; il serait quelque peu téméraire de l'expliquer par sa volonté incontestable d'avoir limité son anathème à la seule institution de la polygamie, et d'avoir accepté, au moins implicitement, d'autre institutions coutumières qui, connues ou mieux connues, auraient peut-être été considérées comme étant tout aussi ou presque autant répréhensibles que celle-là.

En définitive, en reconnaissant qu'il y avait quelque chose de particulier et de différent en ce qui concernait l'institution de la polygamie – une des manifestations de la vie coutumière des nouveaux nationaux belges –, le législateur de 1908, par le fait même, a reconnu, très vraisemblablement sans s'être aperçu de la conséquence logique et rationnelle à tirer de sa constatation qu'un nouvel ordre juridique, en

matière d'ordre public, s'établissait sur le territoire de la Colonie, parmi ses habitants, entre la coutume et les dispositions du droit écrit colonial protégées par l'ordre public.
Ceci paraît fondé et justifié.
L'ordre public qui, dans sa notion, est un, a une portée et un contenu pouvant varier non seulement d'une époque à une autre, mais compte tenu de diverses circonstances, lieux, situations et faits se présentant à un même moment. Tantôt il s'imposera uniquement aux individus relevant de la loi nationale ; tantôt, se faisant plus intransigeant et plus pressant, ce sont même les lois étrangères qui lui seraient contraires qu'il fera plier devant lui ; tantôt, il se fera compréhensif et plus souple lorsqu'au sein d'une même collectivité deux civilisations s'opposeront, l'une avec son droit écrit, l'autre avec sa coutume. Dans le premier cas, nous nous trouvons en présence de l'ordre public interne ; dans le deuxième cas, en présence de l'ordre public international ; dans le troisième cas, en présence de l'ordre public sui generis qui a été dénommé car il n'a été conçu que sur le plan colonial, ordre public colonial" (68).

Chronologisch gezien werd het bestaan van een openbare orde sui generis in feite voor het eerst ingezien door H. SOLUS, in een werk dat in 1927 verscheen ; men treft er de volgende definitie aan : *„nous entendons par là que la loi de statut personnel indigène, dont le respect a cependant été précisé par la métropole, ne peut prévaloir lorsqu'elle est en opposition ou en contradiction avec une règle que la nation colonisatrice considère, dans la colonie, comme essentielle au succès de l'œuvre de colonisation"*. (69). In Kongo vinden we in 1938 over dit begrip openbare orde voor de eerste maal een uiteenzetting van de hand van V. DEVAUX. De rechtsleer heeft dit begrip aangenomen (70). DURIEUX sprak van *„un ordre spécial régissant à la colonie les rapports entre certaines dispositions essentielles de droit écrit et la coutume"* en SOHIER van *„les principes si essentiels pour le respect de la personnalité humaine et le maintien de notre civilisation que nous cesserions d'être nous-mêmes civilisés et nous mettrions notre organisation nationale en péril si nous incorporions à notre législation, même en ce qui concerne nos nationaux à civilisation attardée, des coutumes qui y*

(68) DURIEUX, A., *La notion d'ordre public en droit privé colonial belge*, Brussel 1953, Koninklijk Belgisch Koloniaal Instituut, Verh. in 8°, klasse morele en pol. wetensch., XXXI, 1.
(69) SOLUS, H., *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Sirey 1927, nr 270 tot 277. Zie ook : Le problème de la dot en Afrique Noire, *Rev. jur. et pol. de l'Union fr.*, 1950, blz. 454.
(70) DEVAUX, V., Essai critique sur la situation juridique des indigènes au Congo Belge, *B.J.I.* 1938, blz. 197.
SOHIER, A., *B.J.I.* 1946, blz. 263 ; *Traité élémentaire*, nr 12, blz. 19 ; *B.J.I.* 1950, blz. 216 ; *Bulletin I.R.C.B.*, blz. 546, XXIV, 19 ;
VERSTRAETE, M., *Aperçu de droit civil du Congo*, blz. 44 ;
MINEUR, M., noot in : *J.T.O.* 1951, blz. 200 ; *J.T.O.* 1952, blz. 82 ;
DURIEUX, A., *La notion de l'ordre Public en droit civil privé colonial belge*, Brussel, I.R.C.B., 1953 ;
HEYSE, Th., *Congo Belge et Ruanda Urundi*, Brussel 1955-57, II, blz. 468.

manqueraient. En définitive, c'est un ordre public plus tolérant, tenant compte de la formation spéciale de la société indigène" (71).

317. EEN VERKEERDE VOORSTELLING VAN HET BEGRIP SUI GENERIS.

Volgens SOLUS – DURIEUX zou die zienswijze later overnemen – ging het hier nochtans niet om een derde soort openbare orde : *„il s'agit simplement de l'ordre public envisagé dans les exigences qu'il impose aux indigènes, qui ont conservé leur statut personnel, de se soumettre, dans les colonies, à l'observation de certaines lois proclamées d'ordre public par le législateur colonial"*. Dezelfde auteur meende van een bepaalde Franse wet *„qu'elle est d'ordre public interne si non respect s'impose à tous les Français, qu'elle est d'ordre public international si son respect s'impose aux étrangers en France, qu'elle est d'ordre public colonial, si son respect s'impose aux indigènes ou assimilés dans les colonies françaises"*. Aldus zouden de drie openbare orden dezelfde natuur hebben, en slechts in kwantitatieve, en niet in kwalitatieve waarde verschillen. Het wil ons voorkomen dat deze zienswijze in wezen verkeerd is, zoals we in het voorgaande hoofdstuk poogden aan te tonen. Waar het om gaat in het privaatrecht, is niet of deze of gene regel van openbare orde is of niet, maar of een rechtshandeling ja dan neen strijdig is met de openbare ordre ; men moet zich naar de rechtshandelingen keren, veeleer dan naar de wet (MALAURIE, nr. 159). Even onnauwkeurig is de zienswijze in het internationaal privaatrecht volgens dewelke een interne wet als streng bindend en imperatief beschouwd moet worden ; wat eventueel strijdig zal zijn met de openbare orde is de concrete oplossing die het normalerwijze bevoegde vreemde recht zou geven (72). Op het vlak van het positieve recht kan men, met de wet als uitgangspunt, niet spreken van een enkelvoudig begrip openbare orde, maar slechts van afzonderlijke functionele begrippen. Het gaat om technieken die de rechter ter beschikking staan, onder het toezicht van het Hof van Verbreking.

§ 2. In de vroegere Franse en Engelse gebieden

318. DE OUDE FRANSE TEKSTEN EN DE FRANSE RECHTSPRAAK.

In de vroegere Franse gebieden van het Afrikaanse continent bevatten oude decreten over de gerechtelijke inrichting een tekst, die de rechtbanken de uitdrukkelijke bevoegdheid gaf de toepassing van gewoonterechtsregels *„contraires aux principes de la civilisation française"* van de hand te

(71) SOHIER, *Bulletin I.R.C.B.*, 1953, blz. 545. DURIEUX, *op. cit.*, blz. 44.
(72) LAGARDE, nr 140. Zie eveneens de kritiek van LUCHAIRE, *Enc. Dalloz, Droit civil, V° Ordre public*, nr 120 v.

wijzen (73). Men wilde hierdoor de slavernij of daarmee gelijk te stellen horigheid treffen (74). De repressieve teksten, met betrekking namelijk tot de *„convention d'esclavage"*, bleken naderhand voldoende om het beoogde doel te bereiken ; de rechtbank mocht geen burgerlijke sanctie hechten aan een toestand die uit een strafrechtelijk misdrijf voortvloeide. De meer recente decreten op de gerechtelijke inrichting bevatten de aangehaalde formule niet meer. Deze is slechts blijven voortleven in de decreten van 2 mei 1906 en 29 september 1920, die een manier van vaststelling van overeenkomsten bepalen in West- en Equatoriaal Afrika (75).

De rechtspraak heeft nochtans een beroep gedaan op de openbare orde, niet steunend op een tekst maar op een algemeen beginsel. Ze nam aan dat er in alle Franse gebieden algemene beginselen met juridische waarde bestonden. Dit diende echter verzoend te worden met het sinds 1946 grondwettelijk voorschrift, het volledig persoonlijk statuut van de inlanders te eerbiedigen.

Aldus heeft de rechtspraak geweigerd op slavernij lijkende toestanden, die niet door de wet voorzien waren in aanmerking te nemen : die bijvoorbeeld welke voortvloeit uit de inpandgeving van een persoon tot waarborg van een schuld (76). Men heeft meer geaarzeld voor wat betreft de onwaardigheid om te erven wegens godsdienstige of sociale redenen. In 1905 heeft het Hof van Cassatie de toepassing van dergelijke regel niet veroordeeld (77), maar in 1913 heeft het Hof haar strijdig met de openbare orde verklaard (78). Laatstgenoemde oplossing werd ook aanvaard door het Hof van

(73) *Voor West-Afrika ;* de decreten van 10 november 1903, art. 75, en van 16 oogst 1912, art. 52 (deze laatste bepaling beoogde in het bijzonder de islamitische gemeenschappen) ; voor *Equatoriaal Afrika :* de decreten van 12 mei 1910, art. 47, en van 16 april 1913, art. 47 ; *voor Kameroen :* het decreet van 13 april 1921, art. 20. Na deze laatste datum werd in de decreten over de gerechtelijke organisatie die de voornoemde kwamen vervangen, met geen woord meer gerept over openbare orde in verband met gewoonterechtsregels in burgerlijke zaken : aldus in de opeenvolgende decreten van 22 maart 1924 en 3 december 1931 *voor West-Afrika, van 17 februari 1923, 29 april 1927, en 29 mei 1936 voor* Equatoriaal Afrika, van 31 juli 1927 *voor Kameroen.* In *Madagascar* is het oude decreet nog van kracht (D. 9 mei 1909, art. 116, Duvergier, blz. 262).

(74) ROLLAND, L., en LAMPUE, P., *Droit d'Outre-mer,* Dalloz 1959, nr 256.

(75) De twee bedoelde decreten geven de mogelijkheid de overeenkomsten die gesloten werden *„selon les règles et formes coutumières non contraires aux principes de la civilisation française"*, te doen vaststellen door de bestuurlijke overheden. Zij werden ook in *Togo* en in *Kameroen* van kracht als gevolg van het algemeen uitbreidingsdecreet van 22 mei 1924. In een gelijkaardig decreet dat op 23 mei 1925 in het gebied van de *Somaliekusten* werd genomen kwam die formule niet meer voor. In *Madagascar* heeft men haar nooit ingevoerd.

(76) Beroep Tananarive, 14 november 1907, *Penant,* 1909, I, 207 ; Hof van Beroep van Frans West Afrika, 20 september 1912, *Dareste,* 1912, III, 303. Over het geval van een meester die in een grondgeding beweert te handelen voor rekening van zijn slaven, zie : Hoogste Gerechtshof van Senegal, 8 december 1962, *Revue Senegalaise de droit,* augustus 1967, nr 1, blz. 103. In de noot kan men lezen : *„La leçon qu'il faut tirer de tel arrêt est la suivante : le juge aussi doit participer à la transformation des mentalités et rappeler à ceux qui l'ignorent que toute coutume au Sénégal ne peut s'exercer qu'en rentrant dans la constitution."*

(77) Req. 22 mei 1905, *Penant,* 1905, I, 295 ; *Rev. dr. int. privé,* 1906, blz. 540, verslaggever Dubois.

(78) Req. 10 februari 1913, *Dareste,* 1913, III, 140.

Beroep van Pondichéry, in een arrest van 13 januari 1915. SOLUS, die dit arrest aanhaalt, meent dat het Hof hier tot het uiterste ging van wat uit de openbare orde te halen was (79).

Een geval waar de rechtbank ongetwijfeld te ver ging, is de zaak *Didiya Ould Mohamed Abderrahmane t. Mohamed El Moktar Ould Mohamed Elhacen* : Deze zaak werd op 30 september 1953 voor de hogere rechtbank van lokaal recht van Mauritanië behandeld (80), en heeft betrekking op een vraag van collectieve verantwoordelijkheid. Door een onvoorzichtige rijbeweging met een vrachtwagen werden een persoon verwondingen met dodelijke afloop toegebracht door twee Mauritaniers die tot verschillende stammen behoorden, de Idaou El Hadj en de Smaciden. Voor de correctionele rechtbank vervolgd, werden ze aan onvrijwillige manslag schuldig bevonden, en gestraft zonder dat over de burgerlijke vordering uitspraak werd gedaan. Daarna hadden de rechthebbenden van het slachtoffer schadevergoeding gevraagd, echter niet aan de twee individuen, maar aan de twee stammen waartoe ze behoorden. De stam Idaou El Hadj had de gevraagde som betaald en ook een fractie van de stam der Smaciden had zich van de vergoeding gekweten. Een andere fractie weigerde nochtans de schuld te erkennen en de zaak was voor de gewoonterechtelijke rechtbank gebracht, die de stam der Smaciden, vertegenwoordigd door haar hoofd, veroordeelde om de rest van de vergoeding te storten. De hogere rechtbank van lokaal recht, waarbij beroep werd aangetekend, verwierp echter het beginsel van de collectieve verantwoordelijkheid van de stam, als strijdig met de koloniale openbare orde (81).

(79) SOLUS, H., Le régime de droit civil en vigueur aux Indes, *Bull. de la Soc. de lég. comp.*, 1924, blz. 442.

(80) Koloniale rechtbank van beroep van Mauritanië, 30 september 1953, *Rec. Penant*, 1956, nr 636, blz. 30. Pierre LAMPUE vat de gedachtengang samen als volgt :
„Il n'est pas contesté que la responsabilité collective de la tribu, soumise au droit musulman traditionnel en Mauritanie, était engagée en cas d'homicide involontaire commis par un de ses membres, et que la composition légale était due de plein droit.
Mais, si la notion de tribu se conserve en Mauritanie, les bouleversements économiques n'ont pas manqué et ne manqueront pas de dissocier cette tribu, inadaptée aux exigences de la vie moderne. Il devient pratiquement impossible de mettre à sa charge la responsabilité des fautes commises par ses membres employés loin d'elle.
Si la Constitution garantit le maintien du statut civil particulier, ce statut doit être compatible, non seulement avec les réalités de la vie, mais encore avec les principes du droit français et l'ordre public ; or, la responsabilité individuelle, tant pénale que civile, pour faute commise, est une des bases du droit français.
De plus, par l'intermédiaire du code pénal rendu applicable à tous, ce principe fondamental s'impose désormais à toute la population. En effet, en cas d'action civile accessoire à l'action publique, le juge pénal ne pourrait retenir que les articles 1382 et suivants du code civil.
Ainsi, si le droit coutumier détermine une responsabilité collective impliquant une solidarité entre les membres de la tribu, cette responsabilité ne peut jouer qu'en faisant appel à la bonne volonté de la collectivité, sans possibilité de contrainte légale".

(81) Contra : Gewestrb. Albertstad, 14 september 1955, *B.J.I.* 1958, blz. 275 : *„n'est pas contraire à l'ordre public universel (...) la responsabilité collective de la famille à l'egard des fautes commises par un de ses membres".* Zie ook : COLE en DENISON, *Tanganyika*, London, 1964, blz. 130, over *„blood money" (diya) ; Gwao bin Kilimo v. Kisunda bin Ifuti* (1938, 1

Als voorbeeld geven we nog een uitspraak van de Homologatiekamer van Kameroen van 1 februari 1933, volgens dewelke het tuchtigingsrecht van het familiehoofd, vooral jegens volwassenen, onverzoenbaar is met de openbare orde (82).

319. DE „REPUGNANCY CLAUSE".

In de plaats van de woorden „openbare orde", met betrekking tot het traditionele recht, vindt men in Engelssprekend Afrika een uitdrukking met verschillende varianten, die doorgaans de *repugnancy clause* of de *repugnancy doctrine* genoemd wordt ; die meest door de tijd gepolijste uitdrukking is wel : *natural justice, equity and good conscience,* in West-Afrika geïmporteerd uit Indië, waar die uitdrukking reeds in een tekst van 1881 voorkomt (83). De rechtbanken hebben aldus de plicht de *native law and custom* toe te passen „. . . *not being repugnant to natural justice, equity and good conscience*" (84).

> Zo bepaalt in Gambia sectie 5 van de „Law of England (application) Ordinance" van 1955 :
>
> I Nothing in this Ordinance, shall deprive the courts of the right to observe and enforce the observance, or shall deprive any person of the benefit, of any native law or custom existing in the Gambia, such law or custom *not being repugnant to natural justice, equity and good conscience*, nor incompatible either directly or by necessary implication with any law, for the time being in force.

T.L.R. (R.) 403), aangehaald door ALLOTT, blz. 200 : in dit geval werd een Turu-gewoonterechtsregel, die de inbeslagneming toeliet van vee dat aan de vader van de eigenlijke schuldenaar toebehoorde, strijdig met de *justice and morality* bevonden.

(82) *Penant,* 1934, I, 157. Voorbeelden van het Kameroense Hoogste Gerechtshof : zie hoger nr 222.

(83) Sectie 93 van de „Regulation made for the Sudder Dewanny Court" van Sir IMPEY, dd. 5 juli 1751, bepaalt : *„in all cases, for which no specific directions are hereby given the judges of the Sudder Dewanny Adawlut do act according to justice, equity and good conscience".* Deze bepaling werd later in de andere rechtsgebieden van Brits-Indië en van Birma overgenomen. (ACHARYYA, *R.K.,* Codification in British India, *Tagore Law Lectures,* 1921, blz. 95 en v. ; zie ook blz. 90 en 270.
De woorden kwamen trouwens reeds voor in het charter van 1683, maar deze bepalingen golden slechts voor de leden van de compagnie. (POLLOCK, F., The law of fraud in British India, *Tagore Law Lectures,* 1894, blz. 6).
Er moet nochtans op gewezen worden dat in Indië de uitdrukking in een andere betekenis genomen wordt : het gaat er om de *„residual clause"* (infra, blz. 207), die niet te verwarren is met de *„repugnancy clause",* die ons hier bezighoudt. Over de Romeins-canonieke oorsprong van de formule, zie Duncan M. DERRETT, Justice, equity and good conscience, *Changing law in developing countries,* uitgegeven door ANDERSON J.N.D., London 1963.

(84) Deze uitdrukking werd eenvoudigweg vertaald door de Angelsaksisch-gevormde opstellers van het eerste internationale voorontwerp van de Kongolese grondwet, wat wel een eigenaardig effect geeft : *„Les tribunaux coutumiers entendent et règlent toutes les affaires concernant les us et coutumes immémoriaux de la population de leur juridiction, dans les limites où les règles et les pratiques qu'ils font observer ne sont pas incompatibles avec le droit écrit, l'équité et la bonne conscience".* Zie PAUWELS, J., La Constitution du Congo et le droit coutumier, *Etudes Congolaises,* november 1964, blz. 14.

II Such laws and customs shall be deemed applicable in causes and matters where the parties thereto are natives, and also in causes and matters between natives and non-natives where it may appear to the court that substantial injustice would be done to either party by a strict adherence to the rules of English law.

III No party shall be entitled to claim the benefit of any local law or custom, if it shall appear either from express contract or from the nature of the transactions out of which any suit or question may have arisen, that such party agreed that his obligations in connection with such transaction should be regulated exclusively by English law or that such transaction is a transaction unknown to native law and custom.

IV In cases where no express rule is applicable to any matter in controversy, the court shall be governed by the *principles of justice, equity and good conscience*" (85).

De „repugnancy clause" is in het eerste lid van deze sectie te vinden, en mag niet worden verward met de „residual clause" van het vierde lid.

Met uitzondering van Ghana, waar sinds de instelling der republiek de clausule geschrapt werd, komt dezelfde zinswending voor in de teksten op de inlandse rechtbanken van de andere West-Afrikaanse republieken. In Noord-Nigeria bijvoorbeeld moet een gewoonterechtbank in burgerlijke zaken volgens een wet van 1960 toepassen :

„the native law and custom prevailing in the area of the jurisdiction of the court or binding between the parties, so far as it is *not repugnant to natural justice, equity and good conscience* nor incompatible either directly or by necessary implication with any written law for the time being in force" (86).

320. DE VARIANTEN VAN DE UITDRUKKING „NATURAL JUSTICE, EQUITY AND GOOD CONSCIENCE".

In de verscheidene Afrikaanse landen, en in één en hetzelfde land zelfs, komen er van deze zinsnede verschillende versies voor, die we hieronder ter illustratie geven, maar A. ALLOTT laat opmerken dat deze verschillen irrelevant zijn, en de houding van de rechtbanken niet hebben beïnvloed (87).

Wanneer in 1844 in Cape Coast (in Ghana) een rechtbank werd opgericht, werd aldus door een koninklijk besluit bepaald dat de rechters „such of the local customs" hadden toe te passen „. . . . as may be compatible *with the principles of the law of England*" (88). In 1956 gebruikt een

(85) *Laws of the Gambia* (1955 revision), cap. 3.
(86) *Native Courts (Amendement) Law*, 1960, N.R. nº 10 of 1960, s. 6 (a).
(87) ALLOTT, blz. 197.
(88) *British Order in Council*, 3 september 1844, in : MONTAGU, Ordinance, etc., of the Gold Coast, 1852-1870, blz. 169.

koninklijk besluit voor de Gold Coast de uitdrukking *not repugnant to christianity or to natural justice* (89). In verband met de hier gebruikte term *christianity* is het wellicht interessant aandacht te vragen voor een theorie uit het Engelse recht die in de zeventiende eeuw gevormd werd en zich ontwikkelde in de achttiende (in dit verband moeten de namen van BLACKSTONE en van Lord MANSFIELD genoemd worden). Volgens deze theorie (90) maken de beginselen van het christendom – *christianity*, om nauwkeurig te zijn – deel uit van de Common Law. Onder *christianity* worden begrepen niet alleen de beginselen van zedenleer en fatsoen die als een soort natuurrecht uit de bijbel – oud en nieuw testament – gepuurd zouden kunnen worden, maar wel degelijk positiefrechtelijke bepalingen. Herinneren we ons hoe in Cromwells tijd het Longparlement bijvoorbeeld een wet, die overspel met de dood strafte, overnam uit het Levietenboek (XX, 10) ; in dezelfde zin bepaalde in 1567 een Schotse wet de bloedschande, die ze bestrafte, door verwijzing naar het boek Leviticus (XVIII). Deze theorie werd in de Verenigde Staten ingevoerd en had er positieve gevolgen tot heden. Op grond ervan veroordeelden arresten van het Hoogste Gerechtshof (in 1878, 1890) er de mormoonse veelwijverij (91).

In de grondwet van New Zealand in 1852 werd de handhaving van het traditionele inlandse recht voorzien „so far as they are not repugnant to the general principles of humanity" (92).

In de *District Tribunals Ordinance* (93) van Gambia staat *not repugnant to natural justice and morality*, – uitdrukking die bij voorkeur in de teksten van Oost- en Centraal-Afrika gebruikt wordt (94), terwijl het in de oude Nigeriaanse *Native Courts Ordinance* luidde *not repugnant to natural justice or morality* (95). Voor zover in de laatste wet sprake was van gewoonterechtelijke straffen, mochten ze niet *repugnant to natural justice and humanity* zijn (96) ; in de *Native Authority Ordinance* werd het omgekeerd tot *not repugnant to morality or justice* (97) en in de *High Court Law* van Noord-Nigeria vindt men volgende stijl : *natural justice, morality, equity or good conscience* (98).

(89) April 1856 (4), *ibid.*, blz. 170.
(90) La révélation chrétienne et le droit, ***Annales de la Faculté de droit de Strasbourg***, IX, Parijs, Dalloz, 1961, blz. 123, 88.
(91) *ibid.*, blz. 128.
(92) TARRING, *Chapters on the Law Relating to the Colonies*, 2e uitg., blz. 7.
(93) *Laws of the Gambia*, 1955 Revisions, cap. 49.
(94) Bijvoorbeeld : *Uganda order in Council*, 1902, art. 20 ; *Tanganyika Order in Council*, 1920, art. 24 ; *Kenya Order in council*, 1921, art. 7 ; *Nyasa Order in Council*, 1902, art. 20 ; de bepaling werd behouden in de *Independence Order in Council ;* cfr. de hoger geciteerde *African conference on local courts and customary law*, blz. 32.
(95) *Native Courts Ordinance, (Laws of Nigeria*, 1948), cap. 152, s. 10 (1) (a) ; zelfde uitdrukking in Kenya : S. 17 (a) van de *African Courts Ordinance* 1951 (nº 65/51, gewijzigd door 2/56, 30/59, 50/62).
(96) *Ibid.*, s. 10 (2).
(97) *Native Authority Ordinance*, cap. 140 (*Laws of Nigeria*, 1948, Revision).
(98) *High Court Law*, 1955 (nº 8) s. 62.

In Zuid-Afrika luidt het „provided that such native law shall not be opposed to the *principles of public policy or natural justice"* (99) ; in Soedan : *if it does not violate justice, morality or order* (100).

In Nigeria vinden we dan nog in de *Evidence Act* (101) : „any custom . . . shall not be enforced as law if it is contrary to *public policy* and is not in accordance with *natural justice, equity and good conscience"*.

Men kan hier opmerken dat in Sierra Leone, in sectie 38 van de *Courts Ordinance* van 1960, de oude formule omgesmeed werd, *ditmaal echter met een vooropgesteld doel :* „Such native customary law shall, *except where the circumstance, nature or justice of the case shall otherwise require,* be deemed applicable in all causes and matters where the parties thereto are natives . . . ' (102). Het gevolg van deze nieuwe formulering is dat, zelfs indien een gewoonterechtelijke norm niet indruist tegen de fundamentele rechtvaardigheid, de billijkheid en de goede zeden, de rechter een grote discretionaire macht heeft om de toepassing van het traditionele recht te weigeren (103), hetgeen elders met de oude formule niet opgaat. Er is hierover in Sierra Leone nog geen jurisprudentie, maar het Nigeriaanse geval *Re Whyte* (104) kan best al voorbeeld dienen : de de cujus was een Fante uit Ghana – daar was ook zijn woonplaats –, die in Nigeria stierf en er een weduwe, naar Fante gewoonterecht gehuwd, en een minderjarige dochter uit dat huwelijk achterliet. In Ghana had hij nog een zuster, die naar Fante-gewoonterecht bij uitsluiting van de weduwe erfde. De beheerder der nalatenschap stelde een verdeling voor, waarbij ook aan de weduwe een stuk der nalatenschap ten goede kwam ; doch hiertegen kwam de zuster op, zich beroepend op een passus van *Sarbah's „Fanti Customary Law"*, die zei : „That by the Fanti customary laws, a woman married in accordance with that law has no share in the estate of the deceased husband, etc." (105).

Rechter Ag. C.J. Brooke zei hierover in zijn vonnis :

> „There can be no doubt that this is a correct statement of the strict native law applicable and it has in principle been recognised in judgments of the West African Court of Appeal".

Doch wat de vraag betreft of hij nu die coutumiere regel moet toepassen, besloot hij in de negatieve zin :

> „The general rule is that where there is a native law applicable which is not repugnant to natural justice, equity and good conscience, the matter in controversy should be determined in accordance with such native law and custom. There is however an exception that if the decision of the court based on native law and custom would, having regard to the position of the person

(99) WELSH, Native Customary Law in the Union of South Africa (1958) *J.A.A.*, blz. 83. Sectie 11 van Act nr 38, van 1927.

(100) *African Conference, op. cit.*, blz. 83.

(101) Cap. 62 ; proviso to section 14 (3) ; Zie PARK, blz. 69 : *„The inconsistency between the different statutes on this point is quite unnecessary, and creates an inelegance which should be removed when the opportunity presents itself".*

(102) *Courts Ordinance* (1960 revision, cap. 7). (Cursiv. van mij).

(103) DANIELS, blz. 264.

(104) (1946) 18, *N.L.R.* 70 ; aangehaald door DANIELS, blz. 265.

(105) SARBAH, *Fanti Customary Laws,* 1904[2], blz. 100.

affected, be contrary to natural justice, equity and good conscience native law and custom should not apply".

De rechter weigerde, ten onrechte volgens de Nigeriaanse wetgeving op het stuk van toepassing van het traditionele recht, de erfrechtelijke gewoonterechtsregel toe te passen, zoals hij voor hem bewezen was (106). Welnu, in Sierra Leone zou volgens de nieuwe tekst het vonnis correct zijn.

321. EEN ENKELE UITDRUKKING.

Men kan zich de vraag stellen of de woorden *natural justice, equity and good conscience* als één enkele uitdrukking zijn op te vatten, dan wel te splitsen zijn in drie begrippen met afzonderlijke betekenis (107). Volgens ALLOTT, DANIELS en PARK is de stelling, als zou elk woord afzonderlijk te beschouwen zijn, onhoudbaar (108). Als we nagaan wat *equity* in brede zin betekent, vinden we immers dat het terug te voeren is tot *natural justice* (109), terwijl *natural justice* in brede zin blijkt hetzelfde te zijn als *equity* in de gewone betekenis van het woord (110). Beide zouden dan weer

(106) In een recent Nigeriaans geding over een nalatenschap daarentegen liet de *Privy Council* opmerken : *„In their Lordships' opinion the principles of natural justice, equity and good conscience applicable in a country where polygamy was generally accepted should not in a matter of this kind be readily equated with those applicable to a community governed by the rule of monogamy".*

(107) Er zou kunnen over gepleit worden, vermits in Ghana sinds 1960 de punctuatie deel uitmaakt van de wet *(interpretation Act,* 1960, C.A.4). Vóór die wet werd de punctuatie beschouwd als een soort *contemporanea expositio,* maar niet als deeluitmakend van de wet zelf. Cfr. Sir Charles E. ODGERS, *The construction of deeds and statutes,* 1956[4], blz. 220-1.

(108) DANIELS, blz. 271 ; ALLOTT, blz. 197 ; zie ook PARK, blz. 69.
In de *„evidence act"* werden er in Nigeria nog de woorden *„public policy"* bijgevoegd. Volgens PARK werd in geen enkel domein een beroep gedaan op deze nieuwe versie : *„ . . . the courts have in the other two tests perfectly adequate powers to prevent any unsuitable customary rules being applied."* Deze twee tests zijn deze die we kennen als de strijdigheid met de algemene orde en de wetgeving op coutumier gebied. *„In that situation it is hard to see why consistency with public policy should continue to be a separate criteria of validity".*

(109) The Hon. Mr Justice STORY, *Commentaries on Equity Jurisprudence,* 3de Engelse ed. door A.E. RANDALL, blz. 1 : *„In the most general sense, we are accustomed to call that equity, which, in human transactions, is found in natural justice, in honesty and right, and which properly arises* ex aequo et bono. *In this sence it answers precisely to the definition of justice, or natural law as given by Justinian in the Pandects".*
MEGARRY and BAKER, *Snell's Principles of Equity,* 1954[24], blz. 3 : *„The term „equity" has a broad popular sense and a narrow technical sense. In its popular sense equity is practically equivalent to natural justice or morality".* Deze zienswijze wordt gedeeld door ALLEN, blz. 390.

(110) In de engelse case *Maclean v. The workers' Union* (1929), 1 ch. 602 at 624), zei rechter MAUGHAM, na vastgesteld te hebben dat het zeer moeilijk was een juiste bepaling van *natural justice* te geven (geciteerd door DANIELS, blz. 268) :
„The phrase is, of course, used only in a popular sense and must not be taken to mean that there is any justice natural among men. Among most savages there is no such thing as justice in the modern sense. In ancient days a person wronged executed his own justice . . . The truth is that justice is a very elaborate conception, the growth of many centuries of civilisation, and even now the conception differs widely in countries usually described as civilised".
Volgens SNELL, *op. cit.,* blz. 1 : *„When the rules of natural justice enforced by the courts are examined, it will be seen that many of them are rules of common law, many other sources. Only a small fraction of the whole are rules of equity in the technical sense".*
In dezelfde zin : KEETON, *An introduction to Equity,* 1947[2], blz. 5.

gelijk te stellen zijn met *natural law* (111). *Good conscience* op zijn beurt is reeds begrepen in *equity* in brede zin (112). Het gelijktijdig gebruik van deze aan elkaar verwante begrippen is waarschijnlijk te wijten aan het feit dat, in de periode der Engelse rechtsgeschiedenis waarin de uitdrukking werd gesmeed, de wetgever geloofde in het gebruik van meerdere woorden om een zelfde toestand aan te duiden, om aldus zeker alle afwijkingen te ondervangen. Maar volgens ALLOTT hebben de rechters er steeds als naar één entiteit naar verwezen (113). Het gebeurt trouwens dat de uitdrukking zonder punctuatie werd geschreven ; aldus vinden we in SNELL: *Natural justice equity and good conscience* (114).

322. DE FUNCTIE.

Welke functie vervult nu deze – als eenzinnig aangevoelde – uitdrukking, die men terugvindt in de diverse wetteksten van Engelssprekend Afrika waar over traditioneel recht gehandeld wordt ? De vraag heeft daar veel inkt doen vloeien, zowel uit de pen van de rechters als uit die der rechtsgeleerden.

Eerst en vooral moet benadrukt dat het er om een *louter negatieve* functie gaat. Het woord *equity* bezit inderdaad naast zijn brede betekenis een enge, technische zin (*doctrines of equity*) ; soms vindt men in één en dezelfde wet het woord in zijn twee verschillende betekenissen, zoals in de *Courts Ordinance* van de Gold Coast van 1935, die inhield dat de rechtbanken toe te passen hadden *„the common law the doctrines of equity and the statutes of general application which were in force in England"*, alsmede *„such law or custom not being repugnant to natural justice, equity and good conscience* (115) ; zich hierop steunend hebben sommige rechters gemeend

(111) MARSHALL, *Natural Justice*, 1959, blz. 9 :
„The words natural justice were here clearly not used in their restricted modern sense but were synonymous with natural law ; in the same way as the word ‚equity' did not refer to technical equity, i.e., the equity of the Chancery Court, but to jus naturale. In other words, natural justice and ‚equity' in this passage meant the same thing, i.e., natural law".

(112) ALLEN, blz. 389-90. *„If we look for one general principle which more than any other influenced equity as it was developed by the Chancery, we find it in a philosophical and theological conception of conscience... In the common law courts of the thirteenth and fourteenth centuries, we hear a good deal, in many connections about ‚conscience', ‚good faith', ‚reason', ‚conscience and law', ‚the law of conscience', ‚right and reason', ‚reason and good faith' ; of ‚equity' we hear very little".*
Twee honderd jaar later is het huwelijk tussen „equity" en „good conscience" echter voltrokken, zoals MAITLAND het aantoont (*Equity*, blz. 8). *„In the course of the sixteenth century we begin to learn a little about the rules that the Chancellors are administering in the field assigned to them. They are known as ‚the rules of equity and good conscience'."*

(113) ALLOTT, blz. 197. Duncan M. DERRETT, *op. cit.*, blz. 149, *„it is evidently a piece of incompetent draftmanship, and what the legislature meant to say was that customs should be binding if they were not repugnant to natural justice, ius naturale".*

(114) SNELL, *op. cit.*, blz. 4.

(115) SNELL, *Principles of Equity*, blz. 3 en 4.

de bevoegdheid te hebben *equitable principles* in het gewoonterecht in te voeren ; van dergelijke interpretatie getuigt een artikel in de *Journal of African Administration* (116), waar de schrijver beweert dat *„if the courts decide that a custom is repugnant they have to fall back on the principles of justice, equity and good conscience in deciding the case before them.*" Niets echter geeft de rechter die bevoegdheid. Zoals Lord ATKIN het zegt in het geval *Eshugbayi Eleko v. Government of Nigeria,* dat voor het *Judicial Committee* van de *Privy Council* werd behandeld : *„If it (the customary law) still stands in its barbarous character it must be rejected as repugnant to natural justice, equity and good conscience. In other words, the court cannot itself transform a barbarous custom into a milder one"* (117). Volgens de wetteksten kunnen inderdaad de positieve beginselen van *justice, equity and good conscience* slechts aangewend worden *„where no express rule is applicable to any matter in controversy"*, wanneer dus over een bepaalde rechtsvraag het traditionele recht geen uitspraak geeft (*residual clause*) (118). In het Kongolese recht mag integendeel naar billijkheid geoordeeld worden.

Als nu in de jurisprudentie de gevallen opgespoord worden, waarin de *repugnancy clause* gespeeld heeft, ontdekken we dat in Kongo hiervoor eveneens de exceptie op grond van de openbare orde zou gebruikt geweest zijn. Er zijn vooreerst de gevallen waarin de rechter het aspect *natural justice* benadrukt (hij noemt het soms : *substantial justice, the essence of justice, fundamental justice, universal justice, rational justice, the principles of British justice, rough justice*) : de normen die op het slavernij-instituut steunen, op de Osu-cultus (in Oost Nigeria) – die een pariaklasse in het leven roept – ; het doden van tweelingen, de ontkenning van het verjaringsinstituut (119) ; overdreven straffen (in Kongo voorziet art. 19 D.I.R. dit geval) ; de rechtspleging druist in tegen de *substantial justice* in de gevallen waarvoor in Kongo zou vernietigd worden wegens de samenstelling van de rechtbank (wisseling van rechters tijdens de debatten) of wegens schending van de substantiële vormen (*nemo judex in causa sua, audi alteram partem,* weigering getuigen te aanhoren).

Dan zijn er de gevallen waarin het aspect *public policy and morality* in het licht gesteld wordt : het betreft daar de beginselen die beschouwd moeten worden *„as offending the tenets of christianity"* (120), wat dikwijls genomen werd in de zin van *„offending the sense of morality of the Western world"* (121). Er is op dit gebied in het verleden onrechtvaardigheid begaan,

(116) HANNIGAN, The present system of succession amongst the Akan people of the Gold Coast, *J.A.A.* 1954, 166-171, aangehaald door DANIELS, blz. 280.
(117) (1931) A.C. 662, tot 673. Deze stugge houding wordt verbeterd door aanneming van de *„Severance doctrine"*, zie lager nr 365.
(118) Zie over de „residual clause", nr 364.
(119) DUNCAN, P. *Sotho Laws and customs,* Kaapstad, 1960, blz. 115.
(120) DANIELS, blz. 281.
(121) DANIELS, blz. 282.

omdat velen overtuigd waren dat „*morality and justice must of course mean British and not African conceptions of these*" (122). Men zag een Afrikaanse rechtsgewoonte door een Britse bril : zo begrijpt men dat toch nog niet zó lang geleden de Zuidafrikaanse rechtbanken bij gebrek aan elementaire antropologische kennis de bruidsprijs beschouwden als een aanbod voor „*the immoral purpose of cohabitation with a woman*" (123). En men denkt aan de woorden van Théodore MONOD (aangehaald in het voorwoord van *Karim, roman sénégalais*) :

> „Dans notre sotte – et paresseuse – passion de la généralisation abstraite, nous sommes persuadés qu'un système d'enseignement, un mode de scrutin, un code, un régime, sont ‚en soi" et automatiquement salutaires à la totalité du globe . . ."
>
> „Persuadés que notre civilisation est non seulement la seule bonne, mais la seule possible, nous acceptons volontiers de la voir dans une conquete planétaire, se substituer à toutes les autres . . . Or c'est ici le centre du problème. Il ne s'agit nullement en effet d'appauvrir l'humanité en assurant le triomphe d'un seul des aspects possibles de la culture humaine, mais bien plutôt de permettre à chaque élément de la famille terrestre d'apporter au concert commun, pour en enrichir l'ensemble, ce qu'elle possède de meilleur. Au terme par conséquent d'un choix, d'un tri, chaque culture devant à la fois ne retenir de son propre patrimoine que ce qui mérite de l'etre et n'accepter de l'influence extérieure que ce qui est organiquement assimilable et peut enrichir son âme."

Welk zal dan het criterium zijn ? Het is wellicht leerrijk hier inzage te nemen van de raadgevingen die een Afrikaans jurist, professor aan de Ghanese rechtsfaculteit, de toekomstige rechters meegeeft (124) :

> „It is admitted that the use of the repugnancy clause is beneficial in many cases in pruning down and abolishing some unpleasant instances of customary law, but it must also be mentionned that the repugnancy clause, like its English counterpart of public policy, may be an „unruly horse" which may carry its rider he knows not where.
>
> *Negative aspects of the judge's role.* – The judge must not condemn a custom merely because it does not accord with a European mode of life, or offends against the stringent domestic policy of England. The standard by which it is judged must depend on the conception of justice held by the people concerned. He must not rely too heavily on previous decisions, for that prevents the evolution of customary law, and it may prevent him from dealing with a novel situation. He should use reported decisions as a guide.

(122) Sir Sidney ABRAHAMS, The colonial legal service and the administration of justice in the colonial dependencies, *J. Comp. Leg. and I.L.*, 1948, blz. 8.

(123) *LEWIN, Studies in African Native Law,* Cape town, 1947, blz. 108 ; cfr. Hof van Beroep van Frans West Africa, 30 juni 1914, *Dareste,* 1915. 3.38, *Penant,* 1914, I, 328, met noot DELAFOSSE ; vergelijk met Boma 21 juli 1900, *jur. Etat I.*, blz. 90 ; Elis., 8 oktober 1913, *Jur. Congo* 1921, blz. 321.

(124) DANIELS, blz. 284 ; De auteur refereert aan het werk van LLOYD, D.,'*Public Policy,* blz. 121 v.

The question whether a customary law is repugnant or not must not depend solely on the conscience of a judge, for (and if we may adapt a passage from Selden's Table Talk on the Chancellor's Conscience) one judge has a long foot, another a short foot, and a third an indifferent foot – it is the same thing with the judge's conscience. In other words, the judge must not indulge in the subjective test. But he must not be bound to observe a custom of the community if he is satisfied that the custom or opinion is abhorrent to right-thinking people. Otherwise, to give an example from the Southern States of America, a judge might have to favour lynch-law.

In other words, the judge must not follow mass opinion on a particular custom when it is clearly in error.

Finally, the judge need not make a sort of extra-judicial inquiry as to prevailing moral concept on every occasion.

Positive aspects of the judge's role. – In arriving at a decision as to whether a customary law is repugnant or not, the judge should consider the social consequences of the custom pronounced as to its probable results.

Although the judge is not expected to hold a public inquiry into the alleged customary rule, he must try to get the best evidence possible from reliable and expert witnesses.

He is expected to maintain a high degree of impartiality and to seek, as best as he can, to apply not his individual moral or ethical conception, but that which his training, background and knowledge lead him to believe to be in accordance with customary morality and the general conscience of the community."

323. RECHTSPRAAK.

Als voorbeeld kan misschien een recent arrest uit Gambia dienen, waarin de gedwongen clitoridectomie *repugnant* werd verklaard (in onderhavig geval weigerde de rechter als rechtvaardiging voor een als onrechtmatig aangeklaagde daad de gehoorzaamheid aan een rechtsgewoonte te aanvaarden) (125).

Nog een paar vonnissen om als vergelijkingsmateriaal te dienen (126) :

In *Soedan* mag naar Joods recht een onvolwassen meisje gehuwd worden, mits toestemming van de vader ; deze rechtsregel werd strijdig met de *justice, equity and good conscience* verklaard (127). In Soedan is naar Koptisch recht de gemeenschap van goederen het opgelegde huwelijksgoederenstelsel : „Traditionally, the adoption of this system was automatic and compulsory (. . .) The burden of proving the existence of a compulsory system of community among the Sudanese Copts would be a very heavy one indeed, particulary because such a rule is unknown to the Sharia, to the

(125) *„Forcible female circumcision", J.A.A.*, lente 1964.

(126) Zie hoger, noot 81 . *Gwao bin kilimo v. Kisunda bin Ifuti* (inbeslagneming van goederen van de vader van de schuldenaar) ; lager, nr 336 : *Amachree v. Kallio* (exclusieve visserijrechten).

(127) FARRAN, *Matrimonial laws of the Sudan*, London 1963, blz. 100.

common law in the Sudan, and to that of the other excepted communities. *It might well be considered to be contrary to Sudanese public policy* . . . It seems that there could be no objection to an optional system of community of goods among the Sudanese Copts, but the presumption of our system would be in favour of the separation of goods, so that parties wishing to create a community of goods would have to do so by an express contract to that effect." (128) De wettiging van overspelige kinderen zou strijdig zijn met de Soedanese openbare orde (*public policy*) (129). De *muta* (huwelijk voor een bepaalde termijn) der Sjiitische mohammedanen eveneens (130).

In Nigeria verklaarde het Federale Hoogste Gerechtshof een *maliki*-rechtsregel, die personen beschuldigd van baanstroperij (*hiraba, high way robbery*) het recht ontzegde, zich te verdedigen, ongeldig (131). In *Edet v. Essien* (132) had eiser voor een vrouw de bruidsprijs betaald en haar gehuwd. Ze verliet hem en trouwde met een andere van wie ze twee kinderen had. Eiser beweerde volgens een gewoonterechtsregel (*a rule of native law and custom*) recht te hebben op de bewaking (*custody*) van deze kinderen, vermits de bruidsprijs hem niet terugbetaald was. De rechter was van het bestaan van deze regel niet overtuigd, doch zelfs zo hij het geweest was, zou hij die niet toegepast hebben, daar hij hem strijdig vond met de *natural justice, equity and good conscience.* In *Re Effiong okon Ata* (133) verwierp de rechter de regel die de ex-eigenaar van een slaaf toestond, diens persoonlijk bezit te beheren na zijn overlijden ; hetzelfde deed zich voor het West-afrikaanse Hof van Beroep voor in het Ghanese geval *Koolieh v. Affram* (134), waarin de eiser, de Omanhene van Kumavu, zijn vordering grondde op het feit dat de erflater zijn *Ahinkwa* geweest was (een ceremoniële dienaar, vroeger een beul), en oorspronkelijk verbonden was geweest aan zijn troon. In beide gevallen was de rechter de mening toegedaan dat het rechten van slaveneigenaars betrof en hij weigerde ze als rechtsgeldig te beschouwen.

In *Dawodu v. Danmole* (135) was noch het Federale Hoogste Gerechtshof, noch de gerechtelijke afdeling van de *Privy Council* bereid de beslissing van de lagere rechter te bevestigen, die wegens strijdigheid met de algemene orde de Yoruba-gewoonte, bekend als *Idi-Igi,* verworpen had, volgens welke de bezittingen van een erflater met 4 vrouwen en 9 kinderen verdeeld moesten worden in 4 delen en niet in 9 ; rechter Jibowa stelde vast dat *Idi-Igi* gegrond was op het beginsel van gelijke behandeling der vrouwen, maar dat

(128) *Ibid.*, blz. 277 (cursiv. van mij).
(129) *Ibid.*, blz. 298.
(130) *Ibid.*, blz. 4.
(131) *Guri v. Hadejia Native Authority* – (1959) 4 *F.S.C.* 44 – aangehaald in PARK, blz. 71.
(132) *Edet v. Essien* – (1932) 11 *N.L.R.* 47, aangehaald door PARK, blz. 71.
(133) *Re Effiong Okon Ata* – (1930) 10 *N.L.R.* 65, aangehaald door PARK, blz. 71.
(134) *Kodieh v. Affram* – (1930) 1. *W.A.C.A.* 12.
(135) *Dawodu v. Danmole* – (1958) 3 *F.S.C.* 46 ; (1962) 1 *W.L.R.* 1053.

dit niet te verenigen was met de „moderne gedachte" volgens dewelke de basis van de verdeling gelijkheid zou zijn tussen de kinderen van de de cujus (dit was de basis van een alternatieve gewoonte, *Ori-Ojori*).

Een geval uit Zuid-Afrika tenslotte : *Mcitakali v. Nkosaviboni* (136) : een man die vee bezit dat aan een ander toebehoort, is verplicht het dier te vervangen dat zogezegd een natuurlijke dood is gestorven, indien hij het niet onmiddellijk aan de eigenaar gemeld heeft. Zulke vordering tot vervanging zou verworpen worden indien het dier in feite klaarblijkelijk een natuurlijke dood stierf ; *„in these circumstances this law is deemed contrary to natural justice."*

324. HET GEBRUIK VAN HET BEGRIP DOOR DE GEWOONTERECHTBANKEN.

Welk gebruik er eigenlijk gemaakt wordt van de openbare orde (in de zin van artikel 18 en 35 D.I.R.) in het dagelijks leven van de lagere rechtbanken, vernemen wij bij Professor GLUCKMAN (blz. 243). Uit de volgende passus kan besloten worden dat de gewoonterechtbanken bewust zijn van de ontwikkelingsnoodzaak van het traditionele recht ; dat zoals in Kongo de lagere rechtbanken weinig of geen beroep doen op het wettelijk begrip, wel echter verwijzen naar de wensen van „de witmens", en dat het de districtsrechter is die dat begrip moet hanteren. Hij heeft er blijkbaar geen misbruik van gemaakt.

> „On the other hand, I have recorded cases in which the courts have deliberately held that old customary law has become obsolete because it *conflicts with modern conditions.* In ‚the case of the father and his son's cattle' the court held that a father no longer has property rights which he can dispose of to a third party, in cattle bought by his son, so that he cannot therefore vary the customarily established reward to a herder of these cattle without consulting his son. He may still use the cattle for himself. Again, on a case stated by a sub-district induna the kuta ruled that a dead man's kin are no longer responsible for his debts, and that they cannot therefore be held liable for a judgment of damages against him if he dies. In both these decisions the kuta seemed to be altering customary law partly to accord with changed economic and social facts in Loziland, and partly in deference to what it believed to be the rulings of the British Government that people should retain their own faults. Similarly the court held for the ‚Disrespectful Induna' that present-day needs to earn money alter the manner in which men fulfil their duties to overlords. But women do not yet customarily work for wages or earn money by trade, save of illegal beer : hence a woman's guardian is still liable for her debts, damages and fines.

(136) (1951) *N.A.C.* (S.D.) 298 ; aangehaald door SEYMOUR, blz. 35. Voor een gelijkaardig Kongolees geval, zie nr 184. Zie verder aangehaalde gevallen van overdracht van vaderlijke macht, erfrecht van overspelige kinderen, concubinaat, erfhuwelijk.

The kuta in its arguments that a father no longer has full property rights in his son's earnings, and that a man's kin are no longer liable for his debts, also quite clearly stated that these customary rules were unreasonable in the circumstances of modern life. Some judges even implied that these rules were inconsistent with, and contradicted, modern ways of life – of earning and disposing of property. To some extent then, the kuta does apply the standard of reasonableness to custom, and in this it includes ideas that customs should not be contrary to modern ideas of morality and public policy. Again, I have not many clear cases to validate this statement, but it arises from my whole perspective of the kuta's judicial work and of discussions of Lozi jurisprudence. Normally a Lozi court would not subject Lozi customs themselves to this test, but it does so submit *the cu toms of other tribes.* I have cited above statements of Lozi authorities that they would not allow suits arising out of the Wike custom which entitles circumcision-mates to have access to each other's wives, or out of the saturnalia of the circumcision-ceremonies. Similarly they would not admit suits arising from Lubale (137) or Ila customary agreements to give access to a wife in return for a similar, or another, service.

I have heard a Lozi kuta refuse, on similar grounds, to uphold a Lubale man's suit for return of gifts given to the parents of a girl betrothed in her infancy to him, when the girl refused to marry him. The kuta held that infant betrothal was immoral, and it was unreasonable to except a girl to marry a man selected thus for her. But this custom is also directly contrary to Lozi law established by King Lewanika (d. 1916), though I am uncertain whether he barred infant betrothal by statute or by judicial decision.

The recognition of the customs of other tribes was dicussed above, when I described Lozi ideas which correspond to some extent with the *jus gentium.*

One the whole, therefore, allowing for the fact that Lozi law is so largely based on unrecorded custom, the courts implicitly apply to custom many of the standard tests we know, before they accept a custom as legal. Custom must be certain and definite and established, it must attach to a group or category of persons, it must not be contrary to statute or established principle of law, it must be reasonable and moral ; and preferably it should be graced with antiquity. In practice if it is not so graced, the courts may confer grace upon it.

I have listed the above conditions under which Lozi courts will recognize customary rules as legal rules, without referring to the provision in Section 12 (a) of the Barotse Native Courts Ordinance that : „a native court shall administer the native law and custom prevailing in the area of the jurisdiction of the court, so far as it is not repugnant to justice or morality or inconsistent with the provisions of any Order of the King in Council or with any other law in force in the Territory."

I have done so to emphasize that I believe the evidence, though it is uncertain, indicates that the processes I have described above were at work in the past. The

(137) „In Epstein's Study of the Administration of Justice and the Urban African, *op. cit.*, p. 49, he cites an Urban Court's refusal to entertain such a case on grounds of good morals, and he indicates that Lubale courts would no longer do so. Below I cite a report by Jalla that a Lozi king who ruled over a century ago enacted that an adulterer's wife must have intercourse with his cuckold : modern Lozi deny knowledge of this."

safeguard in the Ordinance's provision is theoretically a further test to which customary rules should be subjected before they are enforced as legal rules : in practice, I have never heard the provision explicitly referred to, but Lozi courts constantly support their decisions by saying that the Whites agree with that they rule, and they also in other cases state that the Whites disapprove of and do not allow certain things. Most Lozi councillors have a rather haphazard knowledge of the provisions of Orders of the King in Council and other laws in force in the Territory, and they have only been able to glean vague ideas of what is repugnant to the justice and morality of the Whites, save for a few well-known principles and prejudices. The latter point is illustrated by INYUNDWANA's rebuke of the Violent Councillor SAYWA : Nowadays with the White people here a whip is never taken for adults, only for children. This is in fact true of English law.

Obviously the safeguard in this provision of the Ordinance is likely principally to operate when cases are reviewed by District Commissioner or the High Court. Nevertheless, despite ignorance of details, the kuta does have general knowledge of the more important relevant statutes deriving from British overlordship, and of the main repugnances of British disbelief in sorcery charges, though it does not always prosecute magnicians and diviners.

I have not heard of the Provincial Commissioner or High Court rejecting on appeal any decision of a Lozi kuta, on the grounds that it contravened the safeguard of repugnancy to natural justice or morality, though kuta decisions have been upset for exceeding the powers of the Barotse Authorities under the 1936 Ordinances (see ‚The Case of the Watchtower Pacifists').

I have a record of one British administrative refusal to support a legal claim by the kuta. In a proclamation in 1906 Lewanika gave effect to an agreement with the Government to set free all ‚slaves' (serfs) held by the Lozi, but each person was to pay £ 2 to his or her former master. The Government rejected a request from the Lozi authorities to help them seize, and compel payment of the £ 2 due by escaped ‚slaves' on the grounds that slavery was repugnant to British ideas of justice, and nothing would be done to connive at slavery."

Afdeling III. DE KOLONIALE OPENBARE ORDE IN DE KONGOLESE RECHTSPRAAK

„The role of the colonising power in an African country is not only to establish the reign of peace, order and justice – the essential task of every government – but it is in addition and above all to substitute for the indigenous conceptions of order and justice new conceptions that conform to an ideal of civilization that is foreign to them."

Pierre RYCKMANS, aangehaald in HERSKOVITS, *The human factor in changing Africa*, New York, 1962, blz. 227.

§ 1. De gepubliceerde rechtspraak

325. PLAN.

Wanneer men zich afvraagt in welke gevallen de techniek der koloniale openbare orde gespeeld heeft, en de uitgegeven Kongolese rechtspraak naslaat, komt men tot de bevinding dat men die gevallen onder twee rubrieken kan verdelen : er zijn ten eerste gewoonterechtsregels die de fundamentele rechten van de mens krenken zoals die heden ten dage opgevat worden ; vervolgens zijn er de rechtsgewoonten die niet in overeenstemming zijn met een bepaalde gewoonterechtelijke politiek.

A. DE RECHTEN VAN DE MENS

326. STRIJDIGHEID MET DE GRONDWET.

De rechter hoeft heden voor deze categorie het begrip openbare orde niet meer te gebruiken. Als hij ten opzichte van een bepaalde regel de negatieve mening van zijn koloniale voorganger deelt, is het hem voldoende, te zeggen dat de bedoelde norm een recht dat door de grondwet aan allen gewaarborgd wordt, krenkt en dus onverzoenbaar met de grondwet is. In

tegenstelling tot de grondwet van Luluaburg heeft echter de grondwet van 1967 de fundamentele rechten zodanig beperkt dat de rechter eerder naar het preambule zal moeten verwijzen.

Zouden nu als strijdig beschouwd worden met artikel 6 van de grondwet, dat het recht op leven en op fysische integriteit waarborgt, en alle folteringen, onmenselijke of vernederende behandelingen verbiedt : het doden van een overspelige vrouw (138), van een bloedschendig kind (139), van een kind wiens bovenste tanden eerst groeiden (hetgeen ongeluk over de familie heet te brengen) (140), van een kind om magische redenen (om namelijk een bewijs te vinden dat men zelf de hachelijke beschuldiging van hekserij niet verdient) (141) ; de bloedwraak (een inlandse rechtbank mag een levensberoving die door een rechtbank van geschreven recht als moord werd bestraft, niet als door de gewoonte gerechtvaardigd beschouwen) (142) ; de bestraffing door de vader van een jeugdige dief, die erin bestaat hem de handen samen te binden in een strobundel die in brand gestoken wordt (143) ; het afranselen door een man van de minnaar van zijn echtgenote (144).

Zouden indruisen tegen artikel 8, dat de persoonlijke vrijheid waarborgt :

De vereiste van een toestemming van het dorpshoofd om elders (in casu in het missieziekenhuis) de besnijdenis te ondergaan (145) ; het verbod het gewest te verlaten vooraleer een schuld betaald is (146) ; het gebod aan een vrouw om bij haar vroegere minnaar te gaan inwonen (147).

Druisen in tegen artikel 7 dat de slavernij en gelijkaardige toestanden (148) verbiedt, alsmede de dwangarbeid : de „uguaka"-overeenkomst, volgens dewelke hij, die iemand de bruidsprijs heeft voorgeschoten en niet terugbetaald werd, de vrouw en de kinderen van de schuldenaar toegewezen krijgt (149) ; de inpandgeving van zijn echtgenote aan de schuldeiser (150) ; de inbetalinggeving van het kind van de schuldenaar aan de erfgenaam van de

(138) Districtsrb. Opper–Kat., 26 augustus 1935, *B.J.I.* 1939, blz. 138, met noot (de moeder van de overledene mag aanspraak maken op schadevergoeding vanwege de minnaar).
(139) Districtsrb. Congo–Ubangi, 21 september 1932, *B.J.I.* 1933, blz. 21 met noot.
(140) Districtsrb. Lualaba, 1 augustus 1935 ; Elis. 18 september 1935, *B.J.I.* 1935, blz. 137.
(141) Elis. 22 juni 1915, *Jur. Col.* 1926, blz. 39 ; Districtsrb. Uele 30 juni 1942, *B.J.I.* 1946, blz. 257.
(142) Parketrb. Alb., nr 74, 13 februari 1937, *B.J.I.* 1937, blz. 94, met noot (het gaat om het beginsel) dat de moordenaar niet erven mag van zijn slachtoffer ; we merken op dat de rechtbank a priori, het beginsel van geschreven recht toepast *„le mort saisit le vif"*).
(143) Districtsrb. Lualaba, 25 april 1939, *B.J.I.* 1941, blz. 24.
(144) Elis., 18 december 1934, *B.J.I.* 1935, blz. 69, met noot.
(145) Gewestrb. Gungu, 23 september 1955, *B.T.C.* 1960, blz. 387, noot contra.
(146) Parketrb. Kivu, 10 januari 1947, *B.J.I.* 1947, blz. 29.
(147) Parketrb. Cost., 14 november 1942, *B.J.I.* 1943, blz. 63, met noot.
(148) Cfr. PAUWELS, nrs 392-409.
(149) Gewestrb. Masisi, nr 259, *B.J.I.* 1941, blz. 77.
(150) Centrumrb. Elis., nr 15706, 12 juli 1950 ; Gewestrb. Elis., 18 juli 1950, *J.T.O.* 1951, blz. 199 ; *B.J.I.* 1952, blz. 326, met noot.

schuldeiser (151) ; de inbetalinggeving van de vrouw van de overspelige als schuldvergoeding voor zijn daad (152) ; het eisen van overdreven prestaties van een „pachter" (153) ; de arbitraire eis voor de hoofdij te werken (154) ; het bevel van een hoofd aan een dorpscapita om zijn mensen voor een handelsonderneming te doen werken (155). Uit het verbod van slavernij (156) heeft de rechtspraak afgeleid dat de bruidsprijs van de natuurlijke dochter van een slavin aan de mannelijke familieleden van de moeder moest toekomen, en niet aan de oud-meester (157) ; dat het toekennen van de bruidsschat aan de meester van de slavin die niet om haar vrijheid gevraagd heeft, strijdig was met de openbare orde (158), echter niet het recht van de meester op vergoeding bij vrijlating van een slaaf vanwege diens familieleden (159). De terugvordering van de aankoopprijs van een slavin, omdat ze reeds na een jaar teruggestuurd werd naar haar meester om er te sterven, werd niet ingewilligd (160).

Past een met de openbare orde strijdige gewoonte toe, de rechtbank die een institutie, genaamd „Basi na Masanga" (wijnvrouwen), sanctioneert, volgens dewelke vrouwen verhuurd worden na overdracht door de kandidaat-huurders van één of meer kallebassen palm- of raffiawijn. De eiser vroeg veroordeling van zijn vrouw die gedurende een jaar geweigerd had zijn karweien uit te voeren : „*attendu que l'esclavage domestique s'il n'est pour des raisons de politique indigène et d'opportunité pas encore sanctionné par la loi, n'en est pas pour autant reconnu de sorte que celui qui se réclame de cette institution ne peut obtenir aucune protection auprès des tribunaux pour faire reconnaître son autorité ou les droits qui en découlent ; l'entrée du prétoire devant lui être radicalement refusée*" (161), werd hem geantwoord.

Zouden indruisen tegen artikel 10 van de grondwet, dat de vrijheid van mening, van geweten en van godsdienst waarborgt : de gewoonte die de echtscheiding zou weigeren aan een vrouw van een polygaam (waarvan het huwelijk vóór 1950 plaatsgreep) wegens haar bekering tot het christen-

(151) Parketrb. Noord–Kivu, 1 december 1954, *B.J.I.* 1958, blz. 203, noot J.S.
(152) Gewestrb. Pangi, juni 1937, *B.J.I.* 1953, blz. 131.
(153) Parketrb. Ruanda, 12 november 1951, *J.T.O.* 1952, blz. 23, met noot ; *B.R.U.* 1953, blz. 586, met dezelfde noot van A.S.
(154) Parketrb. Kivu, 7 maart 1950, *B.J.I.* 1952, blz. 245 met noot.
(155) Parketrb. Kabinda, 19 oktober 1950, *J.T.O.* 1951, blz. 1478, met noot.
(156) Parketrb. Opper–Lomami, 4 oktober 1957, *J.T.O.* 1958, blz. 59. Parketrb. Lualaba, 30 december 1950, *J.T.C.* 1951, blz. 200, met noot.
(157) Gewestrb. Bukama, 10 juni 1948, *B.J.I.* 1950, blz. 319, met noot. Zie : *Re Efiong Okon Ata* (1930) ; *Koolieh v. Affram* (1930), supra, nr 323.
(158) Gewestrb. Kongo, *B.J.I.* 1933, blz. 10 met noot, contra.
(159) Hoofdijrb. Tshipao (Kafakumba), 21 juli 1936, *B.J.I.* 1939, blz. 96, met noot.
(160) Centrumrb. Pania–Matombo, nr 32, *B.J.I.* 1933, blz. 117, met noot.
(161) Parketrb. Ubangi, 30 januari 1956, *J.T.O.* 1957, blz. 27.

dom (162) ; de verplichting voor een man zich te onderwerpen aan het zuiveringsritueel „Tungam, ele", omdat de dood van zijn zwangere vrouw a priori toegeschreven wordt aan zijn vermeende ontrouw (163). De overlijdensvergoeding „Katwe" daarentegen werd niet strijdig met de openbare orde verklaard, omdat men er een compensatievergoeding in zag (164). Halen we nog het geval van een nieuwe gewoonte aan : *„ne viole pas l'ordre public, ni aucune disposition légale, le jugement qui constate que, d'après la coutume, le mariage religieux est indissoluble et fait application de cette coutume*" (165).

Druisen in tegen artikel 12 van de grondwet, dat het recht op huwelijk waarborgt en de vrije toestemming der echtgenoten bij de voltrekking ervan (166) : het roofhuwelijk (167) ; de verplichting voor de weduwe de broer van haar overleden echtgenoot te huwen (168) ; de ontkenning van het recht van een verloofd volwassen meisje, haar toestemming tot het huwelijk te weigeren (169) ; de erkenning der geldigheid van het huwelijk van een meisje dat nog tijdens haar onvolwassenheid met bruidsprijs verloofd werd, maar dat nooit haar toestemming gaf, en wiens huwelijk nooit fysisch voltrokken werd (170) ; de erkenning van de geldigheid van het huwelijk tussen een volwassene en een onvolwassen meisje, dat samenleving met zich

(162) Parketrb. Lualaba, 24 februari 1937, *B.J.I.* 1938, blz. 263, noot contra. Parketrb. Kabinda, 22 augustus 1954, *J.T.O.* 1955, blz. 11, met noot. Parketrb. Zuid Kivu, 14 maart 1959, *B.J.I.* 1959, blz. 102.

(163) Gewestrb. Sampwe, 20 september 1934, *B.J.I.* 1935, blz. 68 met noot. Zie daarentegen : Parketrb. Opper–Lomami, 17 augustus 1953, *B.J.I.* 1957, blz. 118, met noot.

(164) *Ibid.*, Zie ook Parketrb. Sandoa, 26 juli 1931, *Rev. Jur.* 1931, blz. 284 ; Contra : Parketrb. Opper–Lomami, 9 april 1956, *J.T.O.* 1957, blz. 121.

(165) Parketrb. Bukavu, 14 juli 1953, *J.T.O.* 1953, blz. 146, met noot.

(166) Parketrb. Maniema, 9 juli 1953, *B.J.I.* 1960, blz. 146 ; Parketrb. Zuid Kivu, 22 januari 1953, *B.J.I.* 1955, blz. 78, met noot. Het weze hier opgemerkt dat de parketrechter soms al te vlug een vonnis vernietigde omdat zogezegd de vrije toestemming niet aanwezig was : zie Parketrb. Luapula–Mwero, 29 september 1958, *B.J.I.* 1961, blz. 47, met noot. In het vernietigde vonnis gaf de rechtbank een injunctie om de toestemming der familie in het dorp van herkomst te gaan halen, wat in haar bevoegdheid ligt.
Voor een zelfde rechtsregel in Zuid Afrika : SEYMOUR, blz. 73 : *„without consent of the bride there is no valid union. This rule is applied in the interests of public policy, even in areas where no express legislation exists" (Sila v. Masu'u,* 1937). Zie ook : MERCIER, P., Le consentement au mariage et son évolution chez les Betammadibe, *Africa* 1956, blz. 219.

(167) Beroep Ruanda-Urundi 12 november 1948, *B.R.U.* 1949, blz. 412, met noot.

(168) Parketrb. Kibali-Ituri 27 juni 1951, *J.T.O.* 1952, blz. 80, met noot. Parketrb. Kasaï, 27 januari 1953, *J.T.O.* 1953, blz. 106, met noot.
Voor analoge rechtsregels in Zuid–Afrika : SEYMOUR, blz. 186 : „Since a widow continues to keep her status as „wife" at her husband's kraal after his death, she is expected to continue to give effect to one of the main objects of matrimony, namely, the procreation of children ; no widow who is young enough to bear children is required to live a chaste life after her husband's death. In most tribes however, custom leads her husband's relatives to prefer that such children should be fathered by a man of their own blood, rather than by an outsider to the family group to which they belong. If possible, therefore, she will be induced to accept, as a consort one of her husband's male relatives. She cannot be compelled. Forcing widow into UKONGENA relationship is contrary to Public policy and natural justice (*Mkize v. Mohlala,* 1938).

(169) Gewestrb. Masisi, *B.J.I.* 1941, blz. 100.

(170) Parketrb. Zuid Kivu, 22 januari 1953, *B.J.I* 1955, blz. 78, met noot.

brengt (171) ; de ontbinding van het huwelijk tegen de wil der echtgenoten (172). Niet tegenstrijdig met de openbare orde werd de gewoonte verklaard die de vrouw het recht ontzegt zelf, zonder toedoen van haar rechthebbenden, de echtscheidingsprocedure in te spannen ; die eist dat de ouders gehoord worden bij de echtscheiding (173). Tegenstrijdig met de openbare orde werd de gewoonte verklaard die toelaat de echtscheiding uit te spreken zonder dat de vrouw gehoord werd (174). Niet tegenstrijdig werd de gewoonte verklaard die de familie toestaat de echtscheiding uit te lokken, indien de man zich te ver gaat vestigen (175).

B. DE GEWOONTERECHTELIJKE POLITIEK

327. DE SCHULD BIJ BURGERLIJKE AANSPRAKELIJKHEID.

In een tweede categorie groeperen we de gevallen waarin een vonnis vernietigd werd omdat een rechtsregel was toegepast die naar de opvatting van de rechter onverzoenbaar was met de te voeren gewoonterechtspolitiek. Eerst worden een viertal gevallen uitvoeriger aangehaald.

Singi t. Momboya (176)

Mafuta, minnaar van de vrouw Kombo, vond bij opgravingen in zijn perceel een bom, die hij als waardeloos voorwerp terzijde legde. Voor de inlanders was dit inderdaad een onschuldig stuk ijzer, dat niet als bron van gevaar werd beschouwd ; het bleef twee jaar lang ter plaatse liggen. De dag van het ongeluk ontstak Momboya een vuur op dat perceel om water te warmen ; de emmer stond zoals gewoonlijk op een soort driepikkel. Toen brak een poot van de driepikkel, en om de ketel te ondersteunen, gebruikte Mombaya het eerste geschikt voorwerp dat onder zijn bereik viel, namelijk de bom. In zijn haast om het warme water naar zijn bedlegerige vrouw te brengen, zou hij Kombo's kind geroepen hebben om het vuur in zijn plaats te doven. Na het vertrek van Momboya nam het kind Zoao de gelegenheid te baat om nog een aardappel te roosteren, toen, op het ogenblik dat hij het vuur begon te doven, de bom ontplofte en het kind doodde. Dit gebeuren leek in de ogen der inlanders onbegrijpelijk. Moeder Kombo, wiens rechthebbende, Singi, de eiser is in het geding, beschuldigt Momboya een behekser

(171) Parketrb. Opper–Katanga, 30 juli 1953, *J.T.O.* 1954, blz. 28, met noot.
(172) Parketrb. Kibali-Ituri 3 april 1951, *J.T.O.* 1952, blz. 166, met noot.
(173) Parketrb. Elis., 31 oktober 1944, *B.J.I.* 1944, blz. 283, met noot.
(174) Parketrb. Opper–Luapula, 25 mei 1955, *J.T.O.* 1956, blz. 109.
(175) Gewestrb. Kongolo, 31 juli 1931, *B.J.I.* 1933, nr 2, blz. 34, met noot ; nr 3, 1933, blz. 44, met andere noot contra.
(176) Gewestrb. Leopoldstad, 1 maart 1955, *J.T.O.* 1955, blz. 105, met noot A.S.

te zijn (177) ; ze beweert dat indien hij gedaan had wat hij normalerwijze behoorde te doen, namelijk zelf het vuur doven, haar kind niet gestorven zou zijn ; hij is dus aansprakelijk.

Het enige element waarop in het gewoonterecht de verantwoordelijkheid gesteund is, wordt uitgemaakt door een band, zelfs een toevallige, tussen de steller van een daad en het slachtoffer : *„attendu que, dès que ce lien était créé, soit qu'il fut intentionnel sous la forme d'obligation réciproques ou unilatérales, sous la forme de simple invitation, soit qu'il fût non intentionnel et naquît à l'instant même de l'événement intervenu, la responsabilité était entraînée pour tout acte, même en l'absence de faute, et même pour l'acte involontaire ; que le champs de la responsabilité en droit coutumier dépasse en étendue celui de la responsabilité en droit moderne, en ce qu'elle n'est ni abolie ni diminuée par le cas fortuit*". Een persoon is gewoonterechtelijk dus aansprakelijk, niet voor de gevolgen van zijn fout, maar voor de gevolgen, zelfs de onrechtstreekse, van zijn daden, ook wanneer hem niet de minste fout kan toegeschreven worden. Deze gewoonterechtsregel verklaarde de gewestrechtbank strijdig met de openbare orde, en de vordering werd ongegrond bevonden : *„attendu qu'en matière de responsabilité, l'ordre public s'identifie au principe de droit moderne qui exige que le rapport de causalité entre l'acte et le préjudice soit reconnu évident.*" (178)

328. DE SCHULDVERMOEDENS.

Blijven we even in het domein der quasi-delicten (179) met de volgende voorbeelden. Nemen we de schuldvermoedens in het gewoonterecht : indien een jager bijvoorbeeld een vriend ter jacht uitnodigt, en deze wordt door een slang gebeten en sterft, dan is de jager verantwoordelijk. Dit is eigenlijk niet vreemder dan de verantwoordelijkheid van de autobestuurder voor de lifter die hij meenam en in een ongeval betrok. De gewestrechtbank van Bukama kende een analoog geval (180) : F. had K., broer van de eiser, uitgenodigd om bij hem thuis bier te drinken ; K. stierf kort daarop. Eiser ziet in F. de verantwoordelijke voor de dood van zijn broer, en vraagt een geweer en 1.000 fr. als doodsvergoeding. De rechter veroordeelt, ten onrechte menen we, slechts tot één dezer vergoedingen ; *„attendu qu'en réalité F. n'est pas responsable de la mort de K. qui n'a pas été nécessairement provoquée par les libations ; attendu que les indigènes sont pourtant convaincus de la*

(177) Men vindt hier een toepassing van de *„force vitale"* – theorie van P. TEMPELS.
(178) Zie over deze causaliteitsopvatting : EVANS–PRITCHARD, E.E., *Witchcraft ;* ORDE BROWNE, G.St.J., *Witchcraft and British Colonial Law ;* ROBERTS, C.C., *Witchcraft and colonial legislation ;* MELLAND, F., *Ethical and political aspects of African Witchcraft,* in : speciaal nummer van *Africa,* nr 4, oktober 1935, blz. 417.
(179) Over het belang van deze vragen, zie MINEUR, G., Les dommages et intérêts coutumiers, *J.T.O.* 1959, blz. 129.
(180) Nr 658, 8 juni 1949, *B.J.I.*, blz. 91, met noot.

responsabilité de F. et qu'il serait inutile et dangereux de vouloir changer brusquement cette coutume ; attendu qu'il convient pourtant de changer cette coutume et d'habituer les indigènes à ce changement par les jugements des cas de cette espèce ; attendu que pour cela le tribunal peut commencer à réduire le taux de l'indemnité demandée." De gewoonte stelt dus een schuldvermoeden op ten opzichte van de inlander die een derde ontvangt, omdat de gastvrijheidswetten hem opleggen erover te waken dat aan zijn gast niets schadelijks zou overkomen. Om die gewoonte te doen veranderen verlaagt de rechter de schadevergoeding. De gewoonte is echter niet strijdig met de openbare orde, en moet dus toegepast worden. We zouden hier wel aan toe kunnen voegen : indien de gewoonterechtsregel zou voorzien dat het bewijs van het tegendeel onmogelijk is, zou deze regel tegen de algemene orde misschien kunnen verklaard worden.

Halen we in dezelfde zin nog een drietal onuitgegeven vernietigingsvonnissen aan van de parketrechtbank van Buta waarin het gaat om de verantwoordelijkheid voor een derde :

– „Attendu qu'il résulte du jugement a quo que le demandeur Motopaye avait remis son fusil à un certain mulâtre Antoine pour le réparer avec une provision de 100 fr. pour les frais de cette réparation ; que le dit Antoine ayant disparu avec les 100 fr. et le fusil, Motopaye avait cité au tribunal le nommé Bakwazanime lequel avait donné l'hospitalité au dit Antoine et se trouvait en sa compagnie au moment où le demandeur lui remit le fusil litigieux ; attendu que le Tribunal faisant droit à la demande a condamné Bakwazanime à payer au demandeur une indemnité de 1.500 fr., garantie par une contrainte par corps de vingt et un jours effectivement subie d'ailleurs, en le taxant de la responsabilité de la déconvenue du demandeur pour avoir donné l'hospitalité au mulâtre Antoine de passage dans la région et en quelque sorte l'avoir cautionné auprès du demandeur ; attendu que ce jugement rendant responsable un individu pour le fait culpeux de son hôte occasionnel d'une nuit est contraire à l'ordre public universel (. . .)" (181).

– „Attendu que le demandeur avait prêté sa bicyclette au fils du défendeur ; que les fils du défendeur a détérioré la dite bicyclette ; qu'en conséquence le nommé Kini demande réparation du préjudice qu'il a subi ; attendu que l'auteur des dégradations est absent ; que son père, le nommé Esoma, comparaît à sa place ; attendu que le tribunal condamne celui-ci non seulement à la réparation civile du préjudice causé par son fils, mais lui inflige également une sanction pénale de 30 jours de servitude pénale principale ; que le Tribunal motive son arrêt en se fondant sur l'absence de l'auteur, fils du défendeur ; attendu qu'en conséquence le Tribunal fait application dans la motivation d'un principe contraire à l'ordre public uni-

(181) Parketrb. Buta, 10 april 1958, nr 1263, onuitgegeven. Voor gevallen van verantwoordelijkheid van de leden van een groep voor een derde die van de groep deel uitmaakt, cfr. nr 318.

versel en infligeant à un père une sanction pénale réprimant l'infraction causée par son fils (. . .)" (182).

– Attendu qu'il résulte des éléments de la cause que dans le courant de janvier 1952, l'enfant Pili, âgé de huit à dix ans, jouait dans le champs appartenant à Itangayo, qu'il était en possession d'allumettes et qu'il mit le feu à des brindilles, provoquant une incendie qui détruisit un petit édifice en matériaux non durables, dans lequel le propriétaire avait enfermé sa récolte de maïs, laquelle fut complètement anéantie ; attendu que c'est à tort que le Tribunal a infligé une peine de servitude pénale principale d'un mois à Pili, ce dernier ne pouvant, en raison de son âge, être pleinement responsable ; que la coutume dont il a été fait application, est contraire à l'ordre public universel ; attendu que c'est à tort également que la femme Dayanda, mère de Pili, a été condamnée au paiement d'une amende de cent francs, sa responsabilité pénale n'étant pas engagée ; que d'ailleurs le Tribunal n'a pas motivé l'application de cette sanction, laquelle apparaît comme étant contraire à l'ordre public universel, attendu, en outre, que la responsabilité civile de Dayanda est constante et que si l'allocation d'une indemnité à Itangayo est dès lors justifiée, le montant de cette indemnité n'est nullement établi, la motivation du jugement entrepris étant muette quant à cette question et le demandeur n'ayant pas rapporté la preuve de l'étendue du dommage subi (. . .)" (183).

Mulongo t. Wakafuila (184)

329. DE ONWAARDIGHEID OM TE ERVEN.

De dood van Azeni werd in het dorp toegeschreven aan de boosaardige, occulte invloed van zijn broer Kimbayo. Uit wraak werd laatstgenoemde gedood door een andere broer (van verschillende moeder) van de overledene, Wakafuila.

Mulongo, de eiser in het geding, vraagt aan de rechtbank de goederen die tot de nalatenschap van zijn vader Azeni behoorden. Dit recht wordt hem betwist door Wakafuila, die beweert als enige overlevende broer (van verschillende moeder) volgens de gewoonte recht te hebben op die goederen. Deze stelling wordt door de gewestrechtbank gevolgd, en de vordering wordt afgewezen.

De gewoonterechtsregel die de moordenaar niet onwaardig verklaart om van het slachtoffer te erven, verklaart de parketrechtbank strijdig met de openbare orde, en het vonnis van de gewestrechtbank wordt vernietigd.

(182) Parketrb. Buta, 27 juli 1953, nr 1366, onuitgegeven. Voor een geval van inbeslagneming van goederen van de vader voor schulden van de zoon, cfr. noot 81.
(183) Parketrb. Buta, 10 mei 1952, nr 1220, onuitgegeven.
(184) Parketrb. Alb., 13 februari 1937, *B.J.I.* 1937, nr 3, blz. 94, met noot.

Impliciet, en ten onrechte, het beginsel van geschreven recht toepassend „le mort saisit le vif", redeneert de annulatierechter als volgt :

„Attendu que le raisonnement du tribunal pèche par la base ;

Attendu, en effet, qu'il est absolument indifférent que Kimbayo ait ou n'ait pas pris réellement possession des biens laissés par Azeni Kalume faute de temps matériel pour une appréhension effective ;

Attendu que dès la mort d'Azeni Kalume, Kimbayo son successuer coutumier devenait propriétaire de l'avoir du défunt, que dès ce moment le droit de propriété sur les biens était intégré à son patrimoine ;

Attendu que si l'héritier de Kimbayo a droit de propriété sur la succession d'Azeni Kalume, c'est en tant qu'il a trouvé ce droit dans le patrimoine de Kimbayo ;

Attendu que le conflit à régler par le tribunal de territoire était limité à la succession de Kimbayo et non à celle d'Azeni qui avait été dévolue sans contestation à Kimbayo par le seul fait de la mort d'Azeni ;

Attendu que l'expression employée par le jugement : „Kimbayo n'a donc pas hérité des biens d'Azeni Kalume" doit s'entendre comme s'appliquant non pas au droit à l'héritage, mais à la possession effective des biens de la succession, circonstance qui ne peut avoir pour effet de modifier la dévolution d'une succession ;

Attendu qu'il résulte du dossier que la mort d'Azeni Kalume a été attribuée par la rumeur publique à Kimbayo qui l'aurait provoquée par des actes de sorcellerie ;

Attendu toutefois que ce soupçon n'est jamais devenu une certitude ;

Attendu que Wakafuila Mamba se rendit coupable de meurtre sur la personne de Kimbayo et fut condamné de ce chef par le tribunal compétent ;

Attendu qu'en lui attribuant les biens laissés par Azeni Kalume, c'est-à-dire une partie du patrimoine de Kimbayo, le tribunal a fait application d'une coutume contraire à l'ordre public universel ;

Attendu que l'article 727 du code civil belge déclare indigne de succéder celui qui serait condamné pour avoir donné la mort au défunt ;

Attendu que cette disposition est établie „au nom des convenances sociales et de la morale publique" (Demolombe, Successions N° 226) pour protéger l ordre des familles".

Malu t. Ilunga

330. HET OVERNEMEN VAN EEN WEDUWE DOOR EEN ERFGENAAM.

De oudste broer van Malu, de eiser in het geding, huwde in 1945 de genaamde Ngalula ; hij stierf kort daarop en de vrouw werd overgenomen door Malu. Na jaren samenleving verliet de vrouw in september 1952 de echtelijke woonplaats, en ging een nieuw gewoonterechtelijk huwelijk aan met Ilunga, de verweerder. Nadat hij in een ander dorp zijn vrouw teruggevonden heeft, alwaar ze met Ilunga samenleeft, vraagt Malu de gewestrechtbank zijn vrouw ertoe te verplichten om terug te keren onder het

echtelijk dak. De vordering wordt verworpen, omdat het erven van weduwen tegen de openbare orde wordt verklaard, en omdat de vrouw het intussen aangegane nieuwe huwelijk niet wenst te verbreken. Dat vonnis wordt door de parketrechtbank verbroken (185) omdat het erven van een weduwe, op voorwaarde dat ze haar vrije toestemming heeft gegeven, wat in casu gebeurd is, niet strijdig is met de openbare orde (186) ; wat daarentegen met de openbare orde wel strijdig is, is de door de rechtbank toegepaste regel die het aangaan van een nieuw huwelijk als een voldoende reden voor de ontbinding van een vroeger huwelijk beschouwt (187).

Mugimba t. Niembo

331. HET VOORTDUREN VAN HET HUWELIJK TOT DE TERUGBETALING VAN DE BRUIDSPRIJS.

Mugimba, eiser in het geding, wiens huwelijk met Feza Malofu onvruchtbaar was gebleven, was feitelijk van zijn vrouw gescheiden, maar had opzettelijk nagelaten de bruidsprijs terug te vorderen, om zich rechten voor te behouden op toekomstige kinderen van de vrouw. Na verloop van 7 jaren eist hij nu de vrouw terug op. Het vonnis (188) vangt aan met de weergave der debatten :

„Le demandeur déclare : Je dépose plainte contre Niembo pour avoir pris ma femme et deux enfants. Cet individu s'est permis de cohabiter avec ma femme, il y a 7 ans. Je veux que mon épouse me rejoigne ; il n'est pas question de remboursement de dot. Niembo est tenu de payer les D.I. pour l'adultère commis avec ma femme.

Le Défendeur explique : Il ne s'agit pas d'adultère, j'ai épousé cette femme en versant une dot à son père Kalima : 50 fr., et une chèvre, et ce depuis 1944. La femme est restée 2 ans chez son père sans qu'elle fut enceinte. Mugimba a refusé de recevoir 50 fr. constituant une partie de sa dot. Et cela s'explique du fait que Mugimba constatant que cette femme mettait au monde des enfants, voudrait se les voir attribuer et répudier, ensuite, cette femme.

D. – à Kalima Kabamba : Est-il exact que Mugimba avait renvoyé sa femme chez vous ? Ou est-elle considérée encore comme son épouse ? Ou faut-il l'attribuer à Niembo ?

R. – Il est vrai que ma fille fut, il y a longtemps, femme de Mugimba. Ce dernier l'ayant mal traitée à maintes reprises en lui donnant des coups de couteau, en la privant de nourriture ainsi que de vêtements, il la renvoya chez moi pendant 2 ans. Enfin Niembo l'épousa et ce dernier remboursa 50 fr. à Mugimba.

D. à Feza Malofu : – Pourquoi avez-vous abandonné votre premier mari ?

R. – Mon mari ne m'aimait plus, il me donnait des coups de couteau et de

(185) Parketrb. Kasaï, 27 januari 1953, *J.T.O.*, nr 37, blz. 106, met noot A.S.
(186) Cfr. hoger, noot 166.
(187) Parketrb. Lulua, 27 augustus 1931, *Rev. Jur.* 1932, blz. 22.
(188) Hoofdiirb. Muhona, 1 juni 1949, *B.J.I.* 1955, blz. 102, met noot Jean S.

machette ; il ne me donnait pas de quoi m'habiller, je n'avais pas de champs. Tous ces enfants appartiennent à Niembo qui est mon dernier et mon vrai mari.

Demandeur : Quand vous m'avez quitté, vous étiez enceinte de 2 mois, comment attribuez-vous cet enfant à Niembo ?

Défendeur : C'est faux, si ces déclarations sont exactes, pourquoi la femme a-t-elle passé 2 ans chez son père sans qu'elle ait accouché ?

R. – . . .

COUTUME REGIONALE :

1) En général, la femme mariée coutumièrement demeure toujours femme du premier mari, aussi longtemps que ni la dot ni le kisha bukwe, n'a pas été demandé.

2) Cependant la coutume prévoit que quand une femme pour des motifs quelconques quitte son mari, celui-ci doit la rechercher. Le fait donc de ne pas suivre sa femme, de l'abandonner pendant plusieurs années, sans penser ni à sa nourriture, ni à ses vêtements, est une répudiation tacite. Par conséquent, les enfants conçus après cette répudiation tacite ne peuvent être réclamés par l'ex-mari, même si la dot n'a pas été remboursée.

Le tribunal de Muhona déboute Mugimba Mwenda Upande, et le condamne à payer 20 fr. à titre de frais et 40 fr. comme droit proportionnel. Ordonne le remboursement de la dot, soit 9 chèvres ; délai un mois ou 15 jours C.P.C. et attribue la femme et les deux enfants à Niembo Kipaipo.

Les juges : Mwana Kavumba, chef investi ; Luhembwe Sombe ; Lukala Musuyu.

Le greffier : Nyungula Patrice."

Hier voorziet de gewoonte zelf dus een uitzondering op de hoofdregel volgens dewelke het huwelijk, met alle gevolgen vandien, blijft bestaan zolang de bruidsprijs niet terugbetaald is. In gewoonten waar dit nog niet het geval is, heeft de parketrechtbank het begrip openbare orde toegepast (189). Dit voorbeeld zal later in dit hoofdstuk van pas komen om twee nieuwe gedachten te illustreren : de gedachte van de „algemene orde" namelijk, en van de rol die dit begrip kan spelen in de ontwikkeling van het gewoonterecht (we zien namelijk dat de parketrechtbank door middel van de algemene orde aan gewoonterechtsverfijning (190) doet, hetgeen elders de gewoonte zelf reeds gedaan heeft).

332. VERNIETIGING WEGENS STRIJDIGHEID MET DE OPENBARE ORDE. RECHTSPRAAK.

Er worden vervolgens nog, in het kort, bekende gevallen aangehaald, waarin tijdens de koloniale periode de openbare orde werd ingeroepen.

(189) Parketrb. Tanganyika, 13 april 1949, *B.J.I.* 1950, blz. 318. In dezelfde zin : Gewestrb. Basankusu, 8 augustus 1935, *B.J.I.* 1937, blz. 124.
Zie ook : Cour suprême du Cameroun Oriental, 20 maart 1962, *Penant* 1962, nr 693, blz. 576 ; *Edet v. Essien* (1932) 11 N.L.R. 47, Supra, nr 323.

(190) Over rechtsverfijning zie : SCHOLTEN, P., *Algemeen Deel*, blz. 6, 82 v.

Een rechtbank waarbij een vordering tot echtscheiding aanhangig gemaakt werd, omdat de man de echtelijke woonplaats had verlaten, ofschoon dit noch vrijwillig gebeurd was noch voor een langdurige periode, besliste dat de vrouw in afwachting van de terugkomst van haar man als vrije vrouw mocht leven, wat erop neerkwam, haar van verplichting tot trouw te ontheffen ; dergelijke gewoonte is strijdig met de openbare orde (191). Eveneens de gewoonte die, na lange jaren huwelijksleven, de echtscheiding wegens onvruchtbaarheid toelaat (192). Het kind dat als fysische vader een voorhuwelijkse minnaar van de moeder heeft, maar na de voltrekking van het huwelijk geboren werd, hoort toe aan de echtgenoot en niet aan de minnaar ; de gewoonte die de natuurlijke vader het recht geeft het kind af te kopen, ondanks tegenstand van de moeder, zou strijdig zijn met de openbare orde (193). Anderzijds werd gevonnist : „*Est contraire à l'ordre public, et partant le jugement qui l'applique est annulable, la coutume qui attribue un enfant survenu des oeuvres d'un tiers à une fiancée à la lignée du fiancé sur la seule base qu'il y a eu versement de dot alors qu'il n'y a eu ni mariage entre les futurs ni consommation de l'union sexuelle entre eux.*" (194).

Naar Boeroendees gewoonterecht worden de kinderen toegewezen aan wie de bruidsprijs betaalt voor een vrouw die op dat ogenblik reeds kinderen heeft. Indien bij hertrouwen van de vrouw de kinderen werkelijk van de ene familie naar de andere overgaan, vraagt A. SOHIER zich in een noot af, of deze gewoonte niet tegen de openbare orde indruist (195). Strijdig met de openbare orde is het bloedpact, dat het overdragen van de vaderlijke macht van de vader (of de clan) op een derde tot voorwerp heeft (196).

De gewestrechtbank te Leopoldstad vernietigde een beslissing van de dienst der inlandse nalatenschappen, die volgens de nieuwe gewoonte het vruchtgebruik had toegekend aan de vrouw die tweeënveertig jaar met de decujus had samengeleefd, zonder nochtans gewoonterechtelijk gehuwd te zijn : „*il est d'ordre public universel que la concubine ne peut hériter de son amant*" (197).

Werd niet ontvankelijk verklaard, als strijdig met de openbare orde, de vordering tot betaling in deelneming van de inrichtingskosten van een „matanga" (einde-rouwviering) (198).

Een man had een wichelaar geraadpleegd om de doodsoorzaak van zijn zuster te kennen, en bij voorbaat betaald ; daar de wichelaar kort daarop overleden was, vordert hij deze som terug van de erfgenaam ; het vonnis dat

(191) Parketrb. Maniema, 11 september 1952, *J.T.O.* 1953, blz. 77.
(192) Parketrb. Lulua, 19 november 1958, *B.J.I.* 1959, blz. 1013.
(193) Parketrb. Congo–Ubangi, 20 mei 1949, *B.J.I.* 1952, nr 11, blz. 325.
(194) Parketrb. Zuid Kivu, 22 januari 1953, *B.J.I.* 1955, blz. 78, met noot.
(195) Rechtbank van de Mwami, 7 november 1945, *J.T.O.* 1950, blz. 34, met noot A.S.
(196) Gewestrb. Leo., 9 juli 1955, *B.J.I.* 1957, blz. 28, met noot.
(197) Gewestrb. Leo., 31 december 1957, *B.J.I.* 1959, nr 4, blz. 88.
(198) Centrumrb. Leo., 5 februari 1955, *B.J.I.* 1957, blz. 28, met noot contra.

deze tot teruggave van de helft van het honorarium veroordeelt, wordt ambtshalve vernietigd, omdat de toegepaste gewoonte strijdig is met de openbare orde (199).

Strijdig met de openbare orde is de gewoonterechtsregel volgens welke de ontlener de overeengekomen interest moet betalen, al is dat een woekerinterest (200).

Aan de minnaar van zijn schoonmoeder had een schoonzoon tegen betaling beloofd de schuldige verhoudingen niet aan zijn vader bekend te maken, hij verbrak echter zijn belofte – hetgeen een gewoonterechtbank onrechtmatig vond. De parketrechtbank verklaarde de gewoonte die het terugkomen op een onzedelijke belofte als bedrog kwalificeert, strijdig met de openbare orde (201).

De gewestrechtbank van Elisabethstad veroordeelde een vrouw die op de markt te goeder trouw een gestolen kip had verkocht, tot teruggave ervan aan de eigenaar, zonder deze tot het betalen van de prijs te veroordelen : *„attendu que suivant les usages locaux, même en cas d'achat de bonne foi d'un objet volé, le propriétaire conserve entièrement ses droits sur l'objet qui lui a été volé*" ; dit vonnis werd door de parketrechtbank vernietigd, omdat de toepaste regel met de openbare orde strijdig is (202).

De gewoonte die een vader het recht zou ontzeggen zijn kind het doopsel door de bedienaar van de godsdienst van zijn keuze te laten toedienen, zou strijdig zijn met de openbare orde (203).

De procedurale gewoonte die toelaat dat de partijen gevonnist worden door andere rechters dan die welke naar hun standpunten geluisterd hebben, is strijdig met de openbare orde (204). De „kunyaga"-procedure eveneens, die de meester toestaat met geweld, zonder reden en zonder vergoeding, de krachtens een „ubugabire"-overeenkomst aan de cliënt overdragen koeien af te nemen ; elke gewoonte trouwens die de schuldeiser toestaat zichzelf te betalen door gewelddadig goederen van de schuldenaar of van zijn clan-leden in beslag te nemen (205). De bewijsregel volgens welke een rechtbank een

(199) Parketrb. Maniema, 6 juni 1953, *B.T.C.* 1960, blz. 340. In dezelfde zin : onderhoofdijrb. Tshanika (Malonga), 23 december 1933, *B.J.I.* 1934, blz. 46 ; *„attendu que les blancs défendent de consulter un devin . . ."*

(200) Parketrb. Lualaba, 27 juli 1954, *J.T.O.* 1955, blz. 76 ; Parketrb. Ruanda, 10 december 1951, *J.T.O.* 1952, nr 24, blz. 82, met noot.

(201) Parketrb. Maniema, 15 juli 1953, *B.T.C.* 1960, 339, noot J.S.

(202) Parketrb. Opper-Katanga, 8 juni 1948, *B.J.I.* 1948, blz. 319, met noot contra.

(203) Parketrb. Opper-Katanga, 17 mei 1952, *J.T.O.* 1953, blz. 105, met noot, waarin G. MINEUR oppert dat een dergelijke redenering ertoe zou leiden het matrilineale stelsel strijdig met de openbare orde te verklaren.

(204) Parketrb. Kivu, 21 juni 1947, *B.J.I.* 1947, blz. 132. Cfr. supra, nr 153 v.

(205) Parketrb. Kivu, 17 juni 1938, *B.J.I.* 1940, blz. 315, met noot. Bij analogie : Gewestrb. Masisi, *B.J.I.* 1941, blz. 80. Zie ook : Cour d'appel de Madagascar (Chambre d'annulation), 27 december 1956, *Penant*, 1957, nr 651, blz. 146 (verbod van de *Tsutoka*-clausule in de pandgevingsovereenkomst).

jachtproef oplegt om een vraag van het geding te beslechten is strijdig met de openbare orde (206).

333. VERWERPING VAN DE OP DE STRIJDIGHEID MET DE OPENBARE ORDE GEGRONDE VOORZIENING. RECHTSPRAAK.

De volgende regels werden niet strijdig met de openbare orde verklaard : de gewoonte die de minnaar verantwoordelijk stelt voor de dood van de baby's van de overspelige vrouw (207) ; de gewoonte die het overspel van één van de vrouwen van een polygaam als oorzaak bestempelt van de dood van het kind van een medevrouw, indien het overspel plaatsvond tijdens de zwangerschap (208) ; de gewoonte die alle seksuele betrekkingen verbiedt tijdens de periode waarin de vrouw de borst geeft, en die de familie collectief verantwoordelijk stelt voor de fouten van één van zijn leden (209) ; de regel die de echtgenoot tot onderhoudsgeld kan verplichten voor de periode die de echtscheiding vooraf gaat (210) ; de regel die de man een vergoeding ten voordele van de familieleden van zijn overleden vrouw oplegt (211) ; de gewoonte die het „concubinaat" toelaat (212) ; de regel die de man verplicht zijn vroegere bijzit te vergoeden voor de huisvesting en het onderhoud dat ze hem verschaft heeft (213) ; de gewoonte die de kinderen van ongehuwd samenlevenden aan de familie van de moeder toekent (214) ; de gewoonte die de wettiging toelaat van een overspelig kind, zelfs van een vader die op het ogenblik der geboorte geïmmatriculeerd en burgerlijk gehuwd is (215).

Werd niet met de openbare orde strijdig geoordeeld de gewoonte volgens welke de koopovereenkomst slechts volmaakt is na levering van de zaak en volledige storting van de prijs (216) ; de gewoonte die het getuigenbewijs aanvaardt voor een bedrag dat hoger is dan het door het burgerlijk

(206) *J.T.O.* 1953, 146 ; *B.J.I.* 1952, 329. Cfr. VANDERLINDEN, J., Modes de preuve en droit Congolais traditionnel et juridictions indigènes coloniales, *La preuve*, III, *Recueils Soc. Jean Bodin*, Brussel 1963, blz. 89.

(207) Gewestrb. Elis., 6 juni 1935, *B.J.I.* 1945, blz. 117, met noot.

(208) Gewestrb. Basankusu, 24 juli 1935, *B.J.I.* 1937, blz. 28.

(209) Gewestrb. Albertstad, 14 september 1955, *B.J.I.* 1958, blz. 275.

(210) Districtsrb. Leopoldstad, 28 oktober 1961, *Rev. Jud. C.* 1962, blz. 61. Cfr. FAUWELS, J., La pension alimentaire dans la jurisprudence des tribunaux coutumiers de Léopoldville, *Rev. jud. C.* 1963, blz. 33 v. en 63 v.

(211) Parketrb. Sandoa, 26 juli 1931, *Rev. Jur.* 1931, blz. 284 ; Gewestrb. Sampwe, 20 september 1934, *B.J.I.* 1935, blz. 68, met noot. Contra : Parketrb. Opper–Lomami, 9 april 1956, *J.T.O.* 1957, blz. 121.

(212) Gewestrb. Leopoldstad, 9 februari 1955, *B.J.I.* 1956, blz. 327, noot PETIT. Zie hoger nr 271. Contra : Parketrb. Tanganyika, 16 oktober 1954, *B.J.I.* 1958, blz. 267.

(213) Parketrb. Opper–Lomami, 28 juni 1954, *J.T.O.* 1959, blz. 26.

(214) Parketrb. Opper–Katanga, 16 oktober 1951, *J.T.O.* 1952, blz. 98, met noot.

(215) Parketrb. Opper–Katanga, 6 januari 1956, *J.T.O.* 1956, blz. 61. Zie over de wettiging van overspelige kinderen hoger, nr 269.

(216) Parketrb. Opper–Katanga, 20 maart 1939, *B.J.I.* 1939, blz. 189, met noot.

wetboek voorziene (217) ; de gewoonte die in geval van betwisting over de eigendom van een kudde schapen, toelaat de kudde toe te vertrouwen aan de verantwoordelijkheid van de eiser totdat omtrent het eigendomsrecht beslist wordt (218). Niet strijdig met de openbare orde werd de gewoonte geacht, die de echtgenoot toestaat de minnaar te arresteren en om hem voor de plaatselijke hoofden te brengen, en die de aangehoudene bij gebrek aan inventaris van zijn bezittingen van het bewijs van hun verlies ontslaat (219) ; de gewoonte die de borg toelaat op de schuldenaar lijfsdwang toe te passen (220) ; de gewoonte die, op voorwaarde van bepaalde vormen van publiciteit, de schuldeiser toestaat een pand te nemen bij zijn schuldenaar (221).

De gewoonterechtelijke rechtspleging waarbij de voorzitter niet bij de debatten tegenwoordig is, maar verslag hierover ontvangt van zijn bijzitters, deelneemt aan de beraadslaging en aan de uitspraak van het vonnis, werd niet als strijdig met de openbare orde beschouwd (222) ; evenmin de gewoonte die de overtreding ter zitting bestraft in het belang van de rechten van de verdediging (223) ; de gewoonte die een ongegrond beroep bestraft (224) ; of een ongegronde vordering, wegens overspel ingesteld (225), of het wederinstellen voor de centrumrechtbank van een vordering die door dezelfde rechtbank en door de gewestrechtbank in herziening reeds werd beoordeeld (226).

§ 2. Technisch onjuiste aanwending

334. DE SCHENDING OF VERKEERDE TOEPASSING VAN HET GEWOONTERECHT.

De techniek van de openbare orde blijkt vrij dikwijls op onnauwkeurige wijze gebruikt te zijn geweest. Dit gebeurde soms bewust, omdat de annulatierechter, die volgens het decreet wegens verkeerde toepassing der gewoonte een vonnis niet kan vernietigen, naar het enige middel greep dat hem ter beschikking stond, waar hem dit noodzakelijk bleek. Hiervan getuigen de volgende voorbeelden.

(217) Boma, 16 mei 1916, *Jur. Col.* 1927, blz. 175.
(218) Parketrb. Lualaba, 25 oktober 1954, *J.T.O.* 1955, blz. 133, met noot.
(219) Parketrb. Tanganyika, 14 mei 1949, *B.J.I.* 1949, blz. 163.
(220) Boma, 17 juni 1913, *Jur. Congo* 1921, blz. 176, met noot.
(221) Luluaburg, 16 januari 1952, *J.T.O.* 1953, blz. 87, met noot. Ik denk hier aan een zin van POSSOZ : *„l'exécution forcée des droits particuliers est bien réglementée en droit primitif . . . ainsi tout droit clanique est exécutoire par lui-même . . . Les voies de fait sont d'ailleurs, elles-mêmes, réglées : . . . tous les pionniers coloniaux semblent avoir pris pour de la sauvagerie les voies de fait les mieux réglées par le droit clanique."* (POSSOZ, E., Légalisme et droit clanique, *B.J.I.* 1951, blz. 94).
(222) Parketrb. Opper-Lomami, 16 februari 1948, *B.J.I.* 1938, blz. 317, met noot.
(223) Parketrb. Elis., 2 november 1944, *B.J.I.* 1945, blz. 28.
(224) Gewestrb. Dilolo, 31 oktober 1950, *J.T.O.* 1951, blz. 163, met noot contra.
(225) Gewestrb. Jadot., nr 72, *B.J.* . 1954, blz. 198, met noot contra.
(226) Parketrb. Lualaba, 21 januari 1955, *J.T.O.* 1956, blz. 47.

Een gewestrechtbank had een man ertoe veroordeeld een koe te betalen, ofschoon hij volgens de gewoonte slechts tot een geit verplicht was. De parketrechtbank van Kivu vernietigt dit vonnis door een vernuftig beroep te doen op de openbare orde : „*Une coutume étrangère dans la matière est une coutume inexistante. Or, c'est un principe d'ordre public que, seules les coutumes existantes sont d'application. Donc, une coutume inexistante est contraire à l'ordre public*" (227). Een laconiek vonnis van de parketrechtbank van Tanganyika vernietigt een vonnis, omdat „*le jugement qui méconnaît l'existence d'un mariage coutumier régulièrement conclu, est contraire à l'ordre public. L'annulation peut être prononcé pour ce dernier vice, quoique le jugement ait été rendu depuis plus de six mois*" (228). Het is echter duidelijk dat, volgens het decreet, niet het vonnis de openbare orde mag verstoren – wat hier geschieden zou door verkeerde toepassing der gewoonte –, maar dat de toegepaste norm niet strijdig mag zijn met de algemene orde. In een andere zaak had de rechter ten gronde de gewoonterechtsregel verkeerd geïnterpreteerd, en de echtscheiding toegestaan : de parketrechtbank van Albertstad vernietigde het vonnis, omdat de rechter niet voldoende onderzocht heeft of er wel degelijke redenen waren om de echtscheiding toe te staan, en hierdoor de openbare orde verstoorde, vermits het tot de essentie van het huwelijk behoort slechts om gewichtige redenen verbroken te kunnen worden (229).

Elders had de rechter ten gronde de bestaande gewoonte niet toegepast, maar normen die hij zomaar naar eigen goeddunken uit zijn mouw geschud had of die hem door het bestuur werden opgelegd. Hoewel men niet inziet hoe een niet-bestaande gewoonte tegen de openbare orde kan indruisen, vonden parketrechters toch middelen om de techniek der openbare orde te gebruiken. Aldus speelde de annulatierechter van Lualaba het handig klaar om, alhoewel in feite de gewoonte niet toegepast werd, een vonnis in een familierechtelijk geding gewezen vonnis te vernietigen omdat de zogezegde gewoonte, op grond waarvan de inlandse rechtbank verplicht werd de – buiten de rechtbank geuite – mening van de aan de zetel vreemde bestuursoverheid aan te kleven, strijdig was met de openbare orde (230). Een andere inlandse rechtbank had een man veroordeeld omdat hij verzuimd had de landbouwkundige van proviand te voorzien, hoewel dit geen gewoonterechtelijke verplichting was. De parketrechtbank van Lualaba vernietigde het

(227) Parketrb. Kivu, 3 november 1950, *J.T.O.* 1951, nr 9, blz. 113, met noot.
(228) Parketrb. Tanganyika, 16 november 1933, *B.J.I.* 1935, nr 5, blz. 116.
(229) Parketrb. Albertstad, 13 november 1937, *B.J.I.* 1939, nr 5, blz. 161, met noot. Aangezien de menselijke persoon niet toegeëigend kan worden, zou de feitenrechter, volgens de parketrechter daarenboven de openbare orde geschonden hebben, door over de „toe-eigening" van een kind te beslissen dat nog geboren moet worden, en dit voorwaardelijk, voor het geval het kind na een bepaalde datum geboren werd. In feite heeft de rechtbank niets anders gedaan dan bij voorbaat over de filiatie van dat kind te beslissen. Wie een stok zoekt . . .
(230) Parketrb. Lualaba, 4 juli 1953, *J.T.O.* 1955, blz. 62, met noot.

vonnis : „*est contraire à l'ordre public le jugement qui prononce une condamnation sur la base d'une coutume qui n'existe pas*" (231). Indien de toe te passen gewoonte niet bestond, kon ze bezwaarlijk tegen de openbare orde indruisen.

335. ONNAUWKEURIGE HANTERING VAN DE TECHNIEK.

In andere gevallen geldt geen verontschuldiging voor het onnauwkeurig gebruik der openbare-ordetechniek, vermits de annulatierechter andere middelen ter beschikking stonden. Aldus roept de parketrechtbank van de Lulua de universele openbare orde in om een vonnis nietig te verklaren, dat een echtscheiding uitspreekt zonder dat de vader van de vrouw partij was bij het geding (232).

„*Attendu qu'en violant les droits coutumiers du père, possesseur clanique, dont l'autorité et l'intervention par le truchement de l'institution de la dot a été instaurée pour le bien de la lignée et pour la stabilité de l'union conjugale, le tribunal de territoire a porté atteinte à l'ordre public qui est interessé par le maintien de ces unions.*" Door de rechten van de vader over het hoofd te zien maakte de gewestrechtbank geen toepassing van een gewoonte die strijdig is met de openbare orde, maar schond substantiële, door de gewoonte voorziene vormen. De parketrechtbank had trouwens eveneens wegens onbevoegdheid kunnen vernietigen, vermits de vader zich in Tshikapa bevond, waardoor de rechtbank aldaar bevoegd was (233).

Inzake de verdeling van een jachtbuit velde de rechtbank van de onderhoofdij Kampemba een vonnis dat de parketrechter onbegrijpelijk en onbillijk leek, en dat dan ook vernietigd werd, met een beroep op de openbare orde. De parketrechter komt inderdaad in een eigenaardige redenering tot het besluit dat een gewoonte die de rechtbank ertoe brengt een onschuldige te veroordelen en een vergoeding toe te staan aan een partij die er geen recht op heeft, beschouwd moet worden als strijdig met de openbare orde : „*attendu qu'on ne réalise pas les raisons qui poussèrent le tribunal à condamner B.M., qui remit les dépouilles de la bête à son chef de terres, obéissant ainsi aux injonctions de la coutume ; attendu qu'il est certainement contraire à l'équité de condamner un innocent et d'allouer une indemnité à*

(231) Parketrb. Lualaba, 18 maart 1953, *J.T.O.* 1954, blz. 120, met noot.
(232) Parketrb. Lualaba, 27 november 1958, *B.J.I.* 1959, blz. 54, met noot.
(233) Om de opgeworpen exceptie van onbevoegdheid te ontzenuwen, beval de rechtbank teruggave van de bruidsprijs aan de broer van de vrouw, omdat de vader zogezegd sinds 1944 zijn bevoegdheid in die zaken aan zijn zoon zou overgedragen hebben.

une partie qui n'y a pas le droit." (234) Dit lijkt natuurlijk al te ver gezocht. De parketrechtbank had daarentegen wel kunnen vernietigen wegens gebrek aan voldoende motivering, en namelijk wegens het ontbreken van enige vermelding nopens de gewoonterechtsregel die door de rechtbank werd toegepast.

336. DE ENIGE JUISTE MANIER.

De techniek der openbare orde bestaat erin te weigeren, een gewoonterechtelijke norm die onverzoenbaar is met de te volgen gewoonterechtspolitiek, of met de rechten van de mens, toe te passen, of, wat uiteraard veelvuldiger zal voorkomen : indien die gewoonterechtsregel werd toegepast, dat vonnis te vernietigen, in de hoop dat de judiciaire niet-erkenning van die norm deze in feite zal abrogeren. Onnauwkeurig is het, op een andere wijze het begrip openbare orde aan te wenden om een gewoonterechtelijk vonnis nietig te verklaren. Uitgaande van de fictie dat elke beslissing die de rechter neemt, steun vindt in „de gewoonte", heeft de parketrechtbank, wanneer in het vonnis een beslissing werd genomen of een bevel werd gegeven die haar verkeerd bleek, geannuleerd om reden dat „die toegepaste gewoonte" met de openbare orde strijdig was. Het gaat er echter niet om het vonnis, maar om *de werkelijk bestaande gewoonte.* Deze onnauwkeurigheid wordt soms bewust begaan, – wat begrijpelijk is, aangezien het huidig decreet de parketrechtbank jammer genoeg niet toelaat na te gaan of er een rechtsregel bestaat, en of hij correct werd toegepast ; soms daarentegen is die onnauwkeurigheid slechts aan een gebrekkige juridische techniek te wijten.

Dit gebrekkig hanteren van de exceptie van openbare orde vinden we ook in de andere landen. We beperken ons tot een recent arrest van het Hof van Beroep van Noord-Nigeria. In *Mariyama v. Sadiku Ejo* (235) moest een Igbirra-rechtsregel toegepast worden volgens dewelke een kind dat binnen een termijn van tien maanden na de echtscheiding geboren werd, aan de vorige echtgenoot toegekend werd. De exceptie van algemene orde inroepend, weigerde het Hof in het concreet geval de regel toe te passen, omdat het een kind zou ontnomen hebben aan een paar dat algemeen als de ouders beschouwd werden : „*We must not be understood to condemn this native law and custom in its general application. We appreciate that it is basically sound and would in almost every case be fair and just in its results*". De regel „in abstracto" werd dus niet verworpen. Het is duidelijk dat volgens de wetgeving noch in Nigeria, noch in Kongo de rechter deze macht heeft. In alle teksten duidt de *repugnancy clause,* zoals de exceptie van algemene orde

(234) Parketrb. Opper–Lomami, 5 augustus 1949, *B.J.I.* 1951, nr 4, blz. 126, met noot.
(235) (1961) *N.R.N.L.R.* 81 ; zie ook *Re Whyte* (1946), *N.L.R.* 70.

in Kongo, op de gewoonterechtsregels, en niet op de concrete toepassing ervan in het vonnis (236).

§ 3. De onderzochte rechtspraak

337. DE TOEKENNING VAN KINDEREN.

Speurend naar vernietiging wegens schending van de „koloniale" openbare orde, komen we, als we in de gekozen rechtbanken de rechtspraak van drie jaren napluizen, tot de cijfermatige bevindingen die in tabel 12 opgenomen worden. Laten we, vooraleer daaruit besluiten te trekken, de inhoud van die vernietigingsvonnissen inkijken.

BAKIDI t. MAKIADI MARGUERITE (Thysstad 1957, 5)

De gewestrechtbank van Thysstad sprak de ontbinding uit van het gewoonterechtelijk huwelijk van Bakidi en vrouw Makiadi ; zij beval teruggave van de bruidsprijs (600 fr.), en vertrouwde aan de moeder het bewakingsrecht der twee kinderen toe (onder voorbehoud der rechten van de vader, die tot hun onderhoud moest bijdragen). De vader vroeg en verkreeg vernietiging van het deel van het beschikkend gedeelte dat hem verplichtte de kinderen, die in Leopoldstad met hem samenleefden, binnen de maand naar hun moeder terug te sturen. De parketrechtbank van Thysstad oordeelde dat uit het dossier inderdaad bleek dat de moeder zich sinds jaren in het dorp slecht gedroeg, en dat anderzijds uit de inlichtingen van de provinciale directeur vaststond dat de twee kinderen in het Maria-instituut te Leopoldstad regelmatig de lessen volgden ; hij vond dat het vonnis dat aan de moeder het bewakingsrecht over de kinderen toevertrouwde, op de lokale gewoonte steunde, maar dat er op de eerste plaats aandacht moest worden besteed aan het belang der kinderen : *„l'ordre public s'oppose dans le présent cas à l'application de la règle coutumière invoquée".*

De kinderen werden dus aan de vader toevertrouwd.

Dit vonnis vormt – abstractie gemaakt van de juistheid en de opportuniteit van de oplossing – een voorbeeld van de aanwending van het begrip *algemene orde* dat we voorstaan : het is inderdaad duidelijk dat de toegepaste gewoonterechtsnorm niet indruist tegen *„l'ordre public universel",* en evenmin een door de grondwet gewaarborgd recht schendt. Indien de rechtbank echter niet aan rechtsverfijning doet, maar slechts het concreet geval

(236) *„This view may seem harsh, but it represents a position which it is extremely difficult for any legal system to avoid":* PARK, blz. 73. Dit is eveneens de houding van de *Privy Council,* uitgedrukt in *DAWODU v. DANMOLE, : „The test of repugnancy to natural justice, equity and good conscience must in all cases be applied to rules and not results".*

TABEL 13

DE VERNIETIGING OP GROND VAN DE SCHENDING VAN DE KOLONIALE OPENBARE ORDE

Parketrechtbank	*Jaar*	*Totale aantal vernietigingen*	*Vernietigingen op grond van de openbare orde*
Leopoldstad	1957	17	2
	1958	38	3
	1959	19	–
Kikwit	1957	15	–
	1958	26	3
	1959	26	2
Thysstad	1957	24	3
	1958	35	–
Boma	1957	31	6
	1958	38	1
	1959	20	–
Matadi	1959	12	–
	(1960) (1)	(5)	–
Inongo	1957	47	6
	1958	60	2
	1959	10	–
Kenge	(1957) (2)	(4)	–
	(1958) (3)	(1)	–

(1) enkel de eerste 4 maanden.
(2) enkel de laatste 5 maanden.
(3) enkel december.

beschouwt, moeten we verwijzen naar wat we op het einde van de vorige paragraaf omtrent *Mariyana v. Sadika Ejo* schreven.

KIBA t. BAMBA (Leopoldstad 1957, 10)

338. HET TOEKENNEN VAN EEN ONDERHOUDSVERGOEDING AAN EEN BIJZIT.

Bamba was gewoonterechtelijk gehuwd met Kiba, die hem drie kinderen had geschonken, hij vroeg echtscheiding voor de gewestrechtbank van Leopoldstad, die vaststelde dat er nooit een huwelijk geweest was, vermits de man nooit een bruidsprijs overhandigd had aan de oom van moederszijde van Kiba (R.T.T. 7.650, 16 december 1955). De Centrumrechtbank veroordeelde Bamba echter tot een onderhoudsvergoeding van 4.000 fr., in een afzonderlijk geding waarin vrouw Kiba als eiseres optrad (237).

(237) Cfr. PAUWELS, J., La pension alimentaire dans la jurisprudence des tribunaux coutumiers de Léopoldville, *Rev. Jud. C.*, 1963, nrs 2 en 3.

Tegen dit vonnis stelt Bamba een eis tot vernietiging in. Substituut Fiasse vernietigt het vonnis van de centrumrechtbank als strijdig met de openbare orde *„puisqu'il a pour résultat d'octroyer une pension à une authentique concubine"*.

ODE SUZANNE t. MWANZA (Leopoldstad 1957, 71*)*

339. HET OPLEGGEN VAN EEN BOETE BIJ HET EENZIJDIG BEEINDIGEN VAN DE SAMENLEVING DOOR DE BIJZIT.

Suzanne daagt haar vroegere minnaar voor de centrumrechtbank van Matete en eist terugvordering van de som van 1.000 fr. die ze als waarborg voor de huur van het gemeenschappelijk huis aan de Dienst voor Afrikaanse wijken (O.C.A.) gestort heeft, alsmede van wat Mwanza haar verschuldigd is voor twee en een half jaar samenleven. De rechtbank veroordeelt Suzanne tot 25 fr. boete en tot de kosten, en de vroegere minnaar tot teruggave van de voorgeschoten 1.000 fr. (deze schuld had Mwanza inderdaad erkend, maar de andere eis had hij verworpen omdat de vrouw hem *zonder zijn toelating* – vandaar de boete – verlaten had en bij familie onderdak gevonden had). Dit vonnis wordt door substituut Fiasse vernietigd in zover het een boete oplegt : *„attendu que le concubinage est contraire à l'ordre public universel ; que toutes les coutumes le favorisant ne peuvent être appliquées ; que le concubinage étant un état de fait contraire à l'ordre des familles ne peut produire d'effets juridiques ; qu'en condamnant ODE à 25 fr. d'amende le tribunal a implicitement admis que cet état de concubinage engendrait des obligations."*

TSHIBOLA CHRISTINE t. MILANDA (Leopoldstad 1958, 106)

340. DE RECHTERLIJKE TOELATING TOT SAMENLEVING VAN ONGEHUWDEN.

Alhoewel vrouw Tshibola de man met wie ze leeft graag mag, daagt ze hem voor de centrumrechtbank van Leopoldstad wegens onenigheid met zijn familieleden (*„elle accuse pour le divorce"*).
In een schilderachtige taal veroordeelt de rechtbank de man tot de kosten en tot teruggave aan de vrouw van de inschrijvingsrechten, en „staat het paar toe voortaan samen te leven". Substituut CORDY vernietigt dit vonnis :

„attendu, en effet, qu'après avoir constaté l'état de concubinage prolongé des parties, la mésentente entre la demanderesse et la famille du défendeur et par ailleurs, la bonne entente entre les deux parties, le tribunal prononce dans son dispositif qu'il autorise les parties à vivre ensemble , attendu qu'il n'entre nullement dans la compétence des Tribunaux Indigènes d'autoriser des personnes à vivre maritalement ; qu'au surplus, même si le tribunal avait voulu conseiller les parties en

cause au sujet d'une contestation entre elles et alors qu'elles seraient unies par des liens coutumiers, ce qui n'est pas, il prononce dans son dispositif une autorisation qui va à l'encontre et est contraire à l'ordre public, car elle légitimerait ainsi indirectement mais efficacement la pratique des unions libres qui n'est que trop frequente et qui est novice pour la stabilité des structures sociales et familiales ; attendu, en conséquence, qu'il y a lieu d'annuler pareil jugement contraire à l'ordre public, pris dans son acceptation la plus générale."

MUNKILI t. MAKASHI (Kikwit 1958, 27)

341. HET TOEKENNEN VAN EEN VERGOEDING AAN DE VADER VAN EEN BIJZIT BIJ BEEINDIGING VAN DE SAMENLEVING.

Voor de sectorrechtbank van Kwenge wil vrouw Munkili een niet bepaalde som geld bekomen als schadevergoeding voor twee jaar samenleven met de verweerder, aan wie ze twee kinderen schonk ; hij weigert haar nu te onderhouden en bij hem te ontvangen, en verkiest met zijn eerste vrouw te leven. De man wordt veroordeeld tot betaling van 100 fr. aan de vader van de vrouw, en tot de kosten en terugbetaling van het inschrijvingsrecht ; niet getrouwd zijnde met Munkili, heeft hij geen enkel recht op de kinderen. De parketrechtbank van Kikwit vernietigt het vonnis : *„attendu que le tribunal sanctionne le concubinage et invoque une coutume de ce chef ; que le dispositif et la coutume sont contraires à l'ordre public universel."*

De procureur des Konings (in een bijgevoegde noot) gelooft niet dat concubinaat indruist tegen de algemene openbare orde, maar merkt op dat het in casu om overspel gaat, en dat het immoreel is verweerder ertoe te verplichten vergoeding te betalen aan de vader van de vrouw, indien niet vaststaat dat er bedrog werd gepleegd wat de burgerlijke stand betreft ; anderzijds meent hij dat substituut MAZY's appreciatie te categorisch is, daar het niet uitgesloten is dat er iets betaald moet worden voor de kinderen. Dit laatste wordt door procureur-generaal DUMONT bijgetreden, die verwijst naar de *Répertoire pratique, Vo donations et testaments,* nr. 97 („La libéralité est valable si elle est faite avec le désir de satisfaire à un devoir de conscience en réparant le préjudice sans intention de renouer").

BOLA t. PUMU HENRIETTE (Leopoldstad 1958, 6)

342. DE ERKENNING VAN EEN OVERSPELIG KIND.

Bola's eis om de voogdij te bekomen over de kinderen Emilie en Louis wordt met een verwijzing naar de Mongo-gewoonte door de centrumrechtbank afgewezen ; dit vonnis wordt door de gewestrechtbank hervormd en Bola verkrijgt de voogdij over Emilie zolang de bruidsprijs door de clan van de moeder, Pumu Henriette, niet teruggegeven is, waarna het kind tot de clan van de moeder zal behoren. Het *„droit de paternité"* over Louis wordt

Bola toegewezen. (Het vonnis is tamelijk duister : men meent te kunnen uitmaken dat de moeder der kinderen in geding de echtgenote was van een overleden jongere broer van Bola). Na een brief van de voorzitter van de gewestrechtbank wordt dit vonnis vernietigd, omdat geen rekening werd gehouden met het feit dat Bola op het ogenblik der geboorte van het kind Louis gewoonterechtelijk met een andere vrouw gehuwd was : *„admettre la reconnaissance d'un enfant adultérin par son auteur déjà dans les liens d'un mariage monogamique est contraire à l'ordre public d'une façon générale."*

NDUAKA EUGENIE t. MOLE (Leopoldstad, 1958, 26)

343. DE ONTMAAGDINGSVERGOEDING.

Nduaka legt klacht neer tegen Mole omdat deze in haar woonplaats binnendrong, en haar dochter ontmaagdde. Het meisje was volwassen en stemde toe. De centrumrechtbank veroordeelt Mole tot 500 fr. boete wegens schending der woonplaats, en, op overlegging van een medisch attest, tot een schadevergoeding van 6.000 fr. De parketrechtbank van Leopoldstad vernietigt dit vonnis : „attendu qu'il est immoral d'accorder une somme de 6.000 fr. pour un acte dont la seule conséquence a été des relations sexuelles avec une fille pubère et consentante, conséquence sans caractère pénal".

Zonder dit vonnis te commentariëren willen we slechts wijzen op het feit dat er in Luba- en Luluagewoonterecht bijvoorbeeld een ontmaagdingsvergoeding (*indemnité de virginité*) bestaat, die toegekend wordt aan de vader van het meisje dat buiten het huwelijk haar maagdelijkheid verliest ; voor de gemeenterechtbank van Kenia in Elizabethstad bedroeg die vergoeding in 1959 1.000 fr.

MAFUMBA t. MAKENI (*en t. Kateta*) (Kikwit 1959, 22 en 23)

344. DE VERGOEDING VAN BUITENECHTELIJKE BETREKKINGEN.

In het dorp Musekele-Kenge in de sector Lobo had de vrouw Mafumba Henriette buitenechtelijke betrekkingen gehad met Kateta en met Makeni. Voor de sectorrechtbank eist ze een vergoeding van 100 fr., die haar in beide gevallen toegestaan wordt. De parketrechtbank van Kikwit vernietigt deze vonnissen : *„attendu que la coutume pénale et civile invoquée aurait pour but de protéger de telles relations et la prostitution."*

PAKA ROSALIE t. BATOKA (Boma 1957, 66)

Paka klaagt voor de sectorrechtbank van Tshela dat Batoka haar bedrogen heeft en zijn beloften niet houdt ; hij had haar 50 fr. beloofd voor buitenechtelijke betrekkingen, maar had haar op het ogenblik der betaling een zakdoek overhandigd . . . die leeg was. Batoka haalt zich 100 fr. boete op

de hals, plus de kosten. Dit vonnis wordt door de parketrechtbank van Boma vernietigd : *„attendu que le jugement est basé sur une convention dont la cause est contraire aux bonnes moeurs ; que la coutume qui prévoit de sanctionner la non-exécution de telles conventions est contraire à l'ordre public universel."*

MVUYI t. LUNDEMI e.a. (Kikwit 1958, 21)

345. DE TERUGVORDERING VAN BRUIDSPRIJS IN GEVAL VAN POLYGAMIE.

Mvuyi vorderde voor de sectorrechtbank van Kwilu de bruidsprijs terug van de oom van moederszijde van zijn tweede vrouw, die hij in 1956 gehuwd had (zijn eerste vrouw, die hem vijf kinderen gebaard had, huwde hij in 1941) ; als reden laat hij gelden dat zij, na hem een kind geschonken te hebben, na een jaar samenleving verdere samenleving met hem weigert. De verweerder wordt veroordeeld tot terugbetaling van 1.440 fr., en tot de kosten, en hem wordt het kind toegekend ; Mvuyi wordt veroordeeld tot een vergoeding van 300 fr. aan vrouw en kind.

Substituut CALICIS vernietigt dit vonnis : *„attendu que le demandeur et le défenseur ont reconnu à l'audience qu'ils étaient de mauvaise foi ; que l'obligation a dans le chef de l'un comme de l'autre une cause illégale et qu'aucun des deux ne peut s'en prévaloir en justice."*

MANDUNDU t. KIBAMBO (Kikwit 1958, 41)

Eiser bekomt voor de sectorrechtbank van Feshi betaling van 2.000 fr. als bruidsprijs voor zijn dochter Kiedikisa. Op aanvraag van de gewestbeheerder wordt dit vonnis door substituut CALICIS vernietigd : Kibambo was inderdaad reeds sinds april 1948 gehuwd met Ireko ; door de betaling van de bruidsprijs op te leggen erkende de sectorrechtbank impliciet het bestaan van een tweede huwelijk dat in 1956 gesloten werd.

KIDEDE PAULINE t. NGABU (Thysstad 1957, 26)

346. DE EENZIJDIGE VERBREKING VAN EEN POLYGAMISCH HUWELIJK.

Kidede vraagt voor de sectorrechtbank van Gombe Matadi de echtscheiding aan ; ze wordt tot 150 fr. schadevergoeding en 25 fr. boete veroordeeld. Aangezien echter haar man een polygaam is, vernietigt substituut CALICIS het vonnis : *„attendu que lorsqu'une femme de polygame demande sa liberté, il est obligatoire de la lui accorder."*

FUTI PIDI t. BODO KAI (Boma 1958, 40)

Eiseres is de tweede van de vier vrouwen van de verweerder ; haar huwelijk werd vóór 1 januari 1951 voltrokken. Ze wil zich nu laten dopen en de polygamie afzweren. De gewestrechtbank van Tshela verwerpt haar vordering omdat het instituut der polygamie, *„jouissant même d'une certaine reconnaissance légale"*, niet strijdig is met de openbare orde : *„attendu qu'il n'appartient pas au tribunal de favoriser l'abandon de la polygamie au mépris d'une coutume ayant force de loi"*. Op rekwest van de vrouw wordt dit vonnis door substituut Casier vernietigd : *„attendu que cette espèce de reconnaissance légale n'implique pas qu'une épouse qui désire volontairement quitter l'état de polygamie, serait obligée de rester unie à son époux polygame, pour les motifs que l'union est coutumière et remonte à une date antérieure au premier janvier 1951 ; que l'institution de la polygamie est une coutume contraire à l'ordre public universel ; que le tribunal qui déciderait d'appliquer cette coutume contre la volonté d'une personne qui désire formellement mettre fin à son état de polygamie agit en opposition à l'article 35, 3°, du décret sur les juridictions indigènes ; que par conséquent, il échet d'annuler le jugement entrepris"*. De procureur-generaal laat in een noot opmerken : *„la polygamie n'est pas juridiquement contraire à l'ordre public, encore moins à l'ordre public universel ; cependant il serait contraire à notre ordre public colonial de maintenir la demanderesse à l'état de polygamie si elle en est venue à réprouver cet état et peut l'établir de manière péremptoire."*

BENZA KINDU t. DITSIA MATUNDU (Boma 1957, 88)

Benza is de derde vrouw van Ditsia die ze vóór 1951 huwde. Omdat ze zich wil laten dopen, vraagt ze echtscheiding. Noch haar man, noch haar vader, noch haar oom van moederszijde willen ervan horen. „Het is de hond die het wild vervolgt, en niet het wild de hond", meent de gewestrechtbank van Tshela en veroordeelt vrouw Benza om binnen de week onder het echtelijk dak terug te keren. Substituut MAUER vernietigt het vonnis : *„attendu que cette coutume ne signifie rien d'autre qu'une contrainte pour la femme d'un polygame que de rester dans l'état de polygamie, alors que, par sa conversion au chistianisme cette femme prouve vouloir adhérer à des conceptions plus élevées."*

KUMBI MALANDA t. PAKA LUTETE (Boma 1957, 28)

347. DE ONGEMOTIVEERDE OF FORMEEL NIETIGE UITSPRAAK VAN EEN ECHTSCHEIDING.

Kumbi die ook kerkelijk met Paka gehuwd is, vraagt en verkrijgt van de

gewestrechtbank van Seke Banza de echtscheiding wegens overspel en wangedrag, na mislukte verzoeningspogingen. Dit vonnis wordt een jaar nadien vernietigd. Het aangehaalde motief, dat de toegepaste gewoonte strijdig is met de openbare orde, is erbij gesleurd ; het is echter de enige reden die het mogelijk maakt na de vervaltermijn te beslissen. In feite is het vonnis niet voldoende gemotiveerd om echtscheiding toe te staan wanneer er tevens een kerkelijk huwelijk gesloten werd.

SUNGU t. PEMBA MARIE (Boma 1957, 57)

Sungu stelt een vordering in om zijn vrouw onder het echtelijk dak te doen terugkeren. Deze stelt tijdens het geding een tegeneis tot echtscheiding in, en verklaart liever de hals te worden overgesneden dan bij eiser terug te keren : als redenen haalt ze aan het feit dat haar man haar met een venerische ziekte heeft besmet en dat hij weigert zich medisch te laten verzorgen, dat hij haar slaat en haar bezittingen buitenwierp. De sectorrechtbank van Boma spreekt de echtscheiding uit, maar legt de vrouw een boete op van 150 fr. Dit vonnis wordt door substituut MAZY ambtshalve vernietigd als strijdig met de openbare orde. Geen enkele gewoonte kent de verstoting door de vrouw van haar echtgenoot.

In feite is het *vonnis* dat ongemotiveerd een echtscheiding uitspreekt strijdig met de openbare orde.

ZITA MARIE t. MOZE LUSALA MARIE (Boma 1957, 59)

Zita, vertegenwoordigd door zijn zuster, vraagt de echtscheiding, die ter zelfder zitting op zijn kosten wordt uitgesproken door de centrumrechtbank van Boma. De parketrechtbank vernietigt dit vonnis ambtshalve : *„attendu que le maintien du lien conjugal intéresse l'ordre public ; que les parties doivent être entendues, mises en présence, et avoir l'occasion de se réconcilier ; attendu que cette coutume procédurale est contraire à l'ordre public."*

BOLLA t. BOLISOLA (Inongo 1957, 10)

De Hoofdrechtbank van de Pendjua (Kiri) spreekt de echtscheiding uit tussen Bolisola en zijn vrouw Bolumbu, en naar luid van het adagium *„Eve liboti"* wordt de verweerder, schoonbroer van de eiser, veroordeeld tot teruggave van de bruidsprijs. Dit vonnis wordt door de parketrechtbank van Inongo vernietigd, na 17 maanden, omdat de vrouw niet gehoord werd (238).

(238) *BOLOBANDI t. BOMBA* (Inongo 1957, 11). Idem ; echtscheiding gebaseerd op verlaten van het echtelijk dak.

MPIA t. MBO (Inongo 1957, 14)

Mbo verlaat haar man, ontwijkt alle verzoeningspogingen en vlucht met haar minnaar naar Flandria-Boteke. De man dagvaardt zijn schoonmoeder voor de teruggave van de bruidsprijs. „*Nous autres, juges, voyons clair que Mbo a tort*", zegt de sectorrechtbank der Djoku (Kiri). De echtgenote was echter niet aanwezig. (Merken we op dat de rechtbank nochtans de macht heeft een aanbrengingsmandaat uit te vaardigen.)

KANKA MARIE t. PONTE MATHIAS (Inongo 1958, 45)

Op aanvraag van Ponte wordt door de sectorrechtbank der Noord Bateke de echtscheiding uitgesproken. De aangevoerde redenen worden door de vrouw in twijfel getrokken. Op aanvraag van Kanka wordt dit vonnis vernietigd.

ISELE t. LOKOSA (Inongo 1957, 4)

348. EEN VERVANGINGSHUWELIJK.

Bopambu, de overleden oom van de verweerder, was gehuwd met de eiseres in het echtscheidingsgeding. Op een reis had hij destijds Ipolo, de vader van de eiseres, ontmoet en had hem een hakmes geleend. Na de reis bezorgt hij het terug en wenst de hut te doorzoeken : het eerst aangetroffen meisje zou zijn vrouw worden ; hij vond slechts de zwangere vrouw van zijn vriend, en belooft het kind, indien het een dochter is, te huwen. Het was een meisje, Isele, de huidige eiseres namelijk, en hij werd een goed echtgenoot. Bij zijn overlijden trad naar gewoonterecht een vervangingshuwelijk in tussen de vrouw en de neef van de overledene, Losoka. Een betwisting rees tussen Losoka en de oom van moederszijde van Isele over een bruidsprijssupplement ; om haar oom te steunen vraagt zij de echtscheiding aan. Deze wordt door de sectorrechtbank der Yembe geweigerd, en de vrouw wordt tot 30 dagen hechtenis, 200 fr. boete, 900 fr. schadevergoeding en 36 fr. kosten veroordeeld omdat ze met haar tweede man niet meer wil leven.

Dit vonnis wordt door de parketrechtbank van Inongo vernietigd, om duistere redenen : „*attendu que les juges ont méconnu l'objet de l'action de la demanderesse, et que cette méconnaissance les amena à faire application d'une coutume contraire à l'ordre public universel.*" Het vonnis wordt door de procureur en door de procureur-generaal bekritiseerd.

ILELI t. BOLISOMI (Inongo 1957, 12). Idem ; geen van beide echtgenoten verschijnt ter zitting.
LIATA t. BONKUNYE (Inongo 1957, 13). Idem ; Liata legt klacht neer tegen zijn echtgenote wegens verlating en dagvaardt zijn schoonvader. De echtscheiding wordt uitgesproken, maar de vrouw wordt niet gehoord. Terecht werd de schoonvader (naar gewoonterechtelijk strafrecht) tot een boete van 100 fr veroordeeld omdat hij zijn dochter met een derde had laten slapen.

IKOTAMA t. EBANGO (Inongo 1958, 47)

Na het overlijden van haar zuster, moest verweerster Ebango gewoonterechtelijk in een vervanginshuwelijk treden, indien haar vader de bruidsprijs niet wou terugbetalen aan zijn schoonzoon. Laatstgenoemde legt klacht neer omdat Ebango dat weigert. De secundaire rechtbank der Yembe-Lofambo veroordeelt de vrouw voor haar weigering tot 80 fr. boete en de kosten en moet terstond onder het echtelijk dak terugkeren (gevangenisstraf krijgt ze niet „omdat ze niet in het boekje van haar man is ingeschreven"). Ambtshalve wordt dit vonnis vernietigd, omdat er zonder vrije toestemming geen geldig huwelijk kan zijn.

NSINGI t. KABUIKU (Thysstad 1957, 15)

349. DE VERGOEDING BIJ VRIJLATING VAN EEN SLAAF.

Voor de sectorrechtbank van de Luidi vraagt Nsingi zijn bevrijding van het slafelijk statuut. De moeder of de tante van Nsingi was door de clan van Kabuiku gekocht ; de oorsprong van de slavernij was hier niet in het feit van een onbetaalde schuld te vinden (inspectieverslag van het gewest Madimba, 1957, blz. 121). De rechters willigen de vordering in, maar veroordelen eiser tevens tot een boete van 300 fr., 7.000 fr. schadevergoeding en 50 fr. kosten : *„Attendu que Nsingi a été traité d'esclave par Kabuiku, pour cette raison Nsingi demande au tribunal de se retirer du compte d'esclavage ; attendu qu'en kikongo un proverbe dit „Quand vous vous rencontrez avec le démon il vous appartient de crier le premier, sinon le démon part avec votre voix", attendu qu'un autre proverbe dit : „quand un enfant dort dans son lit et qui se déplace chaque fois, ça montre qu'il y a quelque chose qui lui pique au lit" ; c'est pour cela que Nsingi demande au tribunal d'être libre et non esclave ; mais Nsingi doit en effet du respect à Kabuiku pour tous les biens qu'il a eu de lui."*

Ambtshalve wordt dit vonnis door de parketrechtbank van Thysstad vernietigd wat de boete en de schadevergoeding betreft ; *„attendu qu'en subordonnant la liberation de l esclave à une condamnation pécuniaire et au paiement de dommages-intérets pouvant donner lieu à des peines privatives de liberté en cas d'inexécution, il a été fait application d'une coutume sanctionnant l'esclavage, contraire à l'ordre public universel ; attendu que saisi d'une demande de libération d'esclavage, le tribunal ne peut que constater cette libération, et éventuellement le paiement volontaire (indemnité d'entretien)."* De advocaat-generaal is het niet eens met dit vernietigingsvonnis ; de vrijlating van een slaaf kan een regeling van belangen met zich

brengen. Hij doet aan de districtscommissaris vragen of er hierover op de gewestbudgetten nog kredieten bestaan (239).

NIMY MAVUETE t. PUKUTA (Boma 1957, 73)

350. DE SCHENDING VAN HET GEZAG VAN GEWIJSDE.

Pukuta eist de Pidi-gronden op. De gewestrechtbank van Lukula veroordeelt Nimy om de plaats te ontruimen, en beschrijft de grens die voortaan de dorpen Zela Vungu en Vemba Vungu zal scheiden. Op rekwest van Nimy wordt dat vonnis vernietigd door de parketrechtbank van Boma, omdat het strijdig is met een vonnis van 1949 van de gewestrechtbank van Tsela. Het schendt het gezag van gewijsde dat van universele openbare orde is, meent de rechtbank. Dit wordt terecht door de procureur, die eerder wegens verwarring in de motivering zou vernietigd hebben, betwijfeld.

351. BESLUIT.

De openbare orde werd zeker niet al te dikwijls ingeroepen door de parketrechter. De parketrechtbank van Leopoldstad deed er bijvoorbeeld in 1958 slechts driemaal een beroep op als vernietigingsmotief, terwijl in datzelfde jaar 7.453 vonnissen door de centrumrechtbanken gewezen werden en 1.695 door de gewestrechtbank. Die vaststelling geldt voor de drie onderzochte jaren en de zeven parketrechtbanken van de toenmalige provincie Leopoldstad ; ze mag geëxtrapoleerd worden voor heel Kongo. Indien we immers in een heel andere hoek van Kongo de vernietigingsvonnissen nagaan van de parketrechtbank van Uele te Buta van 1949 tot 1958 (240), komen

(239) Het antwoord van de districtscommissaris luidt als volgt : „Je ne suis pas d'avis que les budgets du territoire doivent intervenir en cas de libération sans remboursement de la dette qui est à l'origine de l'esclavage.
En effet, il est équitable aux yeux des indigènes et suivant la coutume que le maître qui a acheté de bonne foi l'esclave obtienne le remboursement du prix ou un dédommagement. Au même titre, l'esclave lui-même est tellement convaincu de l'équité de ce remboursement que lorsqu'il réclame sa libération, c'est qu'il est à même de verser l'indemnité de rachat. Cet effort personnel il le réalisera lui-même.
En pratique l'esclave demande sa libération et offre l'indemnité coutumière à son maître qui en prend possession. Cet argent il a sur lui au moment qu'il se présente devant le tribunal. C'est par simple routine que les Tribunaux appliquent aux dommages et intérêts qu'ils prononcent la contrainte par corps. Ils ont été invités partout à se borner de constater cet accord et la libération de l'esclave sans condamner subsidiairement à la contrainte par corps.
Personnellement, je ne connais pas de cas où la contrainte par corps a été exercée.
Imputer le remboursement de la dette qui est à l'origine de l'esclavage à charge de la trésorerie de la Colonie, constituera un acte que les intéressés ne considéreraient pas comme les libérant et ce qui les inciterait à suppléer ce rachat par leurs propres deniers. L'intervention de la Colonie aurait dès lors été superflue."

(240) Deze vonnissen werden ons zeer bereidwillig ter inzage gegeven door de Heer J. VANDERLINDEN, docent aan de rechtsfaculteit te Addis Abeba. Ze werden door hem verzameld terwijl hij in 1959 met een zending belast was door het wetenschappelijk en geneeskundig centrum van de vrije universiteit van Brussel in Centraal–Afrika (CENUBAC).

we tot dezelfde bevinding, dat de rechters namelijk zelden een beroep deden op deze techniek.

Indien we nu de zaken nagaan waarin de parketrechters deze techniek gebruikten, komen we tot de bevinding dat ze ook op dit punt zeer omzichtig waren om het begrip te hanteren. Ze waren zich niet bewust van de mogelijkheden die dit instrument hen bood. Praktisch dachten ze slechts aan wat we de seksuele openbare orde zouden kunnen noemen. Sinds Freud weet men nochtans dat de grote kwestie van het goede en het kwade niet in de sexualiteit ligt (241).

Zo men inderdaad alle gevallen beschouwt uit de drie onderzochte jaren, waarin de openbare orde werd ingeroepen, bemerkt men dat de meeste gevallen betrekking hebben op concubinaat (242), ontmaagdingsvergoeding (243), prostitutie (244), polygamie (245), erkenning van een overspelig kind (246) ; ook wel op de toestemming tot het huwelijk (247) en op ongegronde echtscheiding (248). Daarnaast heeft één geval betrekking op slavernij (249), één op toewijzing van kinderen na echtscheiding (250), en één op het gezag van gewijsde (251). In de rechtspraak van Buta is het voor de beschouwde jaren 1949-1958 precies hetzelfde : onderhoudsvergoeding na concubinaat (252), ontoelaatbare echtscheiding (253), erkenning van overspelig kind (254), terugvordering van bruidsprijs bij het einde van een polygamisch huwelijk (255), toestemming bij het huwelijk (256). Daarnaast treffen we één geval aan over niet-afgewerkte saisine (257), één over het

(241) Cfr. CARBONNIER J., *Droit civil*, II, P.U.F., 1967, blz. 190. *„Il est remarquable que, dans la pratique française, la notion de bonnes moeurs n'ait guère été envisagée que par rapport à la morale sexuelle, alors qu'en Allemagne, la clausule correspondante (§ 138, 826 B.G.B.) a servi à tout autre chose, et notamment à la répression de l'abus de droit, de la lésion, etc. (cfr. Arminjon-Wolff, II, nº 478). Ce n'est pas assez pour conclure que notre droit a l'esprit mal tourné."* In het Duitse recht betreft het begrip goede zeden zowel de sexuele en de sociale moraal als de algemene zedelijke ordening. Volgens de wet (op de *Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften*) zijn publicaties strijdig met de goede zeden, wanneer er een verruwende werking van uitgaat, die tot gewelddadigheid, misdaden of rassenhaat prikkelen, en wanneer ze de oorlog verheerlijken.
(242) LEOPOLDSTAD 1957, 10 EN 71 ; LEOPOLDSTAD 1958, 106 ; KIKWIT 1958, 27.
(243) LEOPOLDSTAD 1958, 26.
(244) KIKWIT 1959, 22 EN 23 ; BOMA 1957, 66.
(245) KIKWIT 1958, 21 EN 41 ; THYSSTAD 1957, 26 ; BOMA 1957, 88 ; BOMA 1958, 40.
(246) LEOPOLDSTAD 1958, 6.
(247) INONGO 1958, 47.
(248) BOMA 1957, 28 EN 57 EN 59 ; INONGO 1957, 4, 10 tot en met 14 ; 1958, 45.
(249) THYSSTAD 1957, 15.
(250) THYSSTAD 1957, 5.
(251) BOMA 1957, 73.
(252) Parketrb. Buta, 6 maart 1953, nr 1287 en 1288 ; 23 februari 1953, nr 1304 ; 31 juli 1954, nr 1468 en 1469 ; 30 januari 1957, nr 1573 ; 28 juni 1955, nr 1529.
(253) Parketrb. Buta, 24 januari 1955, nr 1521.
(254) Parketrb. Buta, 4 mei 1951, nr 1186 ; 16 juni 1958, nr 1648.
(255) Parketrb. Buta, 9 maart 1953, nr 1271.
(256) Parketrb. Buta, 18 februari 1953, nr 1295 ; 21 februari 1953, nr 1265 ; 9 maart 1953, nr 1270 ; 18 februari 1953, nr 1263 en 1264.
(257) Parketrb. Buta, 24 februari 1953, nr 1285.

gezag van gewijsde (258), één over niet-bestraffing bij diefstal (259), en drie gevallen over burgerlijke aansprakelijkheid (260).

Gezien in het licht van de belangstelling die het begrip koloniale openbare orde in de rechtsleer genoot – A. SOHIER sprak van *„cette notion si importante pour la pratique* –, en van de inderdaad rijke mogelijkheden die het begrip in theorie biedt, moet het besluit van dit onderzoek wel als ontgoochelend bestempeld worden. Op de positieve zijde kan daarentegen geboekt worden dat het beweerde misbruik van het begrip openbare orde afwezig lijkt.

Om het relatieve van het begrip openbare orde te onderstrepen kunnen we nog vermelden dat hetzelfde begrip gebruikt werd om een vonnis te verbreken dat de echtscheiding na kerkelijk huwelijk had uitgesproken (261), en om een vonnis te verbreken dat geweigerd had de echtscheiding uit te spreken na voltrekking van een kerkelijk huwelijk (262).

De vermelde vonnissen van de parketrechtbank van Buta leveren een kras staaltje van tegenstrijdige rechtspraak, dat duidelijk voor de noodzaak aan een hoogste gerechtshof pleit. Bij vonnis van 20 juni 1951 stemde de vernietigingsrechtbank van Uele impliciet in met de opvatting van de gewestrechtbank volgens welke een gewoonterechtelijk en kerkelijk huwelijk niet kan ontbonden worden op vordering van de man. In een vonnis van 22 augustus 1958 vernietigde dezelfde rechtbank ditmaal een vonnis van de gewestrechtbank dat zoals de vorige keren de vordering in echtscheiding van de eiser verwierp, omdat hij een kerkelijk huwelijk had aangegaan dat gelijkgesteld moest worden met het huwelijk bij bloeduitwisseling van de Zandegewoonte, waarvan de waarde deze van een gewoon huwelijk overtrof. In het eerste vonnis was de vernietigingsrechter de mening toegedaan dat een onontbindbare overeenkomst, die meer ontwikkeld was dan de oude G' Bakulagewoonte, het kerkelijk huwelijk nl., de uitwisseling van bloed heeft vervangen, en dat de rechtspraak van de Zande-rechtbanken echtscheiding weigerden bij een kerkelijk huwelijk, omdat de godsdienstige praktijk de uitdrukking betekende van de wil der partijen om een onverbreekbaar huwelijk aan te gaan. In het tweede vonnis meende de rechter dat die gewoonte het concubinaat aanmoedigde en de geboorte van onwettige kinderen tot gevolg had en derhalve strijdig was met de openbare orde.

(258) Parketrb. Buta, 11 augustus 1950, nr 1148.
(259) Parketrb. Buta, 3 mei 1952, nr 1217.
(260) Zie voetnoten 181, 182 en 183.
(261) BOMA 1957, 28 (rechter MAZY): Parketrb. Buta, 21 juni 1951, nr 1191 (DELVAUX), medegedeeld door Prof. J. VANDERLINDEN.
(262) Parketrb. Buta, 22 augustus 1958, nr 1650 (CH. BAR), medegedeeld door Prof. J. VANDERLINDEN van de universiteit van Brussel.

Afdeling IV. DE FUNCTIE VAN DE ALGEMENE ORDE. DE ROL VAN DE RECHTER

„Prenez garde de vous laisser atteindre de la folie du nouveau . . . Prenez garde surtout de vous laisser ensorceler par le mythe du législateur. Il vaut mieux que vous pensiez au juge qui est vraiment la figure centrale du droit. On peut imaginer une organisation juridique sans lois, mais non sans juges. Or, en Europe, je veux dire en Europe continentale, la silhouette du législateur domine celle du juge, c'est là notre pire défaut."

CARNELUTTI F., Discours aux juristes africains, *Rev. Jud. C.*, nr. 4, blz. 84.

§ 1. Een omstreden begrip

352. EEN DELICAAT TE HANTEREN INSTRUMENT DAT MISBRUIKEN MOGELIJK MAAKT.

Dat de exceptie van openbare orde een delicaat instrument is dat voorzichtig gehanteerd moet worden, verneemt men zowel uit de Engelse als uit de Franse doctrine, en eveneens dat misbruiken wel mogelijk waren. Aldus schrijft ALLOTT : *„In the courts of West Africa judges have sometimes used this phrase as a blunt instrument to strike down any customary rule (and perhaps even a particular litigant) of which they disapprove. Excessive use of the cane – fails to achieve its object ; and a certain restraint on the part of the judges is called for in their handling of customary law."* (263). Ook LUCHAIRE maant tot voorzichtigheid aan : *„L'ordre public colonial doit être assez peu exigeant ou, tout au moins ne peut progresser que lentement, car, sinon, la société à laquelle on veut l'imposer ne l'acceptera pas : les lois métropolitaines, si elles sont trop nombreuses ou trop éloignées des coutumes, resteront lettre morte, les décisions de justice écartant les coutumes resteront ignorées et les justiciables éviteront même de recourir aux tribu-*

(263) ALLOTT, blz. 198.

naux officiels. Il ne faut donc utiliser qu'avec une très grande prudence et que très exceptionnellement la notion d'ordre public colonial." (264)

Over het misbruik van de exceptie lezen we, in een afdeling getiteld „*Une conception normativiste de la civilisation*", uit het proefschrift van THIAM DOUDOU (265) :

> „Si l'on passe du plan international au plan colonial, la notion d'ordre public présentera un visage nouveau : elle apparaîtra non seulement comme un moyen de défense, mais aussi et surtout comme un moyen d'expansion de la civilisation du colonisateur (. . .) Bien que la constitution maintienne expressément le statut personnel, le domaine de ce statut pourra se trouver notablement rétréci par la mise en jeu de l'ordre public colonial. C'est un risque d'envahissement du statut local, et d'autant plus que l'ordre public jouera principalement en droit privé. Mais ce qui rend ce risque encore plus grand, c'est que l'ordre public est une notion vague et très difficile à délimiter. Son champ d'application dépendra de celui qui l'applique. Le juge est souverain pour apprécier les nécessités de l'ordre public colonial. Les auteurs s'accordent, en général, pour dire qu'il a fait preuve de sagesse et de modération dans ce domaine ; en limitant l'ordre public au „principe du respect de la vie et de la liberté des individus." (266) Mais si clairvoyant qu'ait été l'usage de cette notion en jurisprudence, il y a eu nécessairement atteinte au statut personnel. On ne peut toucher à un élément quelconque de ce statut sans le modifier dans une certaine mesure. Peut-être d'ailleurs, ne faut-il pas trop se fier aux seules décisions publiées dans les recueils. Un administrateur des colonies, témoin de la pratique quotidienne des tribunaux indigènes, nous donne sur ce point un témoignage qui semble devoir attirer notre attention : „notre système juridique, dit-il, mérite un grand reproche : il permet trop facilement de ne pas respecter les coutumes. L'ordre public se fait de plus en plus envahissant. Etendre cet ordre public, c'est combler le fossé qui sépare les indigènes de la civilisation occidentale, mais c'est détruire des coutumes que nous avons promis de respecter et dont l'esprit n'est pas toujours en opposition avec celui des lois." (267).

353. DE CONFERENTIE VAN DAR ES SALAAM VAN 1963.

Het begrip heeft dus wel een koloniale bijsmaak verworven, en het baart geen verwondering dat de Ghanese „Courts Act" van 1960 (268) de exceptie afgeschaft heeft en dat tot deze afschaffing aangespoord werd door de conferentie over gewoonterecht in 1963 te Dar es Salaam gehouden (269). Dit

(264) LUCHAIRE, *loc. cit.*, nr 124.
(265) THIAM, D., *La portée de la citoyenneté française dans les territoires d'Outre-mer*, Paris 1953, blz. 90.
(266) ROLLAND en LAMPUE, *op. cit.*, blz. 298.
(267) MOREAU, P., *Les indigènes d'A.O.F.*, uitg. Domat Mon., blz. 154.
(268) *Courts Act*, 1960, (C.A.9) s. 67.
(269) Cfr. supra nr 308 ; In Ghana werd de figuur – dat weze opgemerkt – omgedraaid en zijn het de „Europese" rechtsregels die niet mogen indruisen tegen het gewoonterecht. Het ontwerp van grondwet erkende als Ghanees recht *„the doctrines of common law and equity, in so far as their application is not inconsistent with such indigenous laws and customs or with any enactment for the time being in force"*. De gepromulgeerde tekst bevat deze bepaling niet, doch ze werd opgenomen in de *„interpretation act"* van 1960 (RUBBIN en MURRAY, blz. 183).

valt te betreuren, want ook los van elke koloniale context heeft de exceptie haar nut. In paragraaf II zal aangetoond worden dat dit instrument niet overboord hoeft geworpen te worden. Zoals A. ALLOTT het uitdrukt : „*The repugnancy-clause gives flexibility to the administration of justice, since it puts the extent of the operation of customary law ultimately in the hands of the judges. It is within the discretion of a judge (and equally of the administrative officer-magistrates to whom much of the work of supervising the operation of customary law falls) whether to allow a certain rule of customary law to operate or not ; but this discretion is a judicial one, which should be exercised, so far as possible on clear and satisfactory principles.*" Dit laatste zou precies een taak voor het Hoogste Gerechtshof kunnen zijn.

§ 2. Een nieuwe functie van de openbare orde

> „The old residual concept of ‚justice, equity and good conscience' should be explicitely retained and equitable principles employed as a policy-oriented technique for developing the law to meet the requirements of the changing social environment."
>
> BENTSI-ENCHILL KWAMENA, *Ghana land law, an exposition, analysis and critique,* African Universities press, London 1964, blz. 241.

354. DE EERBIEDIGING VAN HET GEWOONTERECHT.

De vraag mag worden gesteld, of het aanwenden van het begrip openbare orde, als instrument van een gewoonterechtelijke politiek, nog zin heeft sinds het einde van de kolonisatieperiode met haar verkapte assimilatieneigingen. In het belang van de ontwikkeling van het traditionele recht menen we hierop bevestigend te moeten antwoorden.

Het staat inderdaad buiten kijf dat de economische ontwikkelingen het gewoonterecht niet onaangeroerd (zullen) laten. Het recht zal zich steeds weer moeten aanpassen – misschien ten dele aangepast worden – aan gewijzigde levensomstandigheden. Het traditionele recht zal zich nochtans tegen vernieuwing verzetten. Zo verzet zich bij de Ashanti het matrilineale stelsel tegen de verdringing door het patrilineale, dat beter past bij de handelseconomie, die meer en meer de voedseleconomie vervangt (270). Meestal ook

(270) ZAJACZKOWSKI, A., La Famille, le lignage et la communauté villageoise chez les Ashanti de la période de transition, *Cahiers d'Etudes Africaines,* Parijs, december 1960, blz. 111-112.

wordt bijvoorbeeld aangenomen, dat de ontwikkeling van het grondenr zal moeten gaan in de richting van individualisering, d.w.z. dat het onts van een individueel recht, dat het westerse begrip eigendom van grond n komt, bevorderd zal moeten worden (271).

Op het latente verzet hiertegen wordt gewezen door SORET in studie over het Kongo-grondenrecht (272) : „*Placés depuis longtemps contact direct avec les Européens, les Kongo ont subi au maximum l fluence de notre civilisation ; mais leur traditionalisme inné les rend méfian devant la nouveauté qu'ils ne se décident que lentement à accepter . . . Ils veulent prendre de notre civilisation que ce qui n'est pas en contradictio absolue avec leur culture.*" Tegen wat in hun ogen nieuwlichterij is, zullen verdedigers van het Kongolese traditionele recht op de grondwettelijke wa borg, in artikel 57 vervat, steunen. Diezelfde tekst bevat echter een vo behoud bij de eerbiediging van het traditionele recht, de openbare orde, dit begrip biedt aldus technisch gezien een uitweg, de enige voor de rech

355. DE MACHTELOOSHEID VAN DE WETGEVER.

Men kan opwerpen dat voor de gewoonterechtelijke ontwikkelin politiek de wetgever verantwoordelijk is. Dikwijls staat deze hier nocht machteloos. (273) Het decreet van 4 april 1950 op de veelwijverij kan schoolvoorbeeld van onmachtig wetgevend ingrijpen dienen (274). Hetzelf mag eveneens gezegd worden van de wetgevende verordening van 31 janu 1947, die de polyandrische rechtsgewoonten verbiedt (275). Artikel 9 le vervolgingen op tegen alle inlanders die binnen een termijn van twee maa den na datum van het van kracht worden van de verordening aan de bevo de rechtbank de vernietiging van de polyandrische rechtsbanden waarin zich bevinden, niet zouden hebben gevraagd, en bepaalt dat de nietigheid v die rechtsbanden ambtshalve uitgesproken zal worden.

Zoals BRAUSCH laat opmerken, na een onderzoek dat hij instelde in h Basongo-gewest in Zuid-Kasaï, waar een vijfentwintigduizend Lele gevestig

(271) Aldus wordt in voorzichtige termen aanbevolen door de *East African Royal Commissio* 1953-1955, in hoofdstuk 23 van haar rapport (Cmne. 9475) ; geciteerd door SONIUS, H.W.J. *Inleiding tot begrippen van Gewoonte-grondenrecht in Afrika*, Leiden.

(272) In : *African Agrarian Systems*, uitgegeven door BIEBUYCK.

(273) DANIELS, blz. 291 : „*Legislation should always succeed education and not precede it. If a state legislates ahead of public opinion, it is tantamount to putting the cart before the horse.*"

(274) SOHIER, blz. 192 ; nr 16, blz. 25. Dezelfde gedachtengang in : La réforme de la dot et l liberté de la femme indigène, *B.J.I.* 1950, blz. 217.

(275) De polyandrie onderscheidt zich essentieel van de veelwijverij doordat het er niet om opeenvolgende huwelijksovereenkomsten gaat, doch om één enkel contract waardoor een vro zich hecht aan een homogene groep mannen (d.i. een broederschap, verwantschapsgroep ouderdomsklasse, bij voorbeeld) ; als gewoonterechtelijke instelling komt ze in Kong uitzonderlijk voor (Bapende, Ambunda, Bashi–Lele en Badinga, het genootschap d geneeskundigen van de Ankutshu van Lodja).

zijn (276) : „*Tout d'abord, il est à craindre qu'une application trop stricte de ce texte légal ne provoque une rupture d'équilibre social qui pourrait être la cause d'un de „ces traumatismes sociaux" (277) qui sont les grands responsables de la paucinatalité qu'on observe dans de nombreux milieux indigènes... Ces dispositions draconniennes attaquent les fondations de tout l'édifice social et économique des Bashi Lele par l'élimination des classes d'âge qui en forment une entité vitale... Les mariages classiques ont créé un réseau serré de contrats qui forment une des bases de la structure économique de cette tribu et qu'il est de ce fait impossible de supprimer d'un seul coup sans faire chanceler cette structure.*" Een jaarlijks bestuursrapport (278) vermeldt in dezelfde lijn : „*Il n'y a pas lieu de prendre des mesures trop catégoriques, qui risqueraient de provoquer des perturbations trop profondes dans les communautés Bashi-Lele et qui iraient à l'encontre du but poursuivi tant par l'administration que par les missions. L'action de la première, par les juridictions indigènes et le tribunal de territoire, ainsi que par une propagande constante et éclairée, et l'influence des secondes par l'enseignement, l'école et l'action directe sur les indigènes entrant en contact avec elles produiront sans aucun doute un résultat meilleur et plus durable. Il s'agit en effet de diriger l'évolution d'une manière lente et progressive, plutôt que de provoquer des à-coups et un malaise qu'il serait difficile de faire disparaître.*" (279)

Waar de wetgever bij algemene maatregel nog niet kan tussenbeide komen, kan *een rechter* dit echter misschien wel, omdat hij bij elke rechtssituatie kan aanvoelen of de rechtsonderhorigen de geëiste rechtsontwikkeling reeds zullen aanvaarden ; *trial and error* zijn trouwens mogelijk.

356. DE AANPASSING AAN DE ONTWIKKELING VAN HET JURIDISCH GEWETEN.

Volgens recente rechtspraak uit de Franse gebieden zou hierbij echter het begrip openbare orde niet meer gebruikt hoeven te worden ; het zou volstaan een nieuwe gewoonte „vast te stellen". Aldus LUCHAIRE : „*Ainsi, plutôt que d'opposer l'ordre public colonial à l'ordre juridique musulman, (la nouvelle jurisprudence) préfère adapter le droit musulman à l'évolution de la conscience juridique. Elle accomplit un effort dont la licéité est parfaitement reconnue par le droit musulman lui-même.*" (280). Indien in de Franse gebieden deze verdraaiing der feiten door de rechtspraak *begrijpelijk* was, omdat bij verwerping van een gewoonterechtsregel wegens de openbare orde het geschreven recht toegepast moest worden, zou ze onaanvaardbaar zijn in

(276) BRAUSCH, G., Polyandrie et „mariage classique" chez les Bashi Lele, *Problèmes d'Afrique Centrale*, 1952, nr 12, blz. 100.
(277) *Les associations prénuptiales dans la Haute Lukanya, B.J.I.* 1947.
(278) *A.I.M.O.*, Verslag, 1945, blz. 5.
(279) Het is duidelijk dat er gevallen bestaan waarin de openbare orde onmiddellijk zou tussenkomen, namelijk die waarin dwang zou uitgeoefend worden op een vrouw of een meisje om de polyandrische situatie te aanvaarden.
(280) LUCHAIRE, V° *Ordre Public*, nr 137, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, III.

Kongo, waar deze verontschuldiging niet geldt, vermits in dat geval naar billijkheid geoordeeld moet worden. Na vastgesteld te hebben dat, ofschoon de gewoonte op een bepaald punt nog niet evolueerde, de geesten rijp zijn voor een nieuwe regel, lijkt het juister, openlijk de oude regel strijdig met de openbare orde te verklaren. Er is een tweede reden om het begrip niet te verwerpen : de gewoonterechtelijke *feitenrechter* heeft minder oog voor de geschetste ontwikkelingsnoodzaak dan de vernietigingsrechter, tot wiens vernietigingsmiddelen precies de openbare orde behoort.

357. DE ROL VAN DE RECHTER.

De agerende minderheid in de Kongolese republiek is zich bewust van de economische onderontwikkeling van het land, en van de noodzaak van de *take-off* (Cfr. W.W. ROSTOW, *The Stages of Economic Growth*). Op zijn domein geeft de vernietigingsrechter er zich vooral rekenschap van, dat bepaalde gewoonterechtelijke regels een belemmering vormen voor een moderne gemeenschap die zich industrialisatie, met urbanisatie als onvermijdelijk corolarium, ten doel stelt. Waarom zou hij, om een gewoonterechtsregel af te schaffen, waarvan het bestaan storend werkt bij een vlotte *take-off*, telkens moeten wachten op een wetgevende maatregel die, zoals we hoger aanstipten, toch niet soepel genoeg kan werken ? (281) Indien dat psychologisch mogelijk is, zou hij geen gebruik maken van het begrip openbare orde dat hem ter beschikking staat ?

In het vorige hoofdstuk werd bij elke rechtstak gewezen op de grote rol van de rechter bij de inwerkingstelling van de openbare orde. We hernemen het woord van P. BERNARD over de administratieve rechter : *„En définitive, c'est donc le juge qui est l'accoucheur de la notion d'ordre public, notion qui est à la fois reliée à la loi et à la réalité sociale. (. . .) L'ordre public ce sera donc l'organisation sociale vue à travers la conscience juridique moyenne de la collectivité."* (282) Door de interpretatie van het begrip „koloniale" openbare orde in de hoger geschetste zin kennen zowel de gewoonterechter ten gronde als de vernietigingsrechter zichzelf op analoge wijze een vrij grote macht toe. Zou er gevaar zijn voor een *government by judiciary ?* Neen, want bij zijn negatieve taak moet de rechter, om zijn subjectief oordeel te staven, rekening houden met het statistische waardeoordeel van de agerende minderheid van het land, meer bepaald met het Kongolese geschreven recht, waarvan de geest hem tot leidraad moet dienen.

(281) Interessant om hier aan te halen is de bepaling van de openbare orde in de zin van het Sovjetrecht : *„Tout ce qui est nécessaire à la réalisation des buts de la société socialiste et n'a pas été exprimé par la loi écrite."*
AGARKOV, *Bulletin Académie des Sciences*, 1946, blz. 44, aangehaald door MALAURIE, blz. 32, nr 33.

(282) Formule van DUGUIT, hernomen door JULLIOT DE LA MORANDIERE, geciteerd door BERNARD, blz. 261.

Het burgerlijk wetboek, het personen- en familierecht vooral, moet echter hervormd worden ; pas dan zal het representatief zijn voor wat de agerende minderheid der Kongolese gemeenschap als algemeen, sociaal-economisch aangepast recht wenst. Zoals René DAVID, die het burgerlijk wetboek van Ethiopië samenstelde, schrijft (283) :

„La réforme du code civil est, en France même, une question à l'ordre du jour. Autant et plus encore qu'en France, elle s'impose dans les Etats africains dans lesquels le code civil français a été, dans une très large mesure, introduit. La raison ne s'en trouve pas essentiellement dans le fait de l'accession de ces Etats à l'indépendance ; le droit civil est, dans notre conception, très peu lié à l'idée de souveraineté, de même qu'il est très indépendant du régime politique. Un même droit civil – jus commune – a été enseigné dans toutes les Universités de l'Europe jusqu'à la codification napoléonienne ; le code Napoléon est demeuré en vigueur dans les départements de l'Empire français qui ont formé la Belgique et le Luxembourg ou qui ont été annexés à la Prusse ; il n'a subi en France aucun changement, hormis l'abolition du divorce en 1816, tandis que les régimes politiques se chassaient l'un l'autre, et que les Constitutions se succédaient à un rythme compromettant pour leur prestige.

La raison pour laquelle une refonte du code civil s'impose dans les Etats africains est double. On trouve à la nécessité d'une réforme du code civil en Afrique, en premier lieu, les mêmes raisons qui imposent cette réforme en France. Le code civil est fondé sur une philosophie, et exprime des idées, qui ne sont plus celles de notre siècle ; il comporte des parties inutiles et vieillies ; il comporte d'un autre côté des lacunes, et cela est vrai en Afrique comme en France. D'autres raisons qui poussent à une réforme du code civil sont propres à l'Afrique. On peut aussi envisager d'inclure dans la réglementation du code civil des matières (statut de la famille, régime des terres) qui ressortissent actuellement de la coutume.

Il convient d'autre part, indépendamment de là, de tenir compte des structures sociales et de situations économiques qui ne sont pas les mêmes qu'en Europe et qui peuvent appeler à divers égards des règles à elles appropriées".

358. EEN PROGRESSIEF BURGERLIJK WETBOEK, TECHNISCH VAN WESTERSE INSPIRATIE, EN NIET ONMIDDELLIJK OP ALLE RECHTSONDERHORIGEN TOEPASSELIJK.

Nochtans gaat DAVID verder :

„il ne faut pas avoir exclusivement, ni même mettre au premier plan, dans une codification, la préoccupation de respecter les coutumes ; le code ne doit pas être conçu essentiellement comme une coutume réformée et améliorée. Le code doit viser à dire les solutions qui, à une époque et dans un milieu donnés, sont les meilleures pour une société. Si cette société est dans un état satisfaisant, le code sera naturellement fondé sur les coutumes. Si la société, en revanche, est telle

(283) DAVID, R., La refonte du code civil dans les états africains, *Penant*, 1962, nr 692, blz. 352.

qu'une révolution s'impose pour qu'elle parvienne à un état de développement satisfaisant, les coutumes ne peuvent lui servir de base.

L'idée que l'œuvre de codification doit être réalisée en faisant évoluer les coutumes n'a de valeur que dans certaines circonstances ; dans d'autres circonstances, il faut résolument combattre le droit coutumier et le faire disparaître, car il fait obstacle à une transformation nécessaire à la société.

La coutume réapparaît cependant, de façon inévitable, lorsqu'il s'agit d'élaborer les règles qui, pour une société donnée, apparaissent comme étant les meilleures, les plus favorables et les plus justes. Un facteur à prendre en considération dans cette élaboration, est la possibilité d'obtenir, dans la pratique une application effective du droit. Le droit doit être en d'autre termes en avance sur la société, mais il ne doit être trop en avance ; il doit composer avec les données sociales et respecter dans une certaine mesure les sentiments et manières de voir naturelles de la société, à peine de demeurer une œuvre théorique et de perdre même le caractère de droit, car il ne serait plus, en dépit de toute sa valeur morale, ce qui est juste pour la société envisagée."

R. DAVID had echter dit nieuwe Burgerlijk Wetboek liefst niet onmiddellijk op alle rechtsonderhorigen toegepast gezien :

„Une solution meilleure consiste, me semble-t-il, à reconnaître l'existence parallèle de deux systèmes complets différents : l'un pour les rapports entre ‚citoyens de statut indigène' (jus civile), l'autre pour les rapports entre „citoyens de statut occidental" (jus gentium). Cette solution, qu'a connue le droit romain, et à laquelle se rattache l'idée originaire de Capitulations (le droit musulman étant fait pour les seuls croyants de l'Islam), est celle à laquelle j'ai pensé pour l'Ethiopie. Je n'ai pu toutefois la réaliser dans ce pays, ayant dû renoncer à la tâche d'établir un projet de code de procédure civile.

C'est en effet sous un aspect nouveau, procédural, que j'avais envisagé de donner effet à cette idée. Il me paraissait clair que le code civil éthiopien était, dans certaines de ses parties, trop „progressif" pour pouvoir être appliqué immédiatement de façon générale en Ethiopie. Mon intention avait été de prévoir son application effective, dans l'immédiat pour certaines catégories de procès seulement ; procès intéressant les étrangers ou les personnes inscrites au règistre du commerce, ou les contrats administratifs. Pour les autres litiges, son application n'aurait été prévue que de façon progressive : les juges devant en principe appliquer les dispositions du code, mais la possibilité d'un recours contre leurs jugements étant limitée. Un recours n'aurait pas été possible contre un jugement dans tous les cas de violation de la loi, mais seulement dans le cas où le jugement critiqué aurait été contraire aux principes fondamentaux de la justice.

La notion de principes fondamentaux de la justice, originairement confinée dans l'observation des règles fondamentales de la procédure, aurait été graduellement élargie pour comprendre le respect de certains principes d'ordre public, intéressant le fond du droit. L'extension ici envisagée aurait pu procéder à un rythme différent selon les différentes parties du droit, et aussi selon les différentes provinces."

359. TOEPASSING OP DE KONGOLESE SITUATIE.

Deze toestand, die DAVID in Ethiopië zou gewenst hebben maar die aldaar geen werkelijkheid werd, kan nu in onze opvatting precies de toestand in Kongo zijn. Naast een – te hernieuwen – Burgerlijk Wetboek zijn inderdaad de verschillende gewoonterechtssystemen van kracht.

In de nabije toekomst blijft, in het belang van de meerderheid der Kongolese rechtsonderhorigen die wars is van een wet die hem vreemd is, het samen-bestaan van een bijzonder recht van Europese oorsprong en van bijzondere rechtsstelsels van Afrikaanse oorsprong onvermijdelijk – en dit zelfs indien het bijzonder recht van Europese oorsprong aangepast wordt aan de nieuwe tijden. Laatstgenoemde hervorming dringt zich op, eensdeels om dezelfde redenen als die welke ook in België een hernieuwing van het burgerlijk wetboek wenselijk maken (284) ; anderdeels om redenen die eigen zijn aan Kongo, dat een meer op het eigen volk afgestemd wetboek wenst. Maar die herziening zal de noodzaak niet opheffen van een aanvaarde coëxistentie van een bijzonder geschrevenrechtelijk stelsel en andere bijzondere gewoonterechtsstelsels.

In een nabije toekomst zou het al van even weinig werkelijkheidszin getuigen, gezien de recruteringsmoeilijkheden, de onkunde van de geschrevenrechtelijk gevormde juristen wat de gewoonten betreft en de territoriale uitgebreidheid van het land, met één pennetrek het dualisme van de rechterlijke inrichting te willen afschaffen.

De veiligheidskleppen zijn o.i. voldoende om de bezwaren tegen dit dualisme op te vangen, op voorwaarde van enkele hervormingen *de lege ferenda*. Inderdaad zijn de rechtbanken van geschreven recht bevoegd de bijzondere gewoonterechtsstelsels van Afrikaanse oorsprong toe te passen, zodat een rechtsonderhorige *die dat wenst*, zijn vordering voor een rechtbank van geschreven recht kan brengen. De districtsrechtbanken vormen trouwens een verbindingsschakel.

Voor de volgende punten nochtans is wetgevende bemoeiing gevergd : een soepele reglementering van de individuele rechtskeuze zou het impliciet opgeheven immatriculatiestelsel moeten vervangen, en zou eveneens richtlijnen moeten geven voor de intergentiele rechtsconflicten. Wat de inrichting betreft zou elke stads- en gewestrechtbank voorgezeten moeten worden door een jurist die in een hoger instituut gevormd werd, en die onafhankelijk is van het lokaal bestuur.

(284) Cfr. Redactieraad van het Tijdschrift voor privaatrecht, Herziening van het Belgisch burgerlijk wetboek ... , *T.P.R.* III (1966), blz. 517-546.

360. DE GECONTROLEERDE EXPANSIE VAN HET PROGRESSIEVE BURGERLIJK WETBOEK.

De door DAVID vermelde uitbreiding (slechts wanneer vereist, en mogelijk) kan geschieden door een beroep te doen op de algemene orde. Bij het afschaffen van een gewoonterechtsregel moet volgens het decreet de feitenrechter in billijkheid oordelen. Deze billijke oplossing zal geïnspireerd worden door het *te vernieuwen* geschreven recht.

Het is vanzelf duidelijk dat het inroepen van de algemene orde uitzonderlijk moet blijven, en dat het beginsel van de eerbiediging van het traditionele recht primeert. Hierover zou het Hoogste Gerechtshof trouwens waken, door bij *onverantwoord* gebruik van de „algemene orde" te verbreken. Een uitlaatklep moet echter blijven bestaan, zodat, wanneer de sociaal-economische ontwikkeling van de gemeenschap het verdwijnen van een gewoonterechtsregel dringend vereist, de rechter niet gedwongen zou zijn te weigeren de laatste stoot te geven die nodig is om een oude regel te doen verdwijnen, en een nieuwe te doen ontstaan. Tevens zou een herhaalde annulatie de punten, waarin hij met kans op welslagen kan ingrijpen, onder de aandacht van de wetgever brengen.

> „Nous voulons que nos sociétés s'élèvent à un degré supérieur de développement, mais d'elles-mêmes, par croissance interne, par progrès organique, sans que rien d'extérieur vienne gauchir cette croissance, ou l'altérer ou la compromettre.
>
> Dans ces conditions, on comprend que nous ne puissions donner à personne délégation pour penser pour nous ; délégation pour chercher pour nous ; que nous ne puissions désormais accepter que qui que ce soit, fût-il le meilleur de nos amis, se porte fort pour nous . . .", schreef CESAIRE aan Maurice THOREZ in 1956 toen hij uit de communistische partij trad (aangehaald in Lilyan KESTELOOT, *Anthologie négro-africaine,* Marabout Université, blz. 108). Het zouden de woorden van een Kongolees jurist kunnen zijn bij de vaststelling van een volksvreemd gebruik van de openbare orde.

Samenvattend kunnen we zeggen dat in de door ons voorgestane interpretatie van het begrip uit het tweede lid van artikel 57 van de grondwet – begrip dat noodzakelijk dezelfde betekenis moet hebben in het decreet op de inlandse rechtbanken –, de algemene orde een positieve rol te vervullen heeft, een dynamische, scheppende functie. In de andere rechtstakken integendeel bestaat de taak van de openbare orde essentieel in het opwerpen van een hindernis.

Het gaat er niet om, een veroordeling uit te spreken over het „morele" of het „immorele" van een door een volksgroep aanvaarde rechtsnorm. De geest waarmee dit begrip gehanteerd moet worden, is niet de geest van een „Victoriaans" cultuurnormativistisch ambtenaar ; wel die van een rechter die de lokale eigenaardigheden eerbiedigt, doch zich van de centraal gestelde ontwikkelingsnoodzaak bewust is.

De rol van het (te vernieuwen) geschreven recht is hierbij dubbel : negatief enerzijds, waar het een gewoonterechtsnorm doet verwerpen die, in een perspectief van ontwikkeling, *onmogelijk met hem te harmoniëren* valt, indien dit – belangrijke voorwaarde – de rechter *psychologisch mogelijk* blijkt ; positief anderzijds – dit slechts *inspirerend* nochtans, en niet dwingend –, als vervangregel, indien de aanwending ervan de rechter *niet onbillijk* blijkt. De vragen die de rechter zich stellen moet, zijn dus de volgende :

1. Bestaat de ingeroepen gewoonterechtsnorm werkelijk ?
2. Waarom zou ik ze *niet* toepassen ? (De ontwikkeling van het land eist hier toepassing van het algemeen recht ; de lokale gemeenschap is psychologisch rijp om de incasu door de ontwikkeling vereiste toepassing van algemeen recht te aanvaarden).
3. In hoever pas ik dan het geschreven recht toe ?

361. DE STILZWIJGENDE GOEDKEURING VAN DE WETGEVENDE MACHT.

Men ziet dat de macht van de rechter, bij het kwalificeren van een gewoonterechtsregel als strijdig met de openbare orde, groot is.

In wezen bestaat het uitwerken van een kwalificerend begrip erin, de uitbreiding ervan te bepalen, in de zin waarin gesproken wordt van uitbreiding van een begrip in de logica. Dat vergt van de rechter een scheppend werk, dat wat het begrip openbare orde betreft des te intenser zal zijn daar de wetgever dit door hem gebruikt begrip niet bepaald heeft. De zin van artikel 18 van het decreet op de gewoonterechtbanken te bepalen hoort de rechtbanken toe.

Maar de Kongolese rechterlijke macht heeft zich, hierbij de „gewoonterechtelijke" ontwikkeling van het voormalige moederland volgend, met de stilzwijgende goedkeuring van de wetgever de macht toegemeten, een wet uit te leggen en er de leemten van aan te vullen in een mate die voorzeker overtreft wat de Belgische grondwetgever voorzag, en die de Kongolese grondwetgever niet heeft verontrust.

Wanneer een rechterlijke beslissing geen wetgevende tussenkomst uitlokt, mag men volgens een theorie van WALINE, die overgenomen werd door Prof. RIGAUX veronderstellen dat ze de impliciete goedkeuring van de wetgevende macht heeft ontvangen (285). De rechtsschepping, waarin de interpretatie bestaat, werd door de wetgever bewust aan de rechter overgelaten.

Die theorie over de stilzwijgende goedkeuring van de wetgevende macht

(285) WALINE, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, *Mélanges Scelle*, 1950, II, blz. 612 ; deze stelling wordt niet aanvaard door BOULANGER, J., Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, *Rev. trim. dr. civ.*, 1961, blz. 417.

mag niet verward worden met een argument dat soms gebruikt wordt ter staving van de bindende kracht van de privaatrechtelijke gewoonte die in een geschrevenrechtelijk stelsel strijdig met de wet zou zijn : door het dulden van zulke rechtsgewoonte zou de wetgever op impliciete wijze de wettelijke beschikking, die niet langer gevolgd zou worden, afschaffen en daardoor vrije loop laten aan de bindende kracht van de afschaffende gewoonte. Het is echter een zuivere fictie te veronderstellen dat de wetgever kennis zou hebben van een private gewoonte die in een geschrevenrechtelijk stelsel strijdig is met de wet.

In tegenstelling tot private handelingen, die uit hun herhaling een bindende kracht putten, heeft iedere rechterlijke uitspraak gezag van gewijsde ; ze wordt in het openbaar uitgesproken, en de meest belangrijke uitspraken, namelijk de arresten van het Hoogste Gerechtshof, krijgen een doeltreffende publiciteit. Daarenboven heeft de wetgever een rechtelijke uitlegging die onwettelijk of inopportuun geacht werd, meermaals veroordeeld, wat toelaat te veronderstellen dat hij de andere stilzwijgend goedkeurt. Slechts op de rechtspraak van een Hoogste Gerechtshof blijkt deze theorie toepasselijk, en hierdoor wordt zijn politieke rol in het daglicht geplaatst (286). Alleen een uitspraak van het Hoogste Gerechtshof, en meer in het bijzonder een verbrekingsarrest, vermag de tussenkomst van de wetgever te rechtvaardigen, wanneer hij dit opportuun acht.

Opdat de vrijheid van uitlegging die aan de rechterlijke macht toegekend wordt, op een bevredigende wijze uitgeoefend zou worden, moeten de organen van die macht de vorm van een piramide aannemen, aan de top waarvan een uniek orgaan tot opdracht heeft over de eenheid van de rechtspraak te waken. Op de gevolgtrekking *de lege ferenda* van deze stelling wordt in het algemeen besluit teruggekomen.

362. DE NIEUWE FUNCTIE BELICHAAMD IN EEN NIEUW WOORD.

In het voorgaande werd soms de term „algemene orde" als synoniem van „openbare orde" gebruikt.

We zouden die term ingang willen doen vinden, om alle verwarring met de openbare orde in de zin van het internationaal privaatrecht en van het interne geschreven recht de pas af te snijden. Ook terwille van de logica : klinkt het inderdaad niet contradictorisch, een ordescheppende regel zonder meer tegen de orde te verklaren ? (287) Dat de behoefte aan een afzon-

(286) BOULANGER, J., Le précédent judiciaire dans le droit privé français contemporain, *Revue du Barreau Canadien*, 1961, blz. 65 v. ; Encyclopédie Dalloz, *Répertoire de droit civil*, V° jurisprudence.

(287) RUBBIN en MURRAY (nr 174) merken op : *„In view of the fact that customary law is, in terms of the constitution, itself part of the laws of Ghana, it does not make sense to speak of customary law being repugnant to the laws of Ghana."*

derlijke term gevoeld werd, blijkt uit het gebruik door de rechtsleer van de term „koloniale openbare orde". Om de nieuwe rechtspolitieke inhoud van het begrip te doen aanvoelen, gebruiken we dus de term algemene orde (*l'ordre général*), met wiens inhoud het lokale recht niet strijdig mag zijn. Al is deze vorm in Kongo onbekend, in het Belgisch recht komt het woord wel in oude cassatiearresten voor. De uitdrukking werd aldus door een cassatiearrest van 1896 gebruikt, in de zin van openbare orde en goede zeden (288). De terminologie van artikel 57 van de grondwet wordt geen geweld aangedaan, vermits „algemene orde" slechts een synoniem is van de aldaar gebruikte termen. De lege ferenda wordt aldus de volgende formule voorgesteld : „*Les tribunaux appliquent les coutumes, pour autant que celles-ci ne soient pas contraires à la Constitution, à la législation applicable en matière coutumière, et à l'ordre général.*"

(288) Verbr., 28 december 1896, *Pas.* 1897, I, 51.

Afdeling V. DE GEVOLGEN VAN HET INROEPEN VAN DE ALGEMENE ORDE

§ 1. Geschreven recht of billijkheid

363. IN DE VOORMALIGE FRANSE GEBIEDEN EN IN KONGO.

Bij leemten in het gewoonterecht of bij weigering het gewoonterecht toe te passen wegens strijdigheid met de openbare orde, is in de voormalige Franse gebieden de oplossing zeer duidelijk, hoewel minder bevredigend : het geschreven recht wordt eenvoudigweg toegepast (289). In Kongo wordt bij leemte of strijdigheid met de openbare orde de billijkheid toegepast, en in deze afdeling zal nagegaan worden wat dit beteekenen moet (290). In de voormalige Engelse gebieden is de toestand niet zo klaar afgetekend, en we zullen hem uiteenzetten alvorens de gevolgen van het inroepen van de algemene orde naar Kongolees recht te ontleden.

364. ENGELSSPREKEND AFRIKA : LEEMTE IN HET RECHT.

In Engelssprekend Afrika werden de twee gevallen, namelijk leemte in het gewoonterecht en weigering een gewoonterechtelijke norm toe te passen wegens strijdigheid met de openbare orde, zorgvuldig onderscheiden.

Bij leemte in het gewoonterecht moeten de rechters *the principles of justice, equity and good conscience* toepassen, (*residual clause*) (291). De uitdrukking komt uit Indië (292). Wat ze precies betekent, vroeg Sir BARNES PEACOCK zich in *Saroop v. Troyla-Khonath* af : „*Now, having to administer justice, equity and good conscience where are we to look for the principles which are to guide us. We must go to other contries, where equity and justice are administered upon principles which have seen the growth of ages, and see how the courts act under similar circumstances, and if we find that the rules which they have laid down are in accordance with the true principles of equity, we cannot do wrong in following them.*" (293)

(289) *Repertoire de droit civil* Dalloz, II V° *ordre public*, nr 132.
(290) Artikel 18, tweede lid, D.I.R.
(291) DANIELS, blz. 291. In Sierra Leone, bijvoorbeeld, luidt een bepaling van sectie 38 van de *Courts Ordinance* (1960, Cap. 7) : „*. . . . and in such cases where no express rule is applicable to any matter in controversy the court shall be governed by the principles of justice, equity and good conscience.*"
(292) REDWAR, *Comments on some ordinances of the Gold Coast Colony*, blz. 63 en v. ; Sir Frederick POLLOCK, *Essays in the law*, blz. 74-75.
(293) 1868, 9. W.R., 230-232.

In feite hebben langs deze formule om de rechters getracht het Engelse recht in Indië in te voeren. Deze tendens werd bevestigd door het *Judicial Committee* van de *Privy Council,* die in 1887 vooropstelde dat deze termen „generally (are) interpreted to mean the rules of English law *if found applicable to Indian society and circumstances"* (294). Hetgeen door ons onderstreept werd, is o.i. belangrijk ; het onderwerpt de toepassing van het Engelse recht in die omstandigheden aan een strenge test. De ontwikkeling wees uit dat de woorden steeds vrijer geïnterpreteerd werden : *abstract justice,* voor de *Privy Council* (295) : *natural justice* voor Lord SHAW (296) ; *Law of nature* voor POLLOCK (297).

We gaan over naar het Soedanese voorbeeld. De rechters pasten hier niet alleen Engels, maar ook Frans, Egyptisch en ander recht toe (298). Immers, zei rechter OWEN, „we are *guided* but not *governed* by English Common and Statute law". En indien Engels recht toegepast werd, was dit slechts „*so far as it is appropriate to conditions in the Sudan*" (299). De rechtbanken waren er echter niet op gesteld ander dan Engels recht toe te passen ; rechter BENNETT zei : „*Whatever may be the scope and meaning of section 9 of the C.J.O., it does not enable this court to set itself up as a legislative body free to adapt or adopt, and so in effect to enact any foreign statute or any statutory enactment of its own imagination that may recommend itself."* (300)

Het Westafrikaanse voorbeeld leert ons dat als een zaak onbekend was in het gewoonterecht, men er als de kippen bij was om te besluiten dat het slechts door Engels recht geregeerd kon worden. ALLOTT brak een lans om langs deze weg zo nodig ook islam-recht toe te passen (voor landen als Ghana was het technisch gezien de enige weg om islam-recht toe te passen). Het Nigeriaanse geval *J.S. Andre v. Johnson* (301) is een concreet voorbeeld waarin een beroep werd gedaan op de residual clause. Het ging om een erfenis. De eerste vraag die opgelost moest worden was wie de naastbestaanden (*next-of-kin*) van de overleden Samuel waren ; de volgende, aan wie de administratiebrieven overhandigd moesten worden. De enige gewoonterechtsnorm betreffende erfenissen werd de rechter gegeven door een hoofd, volgens welke de eigendom, door een kind achtergelaten, overgeërfd werd door de familie van vaderszijde. Het onderhavig geval was anders, meende de rechter, vermits het om een onwettig kind ging dat zonder testament over-

(294) *Waghela v. Masludin* – (1887), 14, L.R. Ind. App. 26.
(295) *Moidin v. Nepean* (1898), 25, L.R. Ind. App. 26.
(296) *Skinner v. Singh* (1913), 40, 25, L.R. Ind. App. 105.
(297) *Essays in the law,* blz. 75.
(298) GUTTMANN, The exception of the Common Law in the Sudan, (1957) 6. *I.C.L.Q : 401-417, blz. 410.*
(299) *Heirs of Ibrahim Khalim v. Maneim B. and brothers,* A.C. / App. 42/1962.
(300) *Manios v. Boxall and Co.,* A.C./appl./14/1936.
(301) (1931), 10 *N.L.R.,* 79.

leed en eigendom achterliet. Er leefde nog een moederlijke broer en een vaderlijke halfzuster. De rechter meende dat men uit de rechtspraak kon afleiden dat aan de moederlijke broer een deel van de erfenis moest gegeven worden ; dit was echter strijdig met het door de hoofdman aangebrachte bewijs. Om het geding op te lossen besloot de rechter : „*The court realises the futility now of obtaining any reliable evidence of native law and custom on the special point. Not one of the several counsel engaged could produce any evidence beyond that of Amodu Tijani (de hoofdman). The court therefore falls back on that part of the law, namely section 20 of the Supreme Court Ordinance, which lays it down that in cases where no express rule is applicable the court shall be governed by principles of justice, equity and good conscience.*" De rechter gaf dan een oplossing die hem de beste leek.

365. TWEEDE GEVAL : STRIJDIGHEID MET DE OPENBARE ORDE.

Wat gebeurt er nu in het tweede geval, wanneer namelijk een bestaande gewoonterechtsnorm strijdig verklaard wordt met de openbare orde ?

Een eerste punt dat moet onderstreept worden, is volgens DANIELS (blz. 286) het volgende : „*It clearly does not imply that it is illegal. In fact the practice can still go on publicly, after a judge's decision in a particular case. What it does imply is that the High Court will not allow itself to be made the instrument to observe or enforce the observance of a customary law which is repugnant.*" Dit is ook waar naar Kongolees recht, met dit verschil dat er volgens de huidige Kongolese wetgeving niet één rechtbank, maar 26 districtsrechtbanken oordelen, en dat ze niet door een beginsel van *stare decisis* gebonden zijn.

Een tweede punt dat DANIELS (blz. 286) opwerpt, moet eveneens genoteerd worden : „*Is it possible for the law relating to severance to be invoked to save a customary law ? One is confronted with the Eleko case, in which the Judicial Committee ruled that if a custom is barbarous in character it must be rejected as being repugnant to natural justice, etc. and that the court could not itself transform a harsh, barbarous custom into a milder one. This dictum of the highest authority seems to be opposed to the doctrine of severance. With the greatest respect, the time has come for a review of such a situation. There are many examples of customary behaviour which can and are worthy of preserving by the use of the doctrine of severance to prune away the palpably unpleasant aspects of them and yet retain the corpus of the particular law. It would be very helpful if the repugnance clause were rephrased on the lines of the Colonial Laws Validity Act, 1865, to the effect that when a customary law is declared repugnant, it should be void only to the extent of repugnancy.*" PARK (blz. 75) deelt dezelfde zienswijze : „*However, the principle that a customary rule may not be partially rejected presumably applies only to single indivisible customs. Where a number of*

366. IN HET TWEEDE GEVAL : TOEPASSING VAN DE COMMON LAW.

Wanneer nu de *repugnancy clause* negatief heeft gewerkt ten opzichte van een bepaalde gewoonterechtsnorm, stellen we vast dat door de rechters in feite Engels recht toegepast wordt, zoals in de gewezen Franse gebieden Frans recht wordt aangewend, terwijl in Kongo althans theoretisch de billijkheid toegepast wordt. PARK (blz. 81), die we even aan het woord laten omdat een Engelse juridische tekst en zijn atmosfeer moeilijk in vertaling weer te geven zijn, geeft een mooi voorbeeld van een geding over visserijrechten :

> „By far the more normal situation will be for the invalidation of the customary law to leave the comparable English rule in force for all purposes. Perhaps the best judicial illustration of this point is to be found in the judgement of ROSS J. in *Amachree v. Kallio* (306). The plaintiff community claimed that under native law and custom it had exclusive fishing rights in the New Calabar River, and that consequently the defendant community could only fish in that river if it paid acceptable tribute. The court was in any event not convinced that the customary position was as the plaintiff stated, but even if it has been it would have declined to enforce the rights alleged. For they were held to be „contrary to the principles of natural justice and equity", and accordingly the common law rule (which operated generally throughout the country), that the use of navigable or tidal rivers for fishing purposes was shared between all the population, applied to dispose of the issue.
>
> It should be appreciated, however, that, while as a matter of analysis the consequence of holding a particular custom invalid will be to leave either a local statute, or an alternative custom, or the comparable English rule in general operation, that does not mean that the resulting law will be applied to every case in which an otherwise applicable customary rule has been rejected. For in the normal situation where that rule was relied upon by the plaintiff, the consequence of its being declared invalid is that an essential part of his claim falls to the ground. Accordingly all that the court will do is to dismiss his action (307). That will be the most common result, but it will not occur invariably. In particular there are some disputes which by their very nature have to be solved by the positive application of some legal rule. The manner of distribution of a deceased's estate (as in *Dawodu v. Danmole*) (308) is one example ; the allocation of fishing rights in a major river (as in *Amachree v. Kallio*) is another. Accordingly, in such matters a Court which holds invalid a custom that was prima facie applicable cannot leave the case at that. It must see that a solution is accorded to an issue which cannot be left unresolved, and should apply the rule which becomes appropriate as a result of the rejection of the custom. That rule may be contained in an alternative custom ; or if the rejec-

(306) (1934) *Z.N.L.R.*, 108 (Full Court).

(307) Als voorbeelden kunnen drie hoger bestudeerde gevallen dienen : *Edet v. Essien* (1932) *Re Effiong Okon Ata* (1930), *Kodieh v. Affram* (1930). Zie voetnoten 132, 133 en 134.

(308) (1962) 1 *W.L.R.* 1053 (*Judicial Committee*).

tion was on grounds of incompatibility with statute it will be the incompatible statutory rule. Usually, however, it will be the equivalent portion of the received English law."

In Kongo integendeel moet, naar luid van een uitdrukkelijke tekst, telkens wanneer de rechter in naam van de algemene orde een gewoonterechtelijke norm weigert toe te passen, het geschil overeenkomstig de billijkheid opgelost worden.

§ 2. De billijkheid

367. DE FILOSOFISCHE BEPALING.

Het begrip billijkheid is zo oud als de filosofie en de moraal. Sofocles heeft het er over, als hij Antigone laat zeggen dat Kreoon door zijn weigering om Eteocles te begraven, te kort komt aan de *pietas* die aan de doden toekomt, en dat boven zijn verordeningen een hoger ongeschreven recht bestaat. Aristoteles houdt over de *epikeia* een uiteenzetting, en geeft nauwkeurig de verhouding weer tussen het rechtvaardige en het billijke. De billijkheid, zegt hij, is hoewel hoger staand dan een soort rechtvaardigheid, zelf rechtvaardigheid : ze is niet het wettelijke rechtvaardige, maar beduidt zijn aanpassing. De wet is noodzakelijk algemeen en kan niet alle bijzondere gevallen voorzien. Er kan zich dus een bijzonder geval voordoen dat niet in de algemene regel past. Het hoort dan, de gebreken te verbeteren die voortvloeien uit het absoluut karakter der wettelijke bepalingen door een zulkdanige beslissing als de wetgever zou nemen indien het bijzonder geval hem voorgelegd werd (309). De billijkheid is dus als een hogere en meer geraffineerde vorm van rechtvaardigheid, die staat tegenover de wettelijke rechtvaardigheid of het strikte recht, en die, verre van vreemd te zijn aan een gezonde rechtsbedeling, inherent eraan is en wier toepassing tot de normale taak van de rechter behoort.

Het filosofisch woordenboek van LALANDE geeft van de billijkheid een bepaling die goed de verhouding tussen recht en billijkheid weergeeft : *„L'équité se définit le sentiment sûr et spontané du juste et de l'injuste, en tant surtout qu'il se manifeste dans l'appréciation d'un cas concret et particulier."* Positiefrechtelijk rijst de vraag, welk aandeel aan het strikte recht en aan de billijkheid moet gegeven worden in een bepaald rechtsstelsel. Het Romeinse recht en het Engelse losten het probleem op door een vrij ruime plaats voor de billijkheid in te ruimen.

(309) STRUPP, Le droit du juge international de statuer en équité, *Rec. Ac.* 1930, II ; BERLIA, *Essai sur la portée de la clause du jugement en équité en droit des gens*, proefschrift Parijs, 1937 ; DERRETT, D.M., Justice equity and good conscience, *Changing law in developing countries*, uitgegeven door J.N.D., ANDERSON, Londen 1963.

368. HET ROMEINSE RECHT.

In het Romeinse recht werd de ontwikkeling der billijkheid gekenmerkt door de instelling naast de rechtspleging der *legis actiones* van de formulaire procedure. Ze valt samen met de verschijning, door toedoen van de wet *Aebutia* van het pretoriaanse recht (ius honorarium). Dit is bedoeld om het teveel aan juridisch formalisme te bestrijden, en liet de praetor toe nieuw recht te scheppen door het dan van kracht zijnde *ius civile* aan te vullen en te verbeteren, en aan te passen aan de nieuwe economische en sociale omstandigheden. Het is dus op zijdelingse en zuiver procedurale wijze dat de billijkheid zich in Rome toegang verschafte en dit des te gemakkelijker daar de praetor geen gespecialiseerd rechter was, vermits hij tegelijkertijd *jurisdictio* uitoefende (macht om te vonnissen) en *imperium* (macht om te bevelen). De krachtige ontwikkeling van de wet *Aquilia,* de theorie der natuurlijke verbintenissen, die der verrijking zonder oorzaak, moeten tot de voornaamste verworvenheden van het pretoriaanse recht gerekend worden.

369. DE COMMON LAW. DE GECODIFICEERDE RECHTSSTELSELS.

De Engelse *equity* is eveneens uit een historisch gebeuren geboren. Ze heeft haar oorsprong in de jurisdictie van de kanselier, een magistraat die aanvankelijk een soortgelijke rol als die van de Romeinse praetor speelde, vermits hij tegelijkertijd een hoge politieke persoonlijkheid was, raadslid, en een hoge gerechtelijke magistraat. In de verscheidene gevallen waarin de toepassing van de common law met de rechtvaardigheid in botsing bleek te komen, richtten de pleiters – bij monde van de kanselier, officiële bewaker van het groot zegel – een petitie tot de koning, met het doel de emissie van *writs* te bekomen met de vraag aan de graafschapssheriff, de schuldige of de beklaagde te bevelen hetzij aan de eiser recht te doen geworden, hetzij voor het Hof te verschijnen om de tegen hem gerichte aanklacht te beantwoorden. Vanaf de zestiende eeuw kwam de kanselier met zijn beslissingen tegemoet aan de stijfheid van de common law, sanctioneerde nieuwe aanspraken van de eisers en kwam er alzo toe, tegenover de traditionele common law een nieuw recht te scheppen, de *equity,* waarvan de bepalingen, die niet op de gewoonte of op het geschreven recht gegrond waren, maar op de dwingende gegevens van het geweten, het in geval van tegenstrijdigheid moesten halen. Tegenwoordig wordt de *equity* in bepaalde burgerlijke en handelszaken nog toegepast door de *Chancery Division* van het Hoog Gerechtshof.

In de gecodificeerde rechtssystemen, waar een quasi-religieuze eerbied heerst voor de geschreven wet, is de aan de billijkheid toegewezen rol zeker minder belangrijk, maar lang niet onbestaande. Dit blijkt uit artikel 4 van het Napoleontische burgerlijk wetboek, dat de rechter oplegt recht te spreken zelfs in geval van stilzwijgen, duisterheid of onvolledigheid van de wet. De artikelen 565, 1135 en 1854 verwijzen eveneens naar dit begrip. Bijzondere

wetten deden sinds het begin van deze eeuw een uitdrukkelijk beroep op de billijkheid ; ze nodigen de rechter uit te oordelen „rekening houdende met de omstandigheden en met de toestand van de partijen" : aldus artikel 1386 bis op de vergoeding van de door abnormalen veroorzaakte schade, artikel 6 en 18 van de Belgische Wet op de handelshuurovereenkomsten. In al deze gevallen zal de rechter zelf *een regel scheppen* die in ieder bijzonder geval toepasselijk is : dit is eigenlijk de tweede functie (310) van de billijkheid. Deze functie van de billijkheid wordt ook bedoeld door de Kongolese verordening van 14 mei 1886, waar bepaald wordt dat „in geval van stilzwijgen der wet de rechtbanken een beroep zouden doen op de lokale gewoonten, op de algemene beginselen van het recht en op de billijkheid" ; de twee laatste termen beduiden hetzelfde (311).

De hoofdfunctie van de billijkheid is echter de hardheid van het positieve recht te verzachten (*to temper and to mitigate the rigour of the law – Doctor and student,* hoofdstuk XVI). *Summum jus, summa injuria,* zegden de Romeinen. Historisch is die functie zeer belangrijk geweest. In het moderne recht is die functie geatrofieerd ; ze blijkt echter nog in de geest waarin het recht geïnterpreteerd moet worden en toegepast (312).

370. HET VOLKENRECHT.

In het internationaal publiek recht vindt het bestaan van de billijkheidsregel zijn oorsprong in het karakter zelf van de internationale rechtsnormen, die gewoonlijk niet dwingend doch in beginsel suppletief zijn. Niets verhindert de staten hun verhoudingen te onderwerpen aan de regels van hun keuze. Van dat vermogen maken ze feitelijk dikwijls gebruik, en talrijk zijn de arbitrageverdragen die de rechter de uitzonderlijke macht toekennen naar billijkheid te oordelen, dit wil zeggen : volgens zijn geweten.

Het heeft weinig belang hoe de clausule van billijkheid precies opgesteld wordt, en of de partijen de rechter vragen te oordelen *ex aequo et bono* of „volgens de beginselen van het recht en de billijkheid". Bepaalde auteurs hebben ten onrechte gepoogd de twee clausules tegenover elkaar te stellen, bewerende dat de *ex aequo et bono-formule* ruimere bevoegdheden aan de

(310) Een oud onderscheid dat eigenlijk voor een groot deel woordenspel is, gaat terug tot Papinianus en onderscheidt drie functies : een verbeterende *(infra legem),* een suppletieve *(praeter legem)* en een wegcijferende *(contra legem).*

(311) VERSTRAETE, M., *Droit civil du Congo Belge,* I, nr 7 t. e. m. 12.

(312) DE PAGE (I, blz. 24) wijst op het gevaar dat onervaren handen met dit begrip spelen : *„Bornons-nous à dire que l'équité ne peut jamais aboutir qu'à adoucir et à tempérer le droit dans certains cas extrêmes, et non à le bouleverser ou à le détruire. L'équité doit être une ambiance, une atmosphère. Elle n'est pas un but en soi, mais un moyen. Elle ne doit donc être maniée que par des mains d'artiste, par des juristes qui connaissent à fond le droit tout court, et non par ceux qui l'ignorent, et tentent de suppléer à leurs propres déficiences par une équité qui n'est en réalité, qu'une conception de primaire."*

rechter toekende dan de clausule van billijke regeling. BERLIA toonde in zijn proefschrift aan dat de twee clausules dezelfde draagwijdte hebben. Synoniem zijn : *„principes généraux du droit et de la justice", „équité"* en *ex aequo et bono,* zoals blijkt uit de debatten van de eerste vergadering van de Volkerenbond (313).

Bepaalde arbitrageverdragen drukken op meer nauwkeurige wijze de bedoeling der ondertekenaars uit. Een bekende formule is die van de Venezolaanse protocollen van 1903 : *„Les commissaires . . . décideront de toutes les réclamations sur la base de l'équité absolue sans tenir compte des objections de caractère technique ou des dispositions de la législation locale."* Een andere heldere formule is die van het Duits-Zwitsers verdrag van 1921 : *„Si les parties y consentent, le tribunal peut, au lieu d'étayer sa sentence sur des principes juridiques, statuer sur des considérations tirées de l'équité."*

§ 3. De grenzen voor de vervanging van de gewoonterechtelijke norm

371. DE BEVOEGDHEID VAN DE GEWOONTERECHTBANKEN.

Welke zijn de bevoegdheden van de gewoonterechter, die door de partijen wordt belast om een oplossing te geven in een rechtsgeschil, als hij *naar billijkheid* moet oordelen ?

We vestigen er onmiddellijk de aandacht op dat de rechter zich op het vlak van het recht moet houden, en zich nooit mag inlaten met een eenvoudige aanpassing van belangen : *„Le juge d'équité ne peut que poser une règle qui n'appartient pas encore au droit établi, mais qui peut fort bien parvenir à „faire règle" un jour ; d'autre part, il ne peut statuer que pour l'espèce."* (314) Duidelijk moet het onderscheid gemaakt worden tussen een rechter die naar billijkheid oordeelt en de minnelijke schikker. De billijkheid laat toe het strikte recht voorbij te streven, doch laat niet toe buiten het recht te treden ; de billijkheid is een soort recht, de minnelijke schikking laat daarentegen toe, een transactionele oplossing te aanvaarden die ingegeven wordt door extra-juridische beschouwingen (van politieke of economische aard, of van opportuniteit) ; zij past geen recht toe.

Om bij leemte in het gewoonterecht de toe te passen regel te vinden moet de gewoonterechter uitleggen, analogie toepassen en, indien nodig, rechtspreken naar de regel die hij zou opstellen indien hij *lokale wetgever* was. Indien hij nu lokale wetgever was, zou hij na de leemtescheppende werking van de exceptie van algemene orde, het geschreven recht dat algemeen in het land geldt, toepassen, voor zover tenminste – en deze beperking wordt als zeer belangrijk beschouwd – de toepassing van die regel *niet onbil-*

(313) DELBEZ, L., *Les principes généraux du contentieux international,* Parijs 1962, blz. 94.
(314) DELBEZ, L., *op. cit.,* blz. 94. Cfr. Parketrb. Elis., 1949, *B.J.I.* 1941, 26.

lijk zou zijn. Indien de negatieve voorwaarde van het onbillijk-zijn vervuld is, kan dus geschreven recht toegepast worden ; indien echter de toepassing van geschreven recht in het geding (dat bij hypothese aan het gewoonterecht onderworpen is) onbillijk lijkt – *„Where it may appear to the Court that substantial injustice would be done to either party by a strict adherence to the rules of English law"* (315) –, moet de rechter een regel kiezen die hem billijk lijkt, zonder rekening te houden met opwerpingen van technische aard. In die zin dient men een vonnis van de gewestrechtbank van Elisabethstad te begrijpen : *„L'équité s'apprécie en fonction du milieu et du système général du droit coutumier."* (316) Hiermede wordt een beroep gedaan op het intuïtief inzicht van de rechter in het geval, op het oordelen naar rechtsgevoel. in functie van het lokale gewoonterecht.

Interessant om aan te stippen is dat in het Marokkaanse internationale privaatrecht een analoge situatie aangetroffen wordt waarin een rechter, na werking van de exceptie van openbare orde, de *billijkheid* toepast. Wat de staat der personen betreft, bestaat er immers geen recht van het forum dat het vreemd recht (dat in naam der openbare orde verwijderd werd) zou kunnen vervangen ; men kon zich dus afvragen in welke richting gezocht moest worden naar een vervangingsnorm. De gedachte om in het terzijde geschoven vreemde recht een vervangingsbepaling te zoeken, is niet opgekomen. De rechters verkozen, zo hen dit mogelijk was, zelf een bepaling te vinden die hen billijk leek (317).

372. HET WERKELIJK PROBLEEM : DE GRENZEN.

Het werkelijk probleem met betrekking tot de gevolgen van het inroepen van de algemene orde is *het zoeken naar juiste grenzen voor de vervanging door* de billijkheidsregel van de normalerwijze toe te passen gewoonterechtelijke norm. Hier wordt verwezen naar wat hoger geschreven werd over de *„severance doctrine"*. Gesteld wordt dat de billijkheidsregel slechts de gewoonterechtsregel moet vervangen die strijdig is met de algemene orde, alsmede die welke zonder in zichzelf strijdig te zijn met deze algemene orde, onscheidbaar zijn van de gewoonterechtsregels die het wel zijn. Deze formule beperkt tot een minimum de vervorming van het gewoonterechtsstelsel (318).

LAGARDE leert ons dat hetzelfde probleem in het internationaal

(315) Gambiaanse wet van 1955, hoger aangehaald nr 319.
(316) Gewestrb. Elisabethstad, nr 456, 8 juni 1951, *B.J.I.* 1952, blz. 353, met noot.
(317) Zie : Trib. Casablanca, 14 mei 1928, *Rec. Penant*, 1929, II, 63 ; Trib. mixte de Tanger, 8 november 1926, *ibid.*, 1929, II, 63 . Cfr. DECROUX, P., *L'application des lois nationales au Maroc*, Nr 84-92, 93.
(318) Cfr. Parketrb. Opper–Lomami, 9 oktober 1958, *J.T.O.* 1960, 13 : *„Lorsqu'une coutume n'était pas en soi contraire à l'ordre public, mais prévoyait des peines violant celui-ci, elle reste applicable, mais les sanctions à prononcer sont celles prévues par l'article 19 D.I.R."*

privaatrecht wordt gesteld. Bijna de hele Duitse en Zwitserse doctrine (319) verwerpt automatisch de verwijzing naar het materiële recht van het forum (op wiens openbare orde een normalerwijze bevoegde vreemde rechtsnorm is gestrand) om de door het inroepen van die openbare orde geschapen leemte te vullen. Deze op het eerste gezicht sympathieke houding wordt door quasi de gehele Franse en Italiaanse rechtsleer verworpen, omdat de vervanging door een regel van het forum de enige oplossing uitmaakt *die aan de willekeur ontsnapt.* De herrie ontstond in de rechtsleer naar aanleiding van een arrest van het *Reichsgericht* van 19 december 1921 (320), dat handelt over een naar Zwitsers recht onverjaarbare schuldvordering. Deze onverjaarbaarheid was echter strijdig met de Duitse openbare orde. Welke verjaringstermijn moest dan toegepast worden op deze schuldvordering die aan het Zwitsers recht was onderworpen ? Het *Reichsgericht* antwoordde : „Nadat het Hof de tekst ontoepasselijk had verklaard, moest het zich de vraag stellen of meteen de bevoegdheid van het Zwitserse recht in het algemeen uitgesloten werd of zo integendeel de leemte die uit de niet-toepassing van artikel 149 van de federale wet voortvloeide, niet gevuld moest worden *door het Zwitserse recht zelf.* Slechts na de onmogelijkheid vastgesteld te hebben het Zwitserse recht toe te passen, had het Hof van Beroep zijn toevlucht mogen nemen tot het Duitse recht. Zelfs in dit geval had het de plicht in het Duitse recht de beschikking te zoeken die het best in overeenstemming was met de gedachte van de vreemde wetgever." LAGARDE (nr. 189) verkiest de Franse stelling die de *lex fori* toegepast wenst te zien, doch slechts binnen de strikt beperkte grenzen van de vervanging : „*La solution a le grand avantage de respecter le caractère systématique du droit étranger, de la même façon que l'intervention de l'ordre public a pour mission de respecter le caractère systématique du droit du for. Cette solution peut se synthétiser dans la formule suivante : la loi du for est substituée aux dispositions étrangères contraires à l'ordre public du for, ainsi qu'à celles qui, sans être en elles-mêmes contraires à cet ordre public, sont inséparables des dispositions qui le sont.*"

De auteur maakt duidelijk dat in het conflictenrecht de vraag naar het vervangende recht meestal samenvalt met de vraag naar de graad van verwerping van het normalerwijze toe te passen recht. Als voorbeeld kan het volgende dienen : een Staat heeft één van zijn onderdanen voor burgerlijk dood verklaard ; zowel de Franse als de Duitse openbare orde worden door die instelling geschonden, en in beide landen zullen de rechtbanken de persoon

(319) Zie bv. : SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts,* Basel 1950[3], blz. 219 ; WOLFF, M., *Das internationale Privatrechts Deutschlands,* Berlijn, 1954[3], blz. 70 ; RAAPE, *Internationales Privatrecht,* Berlijn, 1950, blz. 67 ; DÖLLE, Der ordre public im internationalen Privatrecht, *Beiträge zum bürgerlichen Recht,* Tubingen, 1950, blz. 408. Cfr. WENGLER, Les principes généraux du droit international privé, *Revue,* 1952, blz. 601.

(320) *Revue,* 1926, 278, R.G.Z., 106/82.

in kwestie bekwaam achten. Maar zal die bekwaamheid volgens het vreemd recht of volgens de *lex fori* gewaardeerd worden ? Indien men redeneert zoals de Duitse leer, zal men zeggen dat de tussenkomst van de openbare orde een leemte heeft geschapen, en dat deze leemte *door het verworpen recht zelf* moet aangevuld worden. Men zal dus het recht van de burgerlijke dode toepassen om het gemeen recht van de burgerlijke bekwaamheid te vinden. Als men redeneert zoals de Franse rechtsleer, zal men zeggen dat de *lex fori* bepaalt dat ieder persoon bekwaam is. Maar daar houdt de substitutie van het Frans recht op. Voor een gedetailleerd reglement van de bekwaamheid en van de gevolgen die ze kan teweegbrengen, zal men zich keren tot het nationale recht van de belanghebbende. Wanneer de Franse rechtsleer verklaart dat de verwerping zich beperkt tot wat strikt strijdig is met de openbare orde, en dat men zich voor de rest tot het „terzijdegestelde" recht moet wenden, dan doet ze in feite niets anders dan wat de Duitse rechtsleer zou doen. Er zijn uitzonderlijke hypotheses nodig zoals deze die in 1921 aan het *Reichsgericht* werd onderworpen, opdat de verschilpunten duidelijk zouden worden.

Op dezelfde manier kan voor het gewoonterecht geredeneerd worden : wanneer een rechtsgewoonte strijdig met de algemene orde wordt verklaard, is de vraag naar het vervangende recht innig verbonden met de vraag naar de graad van verwerping. *De lege ferenda* lijkt het nuttig voor te stellen dat wanneer een rechtsgewoonte strijdig met de algemene orde wordt verklaard, de rechter uitsluitend de verworpen regel en de regels die zonder zelf strijdig te zijn met de algemene orde niet te scheiden zijn van de verworpen regel, zou vervangen door de rechtsregels die hij zelf zou opstellen indien hij wetgever was in het homeonomisch (321) gebied van het forum.

(321) Zie over dit begrip A. ALLOTT, blz. 59.

Afdeling VI. HET HOOGSTE GERECHTSHOF EN DE ALGEMENE ORDE

In dit hoofdstuk wordt de vraag gesteld of een Hoogste Gerechtshof van Frans-Belgisch type de bevoegdheid heeft om toezicht te houden op het gebruik dat door de rechter ten gronde van het begrip algemene orde gemaakt wordt. Begonnen wordt met een vergelijking met het toezicht dat uitgeoefend wordt op het begrip openbare orde in de betekenis van het interne en van het internationale privaatrecht.

373. HET HOF VAN CASSATIE EN DE INTERNE OPENBARE ORDE.

Dat het Verbrekingshof controlebevoegdheid bezit over het gebruik door de rechter ten gronde van de interne openbare orde, spreekt op het eerste gezicht vanzelf (322). De algemene formule van artikel 15, Boek Personen, van het Kongolese Burgerlijk Wetboek (artikel 6 van de Napoleontische code) is wezenlijk een rechtsregel waar het Hof, hoeder der rechtseenheid, de toepassing van moet nagaan. Zich steunend op artikel 15, Boek Personen, of op artikel 30 of 32, Boek Verbintenissen, (artikel 1131 en 1133 Napoleontisch Wetboek), moet dus het Hof bij vaststelling van een fantaisistisch gebruik van de openbare orde het arrest wegens schending van de wet of wegens onvoldoende motivering kunnen verbreken. Deze bevoegdheid werd het Hof door de opstellers van het Burgerlijk Wetboek van 1804 erkend. Tijdens de bespreking van artikel 6 merkte een spreker op : *„Cette rédaction manque de clarté ; qu'est-ce qui intéresse l'ordre public et les bonnes moeurs ? Les tribunaux le diront en public et dans un jugement motivé et le tribunal de cassation régulateur suprême maintiendra ou annulera."* (323) Een blik op de rechtspraak brengt een controle zonder voorbehoud aan het licht, terwijl het Hof in de algemene motivering voorhoudt dat het determineren van de openbare orde een rechtsvraag is. Het luidt bijvoorbeeld als volgt in een Frans arrest van 1837, dat voor het eerst het beginsel inhoudt (324) : *„Il n'est pas en le pouvoir des juges de fait de déclarer illicite une clause pour le seul motif qu'ils ne peuvent lui trouver une cause plausible, lorsqu'elle ne se trouve prohibée par aucune loi et qu'elle n'a rien de contraire à la morale ou à l'ordre public."* Een ander arrest vindt de motivering van de rechter ten gronde volgens dewelke : *„la clause invoquée*

(322) Cfr. ASCARELLI, T., *Le fait et le droit*, blz. 117.
(323) FENET, VI, blz. 93.
(324) *Cass.*, 27 juni 1837, D. 1837.I.697, aangehaald door MALAURIE, nr. 53.

serait contraire aux principes les plus sacrés de la liberté individuelle et que son exécution nécessiterait des incursions intolérables dans la vie privée des ouvriers", onvoldoende, en verbreekt het vonnis : *„attendu que la clause litigieuse n'a rien de contraire à l'ordre public."* (325) Waarom de clausule niet met de openbare orde strijdig is, verklaart het Hof niet, en evenmin betwijfelt het zijn bevoegdheid om op negatieve wijze de openbare orde te bepalen.

Een ander houding ware nochtans mogelijk, zoals oudere arresten, en minstens één recent arrest dat tegen de klassieke stroming opvaart, het aantonen : *„Les juges du fond en décidant que l'acte était contraire aux bonnes moeurs n'ont violé que des points de fait dont l'examen n'entre pas dans la compétence de la cour de cassation"* (326) ; of nog : *„Il appartient au juge du fond de se prononcer sur le caractère licite ou illicite d'une condition."* (327)

Deze op het eerste gezicht tegenstrijdige rechtspraak is verklaarbaar, als men opmerkt dat het bepalen van de openbare orde een rechtsvraag is, maar dat naar concrete toepassing een vaststelling van de strijdigheid met de openbare orde veronderstelt die langs de appreciatie om van de bedoelingen van de stellers der rechtshandeling gebeurt. Dit laatste is een feitenkwestie. Volgens MALAURIE (nr. 154) zijn er drie redenen om te beletten dat het bepalen van de openbare orde eenvoudigweg altijd een rechtsvraag zou zijn. Enerzijds heeft de openbare orde een van de omstandigheden afhangend karakter van verantwoordelijkheid, dat niet tot de natuur van een rechtsregel behoort. In de mate dat ze bovendien van de goede zeden afhangt, wordt ze door een experimenteel criterium bepaald, wat een feitenkwestie uitmaakt (328). De derde en voornaamste reden is dat de openbare orde niet alleen door een ontleding van de instellingen die zij tot taak heeft te beschermen, wordt bepaald, maar eveneens door uitlegging van de rechtshandelingen die haar bedreigen. De dualiteit van de natuur van de openbare orde merkt men hier duidelijk : bepaald door tegenstelling met dreigende toestanden, is zij geen zuiver rechtsbegrip, maar evenmin een zuivere feitenkwestie, vermits ze in het teken staat van de instellingen die ze beschermt. Men begrijpt aldus dat het Verbrekingshof soms geoordeeld heeft dat de bepaling van de openbare orde aan zijn toezicht ontsnapte, en dat minstens één recent arrest tegen de klassieke rechtspraak in verklaarde dat het bestempelen van een voorwaarde als rechtmatig of onrechtmatig tot het eigen domein van de rechter ten gronde behoort.

(325) *Cass.*, 18 november 1913, D. 1917, I.162.
(326) *Cass.*, 11 nivose jaar IX, S. Chr., t.I., blz. 403 ; Verbr., 28 januari 1859, *Pas.* 1860, blz. 359, met gelijkluidende besluiten van eerste advokaat-generaal FAIDER.
(327) *Cass.*, 9 maart 1950, *J.C.P.* 50, IV, blz. 69 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1950, blz. 370, met noot CARBONNIER.
(328) Verbr., 28 januari 1859, *Pas.* 1860, I, 359, en 3 februari 1898, *Pas.* 1898, I., 79.

374. HET HOF VAN CASSATIE EN DE INTERNATIONALE OPENBARE ORDE.

De Hoogste Gerechtshoven achten zich eveneens bevoegd toezicht uit te oefenen op het hanteren door de rechter ten gronde van de openbare orde in de zin van het internationaal privaat recht (329).

LAGARDE komt nochtans tot het besluit dat er dikwijls in feite wordt geoordeeld (330). Welke vreemde wet wordt er inderdaad in naam van de openbare orde terzijde gelegd ? Niet de algemene norm, op een reeks gevallen toepasselijk, doch de geïndividualiseerde norm, door de omstandigheden van het geval geconcretiseerd. Indien, zoals hoger werd gezien, ondanks het bestaan van een ergerende algemene norm, de door het vreemde recht gegeven oplossing in overeenstemming is met de Kongolese openbare orde, bestaat er geen reden om er de door het Kongolese recht gegeven oplossing voor in de plaats te stellen. Wat eventueel tegen de Kongolese openbare orde indruist, is dus de juridische oplossing aan het bepaalde vraagstuk van rechtsvinding gegeven (331). Dit heeft gevolgen voor de bevoegdheid van het Hoogste Gerechtshof inzake het toezicht op de inhoud van de openbare

(329) In beginsel is voorziening in verbreking mogelijk bij toepassing van vreemde rechtsregels die de Franse openbare orde schenden. Cfr. *Cass.*, 26 maart 1935, *Journal du Droit international*, 1936, blz. 399 en v.
In België : Verbr., 28 november 1929, *Pas.* 1930, I, 34. *„Sur la fin de non recevoir opposée au moyen, et déduite de ce que l'arrêt aurait statué en fait et souverainement ; attendu que la Cour de cassation a le devoir d'examiner un moyen par lequel est relevée quelque contradiction expresse aux lois belges, relatives à l'applicabilité de la loi étrangère ; attendu que, par le moyen proposé, il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir statué en se fondant sur une loi étrangère dont l'applicabilité en Belgique serait exclue comme contraire à l'ordre public par l'art. 3, al. 1er, du Code civil, et par d'autres dispositions de la loi territoriale ; attendu que ce moyen est recevable . . ."*
Ook in Duitsland is de voorziening in revisie ontvankelijk, wanneer het in beroep toegepaste vreemde recht strijdig is, naar luid van artikel 30 van de inleidingswet tot het burgerlijk wetboek, met de beginselen der openbare orde. Cfr. arrest van het *Bundesgerichtshof*, dd. 20 mei 1955, *Die Deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrecht in den Jahren 1954-55*, blz. 80 en v. (aangehaald in GIULIANO, M., Le Traitement du droit étranger dans le procès civil dans les systèmes juridiques continentaux, *Rev. I. Droit comp.*, nr 1, 1962, blz. 11).
In Amerika eveneens is de onverenigbaarheid van een wet van een andere staat met de openbare orde van het forum onderworpen aan de controle van de supreme court : Cfr. *Bradford Electric Light Co v. Clapper* (1932) 286 U.R. 145, 76 L. ed. 1026, 52 S. Ct. 571 ; *Alaska Packers Association v. Industrial Accident Commission of California* (1935), 294 U.S. 532, 79 L. ed. 1044, 55 S. Ct. 518 ; *John Hancock Mutual Life Ins. Co. v. Yates* (1936), 299 U.S., 178, 81 L. ed. 106, 57 S. Ct. 1929 ; *Pacific Employers Insurance Co. v. Industrial Accident Commission* (1939), 306 U.S. 493, 83 L., ed. 493, 59 S. Ct. 629 ; *Pink v. A.A. Highway Express* (1942), 314, U.S., 201 ; *Hughes v. Fetter* (1951), 341 U.S. 609, *First National Bank v. United Air Lines* (1952), 342, U.S. 396.

(330) LAGARDE, blz. 165.

(331) Cfr. Beroep Brussel, 17 januari 1938 : *„attendu que cette notion (ordre public international) est composée de certaines règles ou conceptions morales, économiques et aussi politiques, dont l'observation dans un Etat déterminé est considérée comme indispensable pour la subsistance paisible de la communauté sur le territoire, de telle sorte qu'elles s'opposent à l'application dans cet Etat, dans le domaine du droit international privé, de toute loi étrangère qui, en vertu de ce droit, peut être déclarée compétente en principe in abstracto, mais dont l'application en raison de son contenu concret, c'est à dire de la mesure qu'elle contient, semble être de nature à nuire aux règles ou conceptions sociales et ainsi troubler l'ordre public territorial . . .".*

orde, – toezicht dat noodzakelijk is opdat bijvoorbeeld een zelfde bepaling van Nigeriaans recht op dezelfde wijze zowel door het Hof van Beroep van Kinshasa als door dat van Lubumbashi zou toegepast worden, althans vanuit het oogpunt van de openbare orde :

„Si l'on partait de la conception de la loi interne considérée comme rigoureusement obligatoire et impérative, le rôle du juge n'apparaîtrait pas comme nécessaire, puisqu'on pourrait admettre qu'il appartient au législateur de dire quelles sont ces lois auxquelles il entend donner une portée internationale absolue. Si l'on admet que l'ordre public ne peut jouer qu'après un examen de la loi étrangère considérée *in abstracto,* il devient nécessaire de laisser carte blanche au juge, pour qu'il apprécie si telle loi est ou non contraire à l'ordre public. Mais cette comparaison abstraite entre le droit étranger et le droit du for doit alors se faire sous le contrôle sévère de la Cour de Cassation qui veillera à ce que telle disposition anglaise soit considérée de la même façon devant la Cour d'Appel de Douai et devant la Cour d'Appel de Rennes, au moins quant au point de vue de l'ordre public.

Ce rôle régulateur de la Cour de Cassation perd une partie de son importance quand on considère que l'élément déterminant est davantage l'examen de l'application concrète de la loi étrangère au litige que celui de cette loi étrangère, considérée *in abstracto.* En effet, on est alors obligé de prendre en considération des éléments de pur fait qui échappent au contrôle de la Cour de Cassation. Celle-ci pourra contrôler les affirmations selon lesquelles telle règle de droit est ou non conforme à l'ordre public du for. Il lui sera difficile de contester l'appréciation que la Cour d'Appel aura faite des circonstances concrètes de l'espèce, appréciation au terme de laquelle la Cour d'Appel aura finalement accueilli pour une fois l'application d'une loi étrangère pourtant considérée généralement comme contraire à l'ordre public. Dans une matière aussi souple que les causes du divorce, la chose est facile. Toute Cour d'Appel peut impunément appliquer une loi étrangère plus large que la loi française, en mentionnant que les faits dont se prévaut l'étranger dans sa loi nationale constituent „une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage, et rendant intolérable le maintien du lien conjugal", et que par conséquent en l'espèce la loi étrangère ne peut pas être considérée comme contraire à l'ordre public. On évite par là tout risque de cassation. Cette appréciation des circonstances de l'espèce, qui permet de déterminer la mesure de l'application de la loi étrangère, entraîne donc comme conséquence, et c'en est peut-être un danger, une relative limitation des pouvoirs de contrôle de la Cour de Cassation en matière d'ordre public international."

375. DE VERNIETIGINGSRECHTBANK EN DE ALGEMENE OPENBARE ORDE.

Wat integendeel de bepaling betreft van de „koloniale" openbare orde – de algemene orde (*l'ordre général*), zoals we het zouden willen noemen, – kan o.i. het Hoogste Gerechtshof *de lege ferenda* niet anders dan een onbeperkt recht van toezicht hebben : het is immers geen rechtshandeling, of een bepaalde oplossing van een rechtsvraag, die strijdig zou zijn met de openbare

orde, maar een rechtsregel (332). Hoger werd opgemerkt dat de „onredelijkheid", die de common law-rechter toeliet een bestaande gewoonte niet in overweging te nemen, evenmin een feitelijke kwestie voor de jury was, doch een rechtsvraag voor de rechter (333).

Een recent voorbeeld hiervan in Engelssprekend Afrika levert *Dawodu v. Danmole* (334). Het Nigeriaans Federaal Hoogste Gerechtshof en de *Privy Council* weigerden de beslissing van de lagere rechter te aanvaarden volgens welke de Yoruba-gewoonte, bekend onder de naam *Idi-Igi,* strijdig zou zijn met wat men de algemene orde kan noemen. Volgens die gewoonte moet de nalatenschap van een erflater die 4 vrouwen en 9 kinderen achterlaat, in vier delen verdeeld worden en niet in 9 delen.

De vernietigingsrechter reeds voelde de behoefte om, in zijn rechtsgebied, over de eenheid van gebruik van de koloniale openbare orde te waken, en om toezicht uit te oefenen op de inhoud van het begrip, en hij zag daarbij over het hoofd dat hij die bevoegdheid wettelijk niet bezat (335).

(332) Volledigheidshalve moeten we hier opmerken dat het zich verzetten tegen de toepassing van een rechtsregel geen monopolie van de koloniale openbare orde is. De interne openbare orde verzet zich inderdaad niet altijd tegen een rechtshandeling, maar soms ook tegen een rechtsregel. Een burgerlijke rechtbank kan inderdaad canoniek recht toe te passen hebben, en deze juridische norm kan eventueel strijdig zijn met de interne openbare orde. Men kan natuurlijk opwerpen dat die canonieke regel een feit uitmaakt. We verwijzen naar wat hoger geschreven werd over de zienswijze volgens dewelke vreemd recht en gewoonterecht feiten uitmaken. Louis de NAUROIS schrijft hierover als volgt (Le droit canonique devant les juridictions étatiques, *Rev. trim. de droit civil,* 1964, nr 2, blz. 236-260) :
„Ne se trouve-t-on pas en présence d'une certaine timidité des tribunaux à recourir ainsi que je le suggère au droit canonique comme tel ? Une telle crainte serait à mon sens sans fondement. Il y a longtemps que le doyen Maurice HAURIOU a formulé sa célèbre „théorie de l'institution" ; elle est éminemment applicable ici, les Eglises constituant typiquement des institutions au sens où HAURIOU entendait ce terme, comme le sont la famille, les associations ou sociétés, etc. Comme telles, au nom de la liberté religieuse et de la liberté tout court, elles ont droit de cité dans l'ordre temporel dont l'Etat porte la responsabilité. Leur droit, comme le droit de toute institution, est de nature objective, statutoire, il déborde largement le droit des contrats, même si la volonté doit être libre chez qui adhère à ces institutions."
Verder vindt men in een voetnoot :
On dit volontiers, (MESTRE, note sous cass. civ., 6 février 1912, Sirey, 1913, 1, 137 ; KERLEVEO, *L'Eglise catholique en régime français de séparation,* t.I, *L'occupation des églises par le desservant et les fidèles,* passim , Comm. rég. d'appel de la sécurité sociale de Paris, 23 août 1951, *Sirey,* 1952, 2, 13), que le droit canonique est pour les juridictions étatiques un „PUR FAIT" ; l'expression me paraît un peu équivoque. En régime de laïcité, le droit canonique ne s'impose pas comme règle juridique au même titre que la loi étatique, à plus forte raison supérieure à celle-ci. Mais il n'est pas non plus un FAIT au même titre qu'un accident générateur d'obligations, au même titre que la filiation, etc. Il est une *règle juridique* issue de la liberté religieuse et de la liberté tout court, une règle juridique institutionnelle, la règle juridique que se donne une Eglise ; il me semble nécessaire et suffisant de l'analyser ainsi."

(333) ALLEN, blz. 142.

(334) *Dawodu v. Danmole* (1962), 1 W.L.R. 1053 *(judicial committee),* aangehaald door PARK, blz. 71, 80 en 81.

(335) Contra : Parketrb. Opper–Katanga, 10 juni 1955, *J.T.O.* 1956, blz. 110 : *„L'ordre public est une question de fait que le juge de fond apprécie souverainement. Quand le tribunal a décidé qu'une coutume était contraire à l'ordre public, cette question échappe au contrôle du tribunal du parquet".*

Volgens SOHIER A. (in een noot onder Parketrb. Opper-Katanga, 10 juni 1955, *J.T.O.* 1956, 110) bezit de vernietigingsrechter wettelijk die bevoegdheid : *„on peut, en s'inspirant d'une certaine jurisprudence, soutenir que la reconnaissance de la coutume, la recherche de son sens exact, soit une question de fait. Il faudrait sans doute préciser ce que cette affirmation signifie. Mais, une fois la coutume reconnue, définie, le point de savoir si elle est ou non contraire à l'ordre public est assurément une question de droit. (. . .) Ce qu'on pourrait soutenir, c'est que les textes réglant les pouvoirs du juge du parquet sont d'interprétation stricte. Or, ils permettent au juge d'annuler en cas d'application d'une coutume contraire à l'ordre public, non en cas de refus d'application au nom de l'ordre public, qui ne lui est pas contraire.*
A notre avis, ce serait là une interprétation byzantine. La vérité est que le législateur a voulu attribuer au juge du parquet le contrôle de l'application de la notion d'ordre public, et que le juge était compétent en l'espèce."

We nemen als voorbeeld een vernietigingsvonnis waarbij de parketrechter een vonnis van de gewestrechtbank vernietigde, dat de gewoonterechtsregel strijdig met de openbare orde verklaarde volgens welke een man die door een vrouw gevoed en gehuisvest werd, haar moet vergoeden (336).

„Attendu, en outre, que le Tribunal de Territoire de Bukama a statué en équité après avoir estimé que la coutume locale du secteur de Lualaba doit être écartée parce que constituant un encouragement au concubinage et à l'adultère ;

Que, d'après la coutume sous revue, l'homme qui a été nourri et logé par une femme, doit indemniser celle-ci ; attendu qu'au prescrit de l'article 18, al. 2. des Décrets coordonnés sur les juridictions indigènes, celles-ci ne jugent en équité que dans le cas où les coutumes existantes sont contraires à l'ordre public universel ou en cas d'absence de coutumes ; attendu qu'en l'occurence une coutume locale existe ; qu'il s'agit de savoir si elle est contraire à l'ordre public universel, c'est-à-dire international ; qu'elle le serait sans doute si elle permettait à une concubine de réclamer à son amant la rémunération de ses faveurs ; mais que la coutume sous revue n'envisage que le seul entretien d'un homme par une femme : qu'en prévoyant ainsi l'actio de in rem verso, elle ne fait que dicter le règlement d'une situation patrimoniale créée par un concubinage auquel il a été mis fin ; qu'elle ne tend donc nullement à nouer des relations illicites ou à les maintenir, et qu'on ne voit pas de quelle façon elle pourrait favoriser le concubinage ou l'adultère ; que si, en principe, la cohabitation d'un homme et d'une femme hors mariage ne peut produire d'effets légaux, cette règle doit recevoir une application restrictive et ne peut s'étendre aux suites purement économiques d'une situation dont l'amant est tout aussi bien responsable que la concubine ; que, pour refuser à celle-ci l'action de l'entretien de son amant, et ce sur l'unique base possible de l'adage „Nemo auditur

A. SOHIER had beweerd in een noot onder Parketrb. Kasaï, 27 januari 1953, *J.T.O.* 1953, blz. 106 : *„Le juge du parquet peut annuler un jugement parce que celui-ci a fait application d'une coutume contraire à l'ordre public, mais il n'a pas reçu le même pouvoir à l'égard d'une décision qui déclare à tort une coutume contraire à l'ordre public".*

(336) Parketrb. Opper–Lomami, 28 juni 1954, *J.T.O.* 1959, blz. 26, noot A.S. ; *B.J.I.* 1958, blz. 263, noot J.J.M.

propriam turpitudinem allegans" il faudrait que le concubinage soit reconnu comme contraire aux principes de l'ordre public international ;

Or, attendu que s'il est indéniable qu'une évolution nette est à signaler dans ce sens, il est non moins certain que cette évolution n'a pas encore atteint un degré tel qu'il faille la considérer comme définitivement acquise ; qu'en Belgique l'article 21 de la loi du 26 février 1946, réglant le statut des prisonniers politiques et de leurs ayants-droit permet d'assimiler la concubine d'un prisonnier politique à un ayant--droit s'il est établi que, durant la guerre, elle a vécu avec lui, mais n'a pu régulariser cette union du fait des circonstances de guerre ; que, tant en Belgique qu'en France, il a été admis à tort, que le concubinat est susceptible de faire naître entre concubins des obligations naturelles (Civ. Nivelles, 30-4-1890 : p.p. 1019 ; MONTPELLIER, 23-3-1925 : Gaz. Pal. 10-11 mai 1925 ; Rennes, 8-7-1931 : D.H. 509), que la concubine possède des droits à indemnisation du préjudice matériel que le décès de son amant lui a causé (Cass. Fr. 26-11-1927 D.H. 1927, 2°) et qu'elle peut exercer l'actio de in rem verso pour les soins et services qu elle a rendus à son amant (Dijon, 7-2-1928 D. p. 2, 169) ;

Que si donc le concubinat doit être réprouvé par quiconque désire promouvoir l'ordre social et la dignité de la personne humaine en général, l'éducation et le bonheur des enfants en particulier ; si le mariage est l'unique solution du problème sexuel et familial que puisse préconiser une politique sociale et familiale heureuse, il faut pourtant avouer que le concubinat n'est pas encore reconnu actuellement comme contraire aux principes de l'ordre public international ;

Attendu, par conséquent, que le Tribunal de Territoire de Bukama devait faire application de la coutume du secteur de Lualaba ; qu en l'écartant comme contraire aux principes de l'ordre public international parce qu'elle est un encouragement au concubinage et à l'adultère, et en statuant en équité, le dit Tribunal a rendu un jugement qui souffre de motivation insuffisante et, par là viole derechef une forme substantielle prescrite par la coutume ou par la loi ; Par ces motifs, le Tribunal de Parquet, vu les décrets coordonnés sur les Juridictions indigènes, spécialement en leurs articles 18, 32 et 35 à 38 ; statuant sur pièces, annule le jugement rendu sous la date du 3 mars par le Tribunal de Territoire de Bukama en cause Dyoka Emmanuel c. Honkasa Henriette."

Het vonnis a quo werd vernietigd omdat de lagere rechter verkeerdelijk de koloniale openbare orde hanteerde (ook hier zien we weer de koloniale en de internationale openbare orde met elkaar verward.) De parketrechtbank vernietigde ogenschijnlijk om reden van schending der substantiële vormen (onvoldoende motivering), in feite wegens verkeerde toepassing van het recht. De parketrechtbank nam aldus reeds een taak op zich die men aan het Hoogste Gerechtshof zouden willen toevertrouwen. Op het belangrijk gebied van het strijdig verklaren van een gewoonterechtsregel met de algemene orde (*l'ordre général*), ligt voor het Hoogste Hof o.i. een taak weggelegd, niet alleen voor wat de noodzakelijke handhaving van de rechtseenheid betreft, maar voor een harmonieuze ontwikkeling van het gewoonterecht. Welke regels precies door de rechtbanken niet in aanmerking moeten genomen

worden, is een vraagstuk van gewoonterechtelijke politiek, waarvoor de wetgever grotendeels machteloos staat.

Onder andere door middel van de techniek van de „*malus usus*" (337), kan het opperrechtelijk college, zoals de common lawrechters het deden, die vormende taak, die inzake gewoonterecht tenslotte alleen de rechter kan volbrengen, op zich nemen (338).

(337) Zie bijvoorbeeld de *Tanistry case*, supra, nr 313.
(338) Twee voorbeelden uit Kameroen : Cour suprême du Cameroun Oriental, 20 maart 1962, *Penant*, 1962, blz. 576 ; 3 april 1962, *Penant* 1913, blz. 230, met noot LAMPUE.

BESLUIT

„Le Gouvernement et moi-même, considérons la Cour Suprême comme l'un des rouages essentiels des pouvoirs publics et comme garant de nos libertés fondamentales. Le Président de la République, gardien de la Constitution, va trouver dans la Cour Suprême cette autorité indépendante du législatif et de l'exécutif qui dira le droit."

Leopold Sédar Senghor
(aangehaald in *Etudes de droit Africain et de droit Malgache*, Parijs, 1965, blz. 297).

„Providendum est ut via ad rescindenda judicia sit arcta, confragosa et tamquam muricibus strata."

Bacon,
(*Exemplum de justitia universa*, aformisme 94)

376. ADIEU AAN HET AFRIKAANS GEWOONTERECHT EN AAN DE GEWOONTERECHTBANKEN ?

Aan het einde gekomen van de verkenningstocht van een *terra incognita*, de aparte wereld van de rechtspraak in vernietiging van de vonnissen van de gewoonterechtbanken, lijkt het nuttig *de lege ferenda* besluiten te trekken.

Aan de grond hiervan ligt de overtuiging dat het beginsel van het gewoonterechtelijk pluralisme, en voorlopig ook het beginsel van het dualisme gewoonterechtsstelsel – geschreven rechtsstelsel erkend moet blijven worden. Dit niet te willen inzien zou van een ergerlijke struisvogelpolitiek getuigen :

„As long as a country harbors groups of widely differing mores, legal pluralism is inevitable. Under such circumstances its maintenance is a demand of political wisdom and a factor contributing to national integration rather than disruption. In African countries, diversity of mores is marked, and is bound to exist for a long time to come. As long as it exists, legal pluralism will have to continue. It is simply

not possible to apply the same set of family laws to the married couple that lives in accordance with modern conditions and to the polygamous family group living in the traditional ways of tribal custom. We do not mean to say, however, that legal pluralism would have to continue unchanged in its present form." (1)

Alhoewel de eenheid in de rechterlijke orde nagestreefd moet worden, wordt er om reden van de grote afstanden tussen de rechterlijke centra van de Republiek en van het gebrek aan geschoolde juristen gemeend dat voorlopig ook het dualisme van de rechterlijke orde niet opgegeven kan worden. Het uur van het requiem voor de gewoonterechtbanken is nog niet gekomen.

377. EEN OVERZICHT VAN DE VERNIETIGINGSGRONDEN.

Een overzicht van de door de parketrechtbanken gebruikte vernietigingsgronden tegen de vonnissen van de gewoonterechtbanken leert het volgende :

I. Het blijkt nutteloos de eerste vernietigingsgrond (de onregelmatige samenstelling van de rechtbank) afzonderlijk te vermelden, vermits hij opgenomen is in het ruimer begrip schending van een substantiële vorm. Er werd om zo te zeggen nooit een beroep op gedaan, zoals uit bijgaande overzichtelijke tabel kan blijken. Gelijkaardige opmerkingen kunnen voor de vierde vernietigingsgrond (door het D.I.R. niet toegelaten straffen) gemaakt worden, waarin het om schending van de wet gaat.

II. Van de tweede vernietigingsgrond (de onbevoegdheid) werd betrekkelijk veel gebruik gemaakt, vooral in het rurale gebied van Inongo. Die in ruime zin opgevatte grond behelst volgens de rechtspraak : de onbevoegdheid in enge zin van de gewoonterechtbanken, zowel *ratione materiae* als *personae* en *loci*, de overschrijding van rechtsmacht, de rechtsweigering of het niet afdoen van de betwiste vragen, de niet-toepassing van het beginsel van de beschikkingsmacht der partijen, de toepassing van andere dan door het D.I.R. voorgeschreven straffen.

III. Treffend is het veelvuldig beroep dat op de derde vernietigingsgrond (de schending van de substantiële vormen) werd gedaan. Die vlag dekt echter een hele lading :

A. De motiveringsgebreken :
   a) in de zin van een zuiver vormverzuim, namelijk bij :
      1. de afwezigheid van motivering ;
      2. de tegenstrijdigheid tussen de motivering en het beschikkend gedeelte van het vonnis ;
      3. het onbeantwoord laten van stellingen vervat in de eis of het verweer ;

(1) RHEINSTEIN, blz. 225.

b) in de zin van een verzuim de feitelijke inlichtingen te geven om het toezicht mogelijk te maken op de toepassing van het materiële recht :

c) in de zin van een volstrekt gebrek aan duidelijkheid van het vonnis.

B. De schending van de wezenlijke procedureregels :

a) schending van het beginsel van mogelijke tegenspraak (rechten van de verdediging) ;

b) onregelmatige samenstelling van de rechtbank ;

c) schending van andere wezenlijke procedureregels, hetzij van gewoonterechtelijke oorsprong, zoals de vereiste van fysische aanwezigheid ter zitting, van het horen van alle gevraagde getuigen, van het zenden van deskundigen ter plaatse bij grondgedingen, – hetzij van geschrevenrechtelijke oorsprong, zoals het beëdigen van de getuigen.

C. Miskenning van de procesgelding van de uitspraken van gewoonterechtbanken.

IV. Op de vijfde vernietigingsgrond werd door de parketrechtbanken een beroep gedaan bij schending of verkeerde toepassing van een tekst, wanneer de gewoonterechtbanken uitzonderlijk bevoegd waren om geschreven recht toe te passen. Strikt genomen gaf de tekst van het D.I.R. die bevoegdheid nochtans niet aan de vernietigingsrechtbanken.

In de wettelijke veronderstelling moest van de vijfde vernietigingsgrond alleen gebruik gemaakt worden in de gevallen waarin de lagere rechter ambtshalve had moeten weigeren een rechtsgewoonte toe te passen omdat ze strijdig was met de wetgeving of de openbare orde.

Het was een verrassing vast te stellen hoe weinig er door de parketrechtbanken een beroep werd gedaan op laatstgenoemd begrip. Uit het onderzoek moet besloten worden dat de rechtbanken de functie van dit begrip slechts uitzonderlijk ingezien hebben. Die functie is o.i. gegrond op de volgende stellingen :

a) In het perspectief van de sociaal-economische ontwikkeling van het land blijkt het noodzakelijk bepaalde gewoonterechtsnormen aan te passen of zelfs af te schaffen ;

b) de wetgever is onmachtig om die ontwikkelingstaak op zich te nemen ;

c) de rechterlijke macht heeft in weerwil van dit ontwikkelingsimperatief, de onvoorwaardelijke plicht om de rechtsgewoonten toe te passen zoals ze zijn ;

d) de rechterlijke macht heeft de mogelijkheid om de openbare orde in te roepen, en dit is de enige techniek waarover ze beschikt om de toepassing van een rechtsgewoonte te weigeren.

De functionele opvatting van het begrip openbare orde, dat niet alleen in het D.I.R. maar ook in artikel 57 van de grondwet gevonden wordt, lokt

slechts één (wat ouderwets aandoende) juridische opwerping uit, namelijk betreffende de scheppende rol die de rechterlijke macht zou moeten opnemen bij de verwerkelijking van het bedoeld begrip; maar de rechtsleer aanvaardt tegenwoordig dat binnen bepaalde grenzen : *„la jurisprudence est créatrice dans la mesure où un certain contenu intellectuel, fabriqué et mis au point par les décisions précédentes fait corps avec le texte lui-même, quand il ne se substitue pas à lui-même"* (2).

De geleidelijke, harmonieuse ontwikkeling van het gewoonterecht maakt er een dwingende noodzaak van de besproken vernietigingsgrond te behouden, ofschoon stemmen opgaan om zijn afschaffing te eisen. Een historische terugblik leert dat het begrip openbare orde in betrekking tot Afrikaans gewoonterecht op zichzelf niets aanstootgevends inhoudt, behalve de naam die aan het koloniale tijdvak met zijn assimilerende tendensen doet denken ; een terminologische verandering wordt voorgesteld : de algemene orde. Men beseft nochtans dat de hantering van dit begrip, dat Prof. FRANCESCAKIS *l'ordre public du développement* noemde (3), een rechter veronderstelt die de verantwoordelijkheid kan nemen om te verklaren dat een rechtsgewoonte onverzoenbaar is met de politiek van de Republiek. Nodig is hiervoor een inzicht in de vereisten van de economische en maatschappelijke ontwikkeling van het land en in de psychologische bereidheid van de rechtsonderhorigen om de verwerping van de rechtsgewoonte te aanvaarden, en – wat betreft de gevolgen van het inroepen van de openbare orde – zin voor rechtsverfijning.

V. Opmerkelijk zijn ook de gevallen waarin openlijk – er werd geen grond aangeduid – vernietigd werd wegens het voorhanden zijn van een vernietigingsgrond die niet in het D.I.R. vermeld staat. Het blijkt inderdaad dat de parketrechtbanken zich de bevoegdheid hebben aangematigd om te vernietigen wegens schending of verkeerde toepassing niet alleen van geschreven recht, maar ook van gewoonterecht. Dit blijkt zowel uit de verwerpingsvonnissen waarin de in het rekwest aangevoerde rechtsschending uitdrukkelijk weerlegd wordt als uit de vernietigingsvonnissen. De vernietiging wegens schending van de gewoonte gaat gewoonlijk schuil achter een vernietiging wegens gebrekkige motivering. Maar soms wordt eenvoudigweg geen rechtsgrond aangeduid, zoals trouwens ook bij schending van geschreven recht gebeurt.

Voor de parketrechtbanken gold de – niet altijd juist begrepen – jurisprudentiële regel dat zij niet in de beoordeling van de zaak traden. Dit sloot nochtans niet uit dat onderzoeksmaatregelen naar bestaan en draagwijdte van een rechtsgewoonte, evenals naar de schending van een substantiële vorm, konden bevolen worden.

(2) BOULANGER, J., Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, *Rev. trim. dr. civ.*, 1961, blz. 417.

(3) FRANCESCAKIS, Ph., Problèmes de droit international privé de l'Afrique Noire indépendante, *Rec. Ac.* 1964, II, blz. 269.

In Franssprekend Afrika werd door de Vernietigingskamers daarentegen nooit wegens schending van de gewoonte gebroken. In de rechtspraak van de *Privy Council*, en van het Indonesische Hoogste Gerechtshof sinds 1947 gebeurde het wel, en dit op het hoogste vlak.

Er moet nochtans opgemerkt worden dat door de parketrechters de mogelijke schending van een rechtsgewoonte dikwijls over het hoofd gezien werd, omdat ze de nodige zin voor privaatrecht en voor gewoonterechtsvinding misten om in de gegevens die door de eiser in vernietiging aangebracht werden, de mogelijke schending van een rechtsgewoonte aan te voelen en om hieromtrent een nauwkeurige onderzoeksmaatregel te bevelen.

TABEL 14

PROPORTIONELE VERDELING VAN DE VERNIETIGINGSGRONDEN

Parketrechtbank		*Totaal aantal vernietigingen*	*B.W.R. Art. 35, § 1,*					*Vernietigingsgrond niet aangeduid.*
			1°	*2°*	*3°*	*4°*	*5°*	
Leopoldstad	1957	100	0	6	76	0	18	0
	1958	100	0	11	70	3	8	8
	1959	100	0	11	84	0	0	5
Kikwit	1957	100	0	20	67	13	0	0
	1958	100	0	31	57	0	12	0
	1959	100	0	4	84	0	8	4
Thysstad	1957	100	0	21	67	0	12	0
	1958	100	0	3	20	59(1)	9	9
Boma	1957	100	0	13	62	3	19	3
	1958	100	3	10	84	0	3	0
	1959	100	5	0	75	0	0	20
Matadi	1959	100	0	17	83	0	0	0
	1960	100	0	0	100	0	0	0
Inongo	1957	100	0	19	12	0	69(2)	0
	1958	100	1	45	9	0	20	25
	1959	100	0	80	20	0	0	0
Kenge	1957	100	0	75	0	0	0	25
	1958	100	0	100	0	0	0	0

(1) Het abnormale percentage is te wijten aan 21 vernietigingen wegens het opleggen van een boete die hoger was dan het in de toe te passen tekst toegelaten maximum.

(2) Het abnormale percentage is te wijten aan 21 gevallen van verzuim een dwingende tekst die verbood aan inlanders krediet te geven, ambtshalve in te roepen.

378. EEN VOORSTEL BETREFFENDE DE DISTRICTSRECHTBANK. KRITIEK UIT DE ANTROPOLOGISCHE HOEK.

Op grond van de beschreven praktijk wordt er vooreerst voorgesteld aan de districtsrechtbanken een meer uitgebreide bevoegdheid te geven, namelijk de bevoegdheid om de vonnissen van de gewoonterechtbanken te vernietigen wegens schending of verkeerde toepassing van het recht. De reden voor dit voorstel zal verder blijken.

Een antropoloog fronst hierbij *a priori* sceptisch de wenkbrauwen : wat goeds kan men voor het Afrikaans gewoonterecht verwachten van districtsrechters die hiervan als geschrevenrechtelijk gevormde juristen geen benul hebben ? B. MALINOWSKI en M. MAUSS o.a. hebben sinds lang gewaarschuwd tegen de tendens *de vouloir ramener les droits indigènes au code civil.* (4)

R. VERDIER (blz. 105) schrijft in die zin :

> „Le juriste dogmatique occidental est tenté, soit de soumettre les valeurs et principes, qui sont à la base des systèmes juridiques negro-africains, à ses propres normes et concepts et alors dénature et trahit leur sens original et profond, soit de les exclure de son champ d'observation en les refoulant dans les domaines, qui ne relèvent plus directement de sa discipline, mais de la sociologie et de la religion, et soulève alors son incompétance, voire fait acte de démission."

De genoemde tendens werd inderdaad meermaals weergevonden in de onderzochte rechtspraak, wat de vernietiging betreft zowel wegens schending van vormen, als wegens schending van het gewoonterecht of wegens strijdigheid met de openbare orde.

> In het werk kunnen voorbeelden als de volgende gevonden worden : de parketrechter vernietigde een vonnis wegens tegenstrijdigheid in de motivering op grond van het geschrevenrechtelijk beginsel *donner et retenir ne vaut,* omdat hij de toegepaste gewoonte niet begreep volgens welke de schenkersclan bepaalde rechten blijft behouden op de geschonken grond, o.a. het recht om de afstand van rechten op die grond door de begiftigde goed te keuren.
>
> In een proces waarin de huurder een vergoeding vroeg van de verhuurder voor schade aangericht door de gedeeltelijke instorting van het verhuurde huis en slechts de helft van de gevraagde vergoeding verkreeg om reden van gedeelde verantwoordelijkheid, werd het vonnis vernietigd wegens schending van de geschrevenrechtelijke regels die het huurcontract beheersen en de verhuurder volledig verantwoordelijk stellen; *a priori,* kan nochtans niet gesteld worden dat het gewoonterecht die regels kent.
>
> Er werd vernietigd op grond van schending van deprocedureregel volgens welke de

(4) MAUSS, M., *Manuel d'ethnographie,* Parijs, Payot, 1947, blz. 144.

getuigen de eed moeten afleggen, zonder dat ingezien werd dat de plaats van de getuige in een gewoonterechtelijk geding een andere is dan in een geschrevenrechtelijk geding.
Vooral bij het strijdig verklaren van een gewoonte met de openbare orde blijkt het de geschrevenrechtelijk gevormde magistraat moeilijk om afstand te nemen van het recht dat hij beheerst. Zoals ALLEN reeds onderstreepte bij de bespreking van de Engelse *Tanistry case,* vertonen rechters de neiging om een gewoonte die ze in feite niet begrijpen, strijdig te verklaren met de rede of de openbare orde of een gelijkaardig begrip. Aldus verklaarden sommige parketrechters, evenals het Hoogste Gerechtshof van Kameroen, strijdig met de openbare orde de regel die de kinderen toekent aan de lineage van de man die de bruidsprijs betaalde, zelfs indien hij niet de biologische vader is.

Men verlieze nochtans niet uit het oog dat de opdracht van de geëngageerde jurist er een andere is dan die van de juridische antropoloog of van de comparatist t.o.v. de Afrikaanse rechtsgewoonten. De antropoloog neemt waar hoe – laat ons zeggen – bij de Kuba, het maatschappelijk toezicht door de rechtbanken uitgeoefend wordt ; de comparatist kan geobserveerde gewoonterechtsstelsels onderling vergelijken, of kan rechtsgewoonten vergelijken met de regels die ofwel tot het geldende Kongolese geschreven recht horen, ofwel tot rechtsstelsels uit de geschiedenis. Maar de geëngageerde jurist is niet alleen waarnemer ; hij draagt verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling in de Republiek. Hij moet in staat zijn de originele oplossingen van het gewoonterecht te integreren in het Kongolese algemeen recht en te verzoenen met het gewoontenoverkoepelend recht.

De studie van de rechtspraak van de parketrechtbanken wijst uit dat het zin heeft de opdracht van rechtscontrole toe te vertrouwen aan een geschrevenrechtelijk jurist, nl. de vernietigingsrechter. Deze vervulde in zijn rechtsgebied – meestal op rekwest van de partijen, en dikwijls op stukken – de rol van cassatierechter, zowel die van tuchtprefect ten opzichte van de te volgen pleegvormen, als van monitor ten opzichte van het toe te passen recht, zonder echter dit recht zelf toe te passen. Er wordt aldus slechts voorgesteld in een tekst te formuleren hetgeen, blijkens de onderzochte rechtspraak, reeds feitelijk de opvatting van de parketrechtbanken was betreffende hun vernietigingsopdracht.

379. VOORGESTELDE FORMULERING VAN DE VERNIETIGINGSBEVOEGDHEID.

De lege ferenda zou artikel 35 § 1 D.I.R. als volgt gewijzigd kunnen worden : „De vonnissen van de gewoonterechtbanken kunnen onderworpen worden aan het toezicht van de districtsrechtbank alleen op grond van :

1° onbevoegdheid, schending van de substantiële vormen of bewijsregels, in het bijzonder op grond van de rechten van de verdediging ;

2° schending van de wet of van een rechtsgewoonte, in het bijzonder op grond van niet-toepassing van de rechtsgewoonte ; of op grond van verkeerde kwalificatie van de feiten onder een rechtsbegrip ;

3° afwezigheid van motivering, dubbelzinnige of tegenstrijdige motivering omtrent een beslissende vraag die in het geding hetzij opgeworpen werd door de partijen, hetzij ambtshalve moest opgeworpen worden door de rechter ;

4° toepassing van een rechtsgewoonte die strijdig is met de grondwet, de in gewoonterechtelijke zaken van toepassing zijnde wetgeving of met de algemene orde, of niet-toepassing van een rechtsgewoonte door het ten onrechte inroepen van wetgeving of algemene orde.

Die middelen kunnen ambtshalve door de districtsrechtbank opgeworpen worden.

De feitelijke grondslag van de middelen kan alleen gevonden worden in de bestreden uitspraak en in de stukken van het geding. De districtsrechtbank is gebonden aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten van het geding is vastgesteld, onverminderd de onderzoeksmaatregelen naar bestaan en draagwijdte van een rechtsgewoonte en naar de schending van een substantiële vorm die zij nuttig zou achten.

Wanneer de districtsrechtbank het aangevochten beschikkend gedeelte strijdig verklaart met de wet, met een rechtsgewoonte of met de algemene orde, of wanneer ze de verkeerde toepassing van de wet of de rechtsgewoonte vaststelt, formuleert ze de rechtsregel die toegepast moet worden.

Zijn niet voor vernietiging vatbaar de beslissingen die verkeerde rechtsmotieven bevatten, indien het beschikkend gedeelte niet strijdig is met de wet, de rechtsgewoonte of de algemene orde.

Bij schending van vormen of van voorschriften van openbare orde, alsmede bij schending van de algemene orde kunnen de door de gewoonterechtbanken gewezen vonnissen ambtshalve aangevochten worden door het openbare ministerie zelfs indien de wettelijke termijn is verlopen en geen enkele partij een rekwest in vernietiging heeft ingesteld."

380. VOORSTELLEN BETREFFENDE HET TOEKOMSTIGE HOOGSTE GERECHTSHOF IN VERBAND MET DE GEWOONTERECHTSTOEPASSING ZOWEL DOOR DE RECHTBANKEN VAN GESCHREVEN RECHT ALS DOOR DE GEWOONTERECHTBANKEN.

De vraag werd gesteld welke taak binnenkort met betrekking tot het Afrikaans gewoonterecht aan het Hoogste Gerechtshof zou toevertrouwd worden. Die vraag is tweeledig : A) zal het Hoogste Gerechtshof voor

schending van Afrikaans gewoonterecht kunnen aangesproken worden, en B) zal het toezicht houden op de rechtstoepassing door de gewoonterechtbanken, die het grootste deel van de gewoonterechtstoepassing voor hun rekening nemen, en die tot hiertoe als de stiefkinderen van de rechterlijke orde behandeld werden ?

A) Wat de eerste vraag betreft werd in dit werk de nomofilachische opvatting van de functie van het Hoogste Gerechtshof verworpen. Dit standpunt werd door de Kongolese grondwetgever in 1967 aangenomen. Naar luid van artikel 60 van de grondwet is het Hoogste Gerechtshof in theorie bevoegd om wegens schending van het gewoonterecht te verbreken.

Het Hof zal dus kunnen verbreken wegens schending van het in de Republiek geldende ongeschreven recht : rechtsbeginselen, praetoriaanse rechtsregels, gewoonterechtsregels in eigenlijke zin.

Laatstgenoemde normen zijn echter meestal van plaatselijke gelding. De plaatselijk, afwijkende rechtsgewoonten verzetten zich tegen de eenmaking van het gewoonterecht in de homeonomische kring, terwijl de aan elke homeonomische kring eigen regels zich verzetten tegen de eenmaking van het Afrikaans gewoonterecht in de Republiek. Daar tegenover staat dat de opdracht te streven naar eenvormige rechtstoepassing door de rechters ten gronde de reden van bestaan van een Hof van Verbreking uitmaakt. Men kan zich afvragen of er geen tegenstrijdigheid bestaat tussen de twee opdrachten : te waken eensdeels over de juiste toepassing van plaatselijk geldende rechtsgewoonten en anderdeels over de eenvormige rechtstoepassing door alle rechtbanken van de Republiek ? Zou er geen afbreuk gedaan worden aan de zuiverheid van het cassatie-instituut en loopt men de kans niet van de cassatie een derde beroep te maken ?

Opgemerkt kan hier worden dat dezelfde vraag gesteld mag worden in verband met de cassatierechtspraak over het aan de besluiten van de eiser gegeven inadekwate antwoord en over de bewijskracht van de geschreven stukken (of over de bindende kracht van de overeenkomsten volgens de Franse rechtspraak). Men kan zich het zelfde afvragen wanneer een voorziening die rechtstreeks gegrond is op de schending van een krachtens een conflictsregel bevoegd verklaarde vreemde rechtsnorm ontvankelijk verklaard wordt.

„La formule si décriée selon laquelle la loi étrangère serait pour la Cour de Cassation un élément de fait du procès est peut-être trop brutale, mais elle contient une part irréductible de vérité (. . .)" (5)

(5) LAGARDE, P., *Revue* 1962, 338.

Een eerste antwoord bestaat erin aan te tonen dat de mogelijkheid bestaat om een zekere eenheid te vinden in de beginselen die aan de grond liggen van het Afrikaans gewoonterecht. Het Hof zou hier een gunstige invloed kunnen uitoefenen om één te maken wat één gemaakt kan worden.

Ten tweede kan men doen gelden dat het Hoogste Gerechtshof de plicht heeft de hand te houden aan het beginsel van de eerbiediging van de plaatselijke rechtsgewoonten. De Kongolese rechters ten gronde verkeren immers in dezelfde toestand als de rechters die onder Filips de Schone de eed moesten afleggen om recht te spreken *„servando et custodiendo diligenter usagia locorum et consuetudines approbatas"*. En bij inbreuk op die plicht moet het vonnis verbroken worden. Die inbreuk kan – abstractie gemaakt van het toezicht op de motivering – door het Hof slechts vastgesteld worden door een beoordeling van de beweerde gewoonterechtsschending.

Indien het Hof de – naar de eiser beweert – geschonden rechtsgewoonte niet kent, wordt gemeend dat het zich niet zou mogen beperken tot de door partijen geleverde bewijzen, maar een onderzoek zou moeten bevelen of ieder middel gebruiken dat het nuttig acht. Vermits voor het Hoogste Gerechtshof de rechtsgewoonten gelijkgesteld moeten worden met het nationale geschreven recht, moet de theorie van de „zuivere rechtsmiddelen" toegepast worden : de rechter ten gronde zal zijn vonnis verbroken zien worden, indien hij, zelfs in zaken die de openbare orde niet raken, de rechtsgewoonte waarvan geen pleiter voor hem de zin of draagwijdte bestreden heeft, niet juist heeft toegepast.

Het Hof kan hier een onvervangbare taak op zich nemen bij de formulering van de rechtsgewoonte en de toetsing van haar rechtsgelding. Op grond van die rechtspraak slechts zal aan de eenmaking van het Afrikaans recht gewerkt kunnen worden. Dit is de reden waarom een veralgemeend toezicht van het Hof op de gewoonterechtstoepassing voorgestaan wordt, spijt de inbreuk op de platonische zuiverheid van het cassatie-instituut. De zuiverheid van het cassatie-instituut heeft in Europa slechts betekenis omdat ze toelaat het objectief, de rechtseenheid, te bereiken. In Kongo bestaat er voor het Hoogste Gerechtshof benevens de rechtseenheid een tweede objectief : de handhaving van het eigen volksrecht t.o.v. het gerecipieerde recht.

De grondwettelijke tekst laat trouwens ruimte voor uitlegging en moest een veralgemeend toezicht te zwaar lijken voor het Hof, dan zou de suggestie die BATIFFOL (6) voor vreemd recht maakt gevolgd kunnen worden. Het cassatietoezicht zou voorbehouden kunnen worden voor

(6) BATIFFOL, H., La Cour de cassation de France et la dénaturation de la loi étrangère, *Festschrift für Hans Dölle*, Tübingen, 1963, II, 216.

de gevallen waarin de rechter ten gronde een klaarblijkelijke schending (violation flagrante) van het gewoonterecht heeft begaan en die waarin het een rechtsgewoonte betreft die een veelvuldige toepassing kent.

Wat de opstelling van de voorziening betreft vervalt de traditionele vereiste van aanhaling van de geschonden wetsartikelen. In het middel zal in alle gevallen aangegeven worden : a) welk deel van de bestreden uitspraak (welke beslissing, welke rechtsoverwegingen) wordt aangevallen en b) waarom door die beslissing het recht is geschonden, d.w.z. in welke zin zij volgens de eiser had moeten uitvallen.

B) De tweede vraag wordt door de grondwet niet beantwoord. De grondwettelijke tekst zou opgevat kunnen worden als alleen op de rechtbanken van geschreven recht van toepassing zijnde. Men is de mening toegedaan dat in het belang van de rechtseenheid, en dus van de rechtszekerheid het Hoogste Gerechtshof het laatste woord moet hebben bij de rechtstoepassing door de – voor het Kongolese rechtsleven zo belangrijke – gewoonterechtbanken. Talrijk bleken inderdaad de voor de vernietigingsrechtbanken gerezen gelijkluidende rechtsvragen, die ten onrechte op uiteenlopende wijze werden beantwoord, niet alleen van rechtsgebied tot rechtsgebied, maar zelfs binnen één zelfde rechtsgebied. Voorbeelden van dergelijke vragen betreffen op het gebied van de vormen : de bewijskracht van de meldingen in het zittingsblad, de mogelijke vertegenwoordiging van partijen, het mogelijke ambtshalve inroepen van het gezag van gewijsde, het verplicht karakter van het horen van getuigen ; op het gebied van het materiële recht : het probleem van de wettiging van overspelige kinderen, het terugbetalen van de bruidsprijs bij vaststelling van de nietigheid van het polygamisch huwelijk, de onontbindbaarheid van het kerkelijk en gewoonterechtelijk huwelijk, de juridische betekenis van de inschrijving op het inlands kadaster van een bezitsrecht op een perceel ; op het gebied van de algemene orde : het strijdig zijn van de collectieve verantwoordelijkheid met de algemene orde, de gevolgen van de strijdigheid van de slavernij met de algemene orde. Zulke voorbeelden pleiten ervoor dat de gewoonterechtbanken zouden overkoepeld worden door een uniek orgaan dat tot opdracht zou hebben – waar mogelijk – over de eenheid van de gewoonterechtspraak te waken. Door aan het Hoogste Gerechtshof die opdracht toe te vertrouwen, zou op het hoogste vlak de integratie verwezenlijkt worden van de twee rechterlijke orden.

381. DE DISTRICTSRECHTBANK ALS TUSSENTRAP TUSSEN HET HOOGSTE GERECHTSHOF EN DE GEWOONTERECHTBANKEN.

Maar zal het Hoogste Gerechtshof opgewassen zijn tegen de stroom van voorzieningen, en zal de kwaliteit van de dossiers van de gewoonterecht-

banken het cassatietoezicht niet onmogelijk maken ? De verlichting van de taak van het Hof mag o.i. niet gezocht worden in de uitsluiting van belangrijke categorieën gedingen en in de weigering van rechtszekerheid aan een belangrijke laag van de bevolking, indien tenminste het Hoogste Gerechtshof niet vooral een pronkstuk voor internationale waarnemers wil zijn.

Er wordt ook niet voorgesteld de mogelijkheid om in cassatie te gaan tegen in laatste aanleg gewezen vonnissen van gewoonterechtbanken uitsluitend in de handen van het openbaar ministerie te leggen. Het middel moet aan de partijen toebehoren. Het zou of slechts een slag in het water zijn, of een schending van het beginsel van de gelijkheid in de rechtsbedeling, het openbaar ministerie voor die gewoonterechtelijke zaken het monopolie van de vorderingen in verbreking te geven : het zou immers ofwel de rol van cassatieadvokaat spelen, ofwel op min of meer willekeurige wijze de ene voorziening toelaten en de andere weigeren. Het openbaar ministerie zou evenwel op eigen initiatief in het belang van het recht, of op bevel van de minister van justitie wegens overschrijding van rechtsmacht, een voorziening kunnen instellen.

Om het Hof toe te laten zich in de beste voorwaarden van zijn specifieke taak te kwijten wordt voorgesteld dat de districtsrechtbank, met bevoegdheid tot vernietiging wegens rechtsschending, als tussentrap zou dienen tussen het Hoogste Gerechtshof en de gewoonterechtbanken. Indien men het Hoogste Gerechtshof het laatste woord wil geven in zake gewoonterechtstoepassing, rijst *a priori* inderdaad een dilemma : ofwel wordt de bestaande vernietigingsbevoegdheid van de districtsrechtbank afgeschaft en overgedragen aan het Hoogste Gerechtshof, ofwel wordt ze behouden en kan het vernietigings- of verwerpingsvonnis in cassatie aangevochten worden. Bij dit dilemma blijkt voor de tweede mogelijkheid te moeten gekozen worden, opdat de cassatierechters niet te veel hooi op hun vork zouden krijgen. Het bestaan van die tussentrap zou eensdeels tot gevolg hebben dat een deel der pleiters het nutteloos zal vinden door te drijven tot het Hoogste Gerechtshof, en anderdeels dat de dossiers die voor het Hof komen kwalitatief beter zullen zijn. Als tweede argument voor de gedane keuze kan gelden dat de substituut van de Staatsprocureur tot opdracht heeft toezicht te houden op de gewoonterechtbanken : het blijkt aangewezen dat de districtsrechtbank waarbij hij gevoegd is, de mogelijkheid zou hebben om na een vlugge rechtspleging een vonnis van een gewoonterechtbank op zijn vordering te vernietigen. Ten derde kan onderstreept worden dat de districtsrechtbank het plaatselijke gewoonterecht beter kan kennen en dus vrijwaren terwijl zij andersom met meer kans de eenheid van de gewoonterechtelijke beginselen in haar min of meer homogeen rechtsgebied kan verwerkelijken.

Volgens de voorgestelde regeling zou de districtsrechtbank *in graad van vernietiging* een eerste rechtstoezicht houden op het vonnis van een gewoonterechtbank, waarna een tweede rechtstoezicht door het Hoogste

Gerechtshof mogelijk blijft. Een onbekende rechtsfiguur is het dubbel rechtstoezicht echter niet. Verwezen wordt naar de bespreking van de rechtspraak van de *Privy Council* voor Engelssprekend Afrika. Ook het Belgisch procesrecht kent gevallen van dubbele – en zelfs van drievoudige wettelijkheidscontrole.

> Waren aldus bepaalde rechterlijke beslissingen, zoals bijvoorbeeld de op grond van artikel 221 van het Belgisch burgerlijk wetboek genomen beslissing van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (7), niet vatbaar voor beroep, dan stond dit rechtsmiddel nochtans ter beschikking van de partijen wanneer de klacht sloeg op de onbevoegdheid of op een overschrijding van rechtsmacht (art. 425 en 454, oud wetboek van burgerlijke rechtspleging) ; in beroep oefende de rechtbank slechts een wettelijkheidstoezicht uit : zij besliste over een rechtsvraag en mocht niet in de feitelijke beoordeling van de zaak treden ; deze uitspraak in beroep was vatbaar voor cassatie (8).

> Gevallen van drievoudig rechtstoezicht zijn te wijten aan het feit dat de uitleg van bepaalde bijzondere wetten met zich brengt dat de tussenkomst van een „rechter ten gronde" tot een wettelijkheidstoezicht beperkt wordt. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de beslissingen die herstelpensioenen toestaan krachtens de door de verordening van de Regent van 5 oktober 1948 samengeordende wetten. Artikel 45, § 3 vertrouwt aan een bestuurscommissie van eerste aanleg en aan een beroepscommissie „in laatste aanleg" de macht toe, te beslissen over de „feitelijke elementen" die door de wet opgesomd worden. Het gevolg hiervan is dat de gerechtelijke rechtbanken die volgens artikel 92 van de grondwet de enig-bevoegde zijn om over burgerlijke rechten uit te spreken, hun waardering nopens een in de genoemde wet opgesomd feitelijk element niet in de plaats mogen stellen van de waardering die op soevereine wijze werd gegeven door de administratieve beroepscommissie. Het verbrekingshof mag wegens een door de gewone rechter begane juridische fout het vonnis vernietigen (9). De uitleg die aan de regentsverordening wordt gegeven, heeft aldus tot gevolg dat aan de gerechtelijke rechtbanken de beslissingsmacht over de feiten ontnomen wordt, en dat de rechtbank van eerste aanleg en het Hof van Beroep ten opzichte van de „soevereine" beslissingen van de administratieve commissie slechts een wettelijkheidstoezicht uitoefenen, waarna in derde gerechtelijke instantie nog het toezicht van het verbrekingshof mogelijk blijft.

Een voorziening in verbreking tegen een vonnis waarin de districtsrechtbank *in beroep* uitspraak deed in een geding dat in eerste aanleg door een stads- of gewestrechtbank (10) behandeld werd, is mogelijk en levert

(7) Cfr. BAETEMAN, L'appel sur base d'excès de pouvoir ou d'incompétence contre les ordonnances du président, statuant par application des articles 221 et suivants du code civil, noot onder Gent, 21 januari 1963, *R.C.J.B.* 1964, blz. 418 tot 445.

(8) Het Gerechtelijk Wetboek van 1967 doet die toestand uit het Belgisch procesrecht verdwijnen.

(9) Zie Verbr., 17 maart 1955, *Pas.* 1955, blz. 789, 2 gevallen.

(10) Men vergete niet dat tegen het *in eerste aanleg gewezen* vonnis van stads- of gewestrechtbank eveneens een mogelijkheid van voorziening in vernietiging bestaat. Gemeend wordt dat deze

geen geval van dubbel rechtstoezicht ; het vonnis van de districtsrechtbank is in tweede graad en in laatste aanleg gewezen. Rechtstreeks tegen een vonnis van een gewoonterechtbank mag daarentegen geen voorziening in verbreking mogelijk zijn : er bestaat geen reden om hier de sprongsgewijze cassatie in te voeren.

382. DE VOORGESTELDE FORMULERING VAN DE CASSATIE-BEVOEGDHEID.

De bevoegdheid van de gerechtelijke afdeling van het Hoogste Gerechtshof zou als volgt geformuleerd kunnen worden : „De gerechtelijke afdeling van het Hoogste Gerechtshof waakt op de juiste en eenvormige toepassing van het recht door de Hoven en rechtbanken van de Republiek. Ze doet de zaken niet ten gronde af.

De in laatste aanleg gewezen arresten en vonnissen, en de in graad van vernietiging gewezen vonnissen van de districtsrechtbanken, kunnen onderworpen worden aan het toezicht van de gerechtelijke afdeling van het Hoogste Gerechtshof alleen op grond van :

1° onbevoegdheid, schending van de substantiële vormen of bewijsregels, in het bijzonder op grond van de rechten van de verdediging ;

2° schending van de wet, van een algemeen rechtsbeginsel, van een algemeen geldende juridische ervaringsregel, of van een rechtsgewoonte, in het bijzonder op grond van niet-toepassing van de rechtsgewoonte, of op grond van verkeerde kwalificatie van de feiten onder een rechtsbegrip ;

3° afwezigheid van motivering, dubbelzinnige of tegenstrijdige motivering omtrent een beslissende vraag die in het geding hetzij opgeworpen werd door de partijen, hetzij ambtshalve moest opgeworpen worden door de rechter ;

4° toepassing van een rechtsgewoonte die strijdig is met de grondwet, de in gewoonterechtelijke zaken van toepassing zijnde wetgeving of met de algemene orde, of niet-toepassing van een rechtsgewoonte door het ten onrechte inroepen van wetgeving of algemene orde ;

5° onjuiste uitlegging van statuten, reglementen en standaardbedingen, voor zover zij bestemd zijn rechtsverhoudingen te regelen van een aantal bij de vaststelling niet bepaaldelijk aangewezen personen ;

6° schending van vreemd recht, voor zover het Hoogste Gerechtshof

mogelijkheid verder moet blijven bestaan, omdat een partij kan wensen dat de zaak naar een gewoonterechtbank verwezen wordt in plaats van ten gronde afgedaan te worden door de districtsrechtbank. In het onderricht dat in de griffiersschool gegeven wordt moet op het verschil tussen de twee verhaalmiddelen gewezen worden. Er heerst verwarring tussen beide verhaalmiddelen. In Mbandaka vonden we dat in 1965 de volgende praktijk gevolgd werd : elk dossier werd aan het openbaar ministerie medegedeeld om een reden tot vernietiging te vinden, en indien dit gebeurde, kon er verwezen worden.

bestaan en inhoud van de rechtsregel zonder nadere bewijslevering met voldoende zekerheid vermag vast te stellen.

Het Hoogste Gerechtshof zal zich uitsluitend houden binnen de perken van de door de eiser tegen het vonnis aangebrachte grieven, onverminderd zijn bevoegdheid om middelen van openbare orde op te werpen.

De feitelijke grondslag van de middelen kan alleen gevonden worden in de bestreden uitspraak en in de stukken van het geding. De gerechtelijke afdeling van het Hoogste Gerechtshof is gebonden aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten van het geding is vastgesteld, onverminderd de onderzoeksmaatregelen naar bestaan en draagwijdte van een rechtsgewoonte en naar de schending van een substantiële vorm die het Hof nuttig zou achten.

Bij verbreking verwijst het Hof naar dezelfde doch anders samengestelde rechtbank of naar een rechtbank van gelijke graad. Indien er niets overblijft om te beoordelen, verbreekt het Hof door inkorting ; er moet evenmin verwezen worden indien er nog alleen over gerechtskosten te beslissen valt.

Indien het Hoogste Gerechtshof een voorziening tegen een verwerpingsvonnis van de districtsrechtbank verwerpt of een vernietigingsvonnis van de districtsrechtbank vernietigt, blijft er niets meer te beoordelen en moet de zaak niet verwezen worden. Indien het Hoogste Gerechtshof een verwerpingsvonnis van de districtsrechtbank vernietigt of een voorziening tegen een vernietigingsvonnis van de districtsrechtbank verwerpt, verwijst het de zaak naar de anders samengestelde gewoonterechtbank tegen wier vonnis eerst een rekwest in vernietiging was gericht.

Wanneer de gerechtelijke afdeling het aangevochten beschikkend gedeelte strijdig verklaart met de wet, met een rechtsgewoonte of met de algemene orde, of wanneer ze de verkeerde toepassing van de wet of de rechtsgewoonte vaststelt, formuleert ze de rechtsregel waarvan de jurisdictie waarnaar verwezen wordt zich moet houden.

Zijn niet voor cassatie vatbaar de beslissingen die verkeerde rechtsmotieven bevatten, indien het beschikkend gedeelte niet strijdig is met de wet, de rechtsgewoonte of de algemene orde.

Handelingen waardoor rechters of officieren van het openbaar ministerie hun macht zouden overschreden hebben kunnen op bevel van de minister van justitie door de procureur generaal aan het toezicht van de gerechtelijke afdeling onderworpen worden, zelfs indien de wettelijke termijn om zich in verbreking te voorzien is verlopen en geen enkele partij in voorziening is gegaan.

De in laatste aanleg gewezen beslissingen die strijdig zijn met het recht kunnen ambtshalve door de procureur generaal aan de gerechtelijke afdeling onderworpen worden, zelfs indien de wettelijke termijn om zich in verbreking te voorzien is verlopen en geen enkele partij in voorziening is gegaan.

Het Hof verbreekt in dit geval de beslissingen zonder dat de partijen zich op de verbreking kunnen beroepen om zich te onttrekken aan hetgeen door de verbroken beslissing voorgeschreven werd."

383. RECHTSPLEGING.

Om kansloze zaken uit te sluiten kan als mogelijke sanctie bij verwerping een borgsom voorgeschreven worden, bij voorbaat te storten op straffe van onontvankelijkheid van de voorziening (11). De grieven die tegen het aangevochten vonnis ingebracht worden moeten op straf van nietigheid in de voorziening vervat zijn, en de geschonden rechtsregel moet erin op abstracte wijze geformuleerd worden. De rechtsbijstand van een advocaat bij het Hoogste Gerechtshof moet verplichtend worden gesteld (12). De procedure voor het Hoogste Gerechtshof gebeurt op stukken ; de partijen verschijnen niet ter zitting. De advokaten kunnen voor de balie komen en gehoord worden in hun mondelinge opmerkingen. Deze moeten beperkt blijven tot een toelichting van de besluiten en de middelen van de geschreven rechtspleging.

Gemeend wordt dat die rechtspleging samen met de voorgestelde bevoegdheidsregeling het Hoogste Gerechtshof zullen behoeden voor de overbelasting die gevreesd wordt bij de uitbreiding van de traditionele taak van het Hof tot het toezicht op de gewoonterechtstoepassing, – nieuwe taak die noodzakelijk geacht wordt terwille van de groei van het gewoonterecht en de rijping ervan tot een Afrikaans *corpus iuris.*

Bij het tikken van een punt achter die voorstellen wordt weliswaar aan een waarschuwing van Prof. RHEINSTEIN gedacht : „*What the law will be depends not only upon the content of its rules, perhaps even more essentially, upon the personnel by which it is to be administered. (. . .) Discussion and exchange of experience will be needed if there is to be maintained in Africa the „rule of law" in the sense of incorruptibility and impartiality of the administration of justice. The establishment of such an administration of justice has been a great achievement of colonial rule. It must not be allowed to decay in independent Africa.*" (13).

(11) In Kongo–Brazzaville en Dahomey moet een som van 10.000 fr geconsigneerd worden, die bij verwerping aan de schatkist wordt toegewezen. Voor de ontvankelijkheid van gewoonterechtelijke zaken wordt dit in Niger niet vereist, maar het kan bij verwerping opgelegd worden. In Kameroen moet zelfs indien gerechtelijke bijstand toegekend wordt een bij decreet vastgestelde voorzieningstaxe (5.000 fr) gestort worden op straffe van onontvankelijkheid. Zie de aangehaalde wetten : supra, nr 14, voetnoot 24.

(12) In de tijdelijke- en overgangsmaatregelen kan bepaald worden dat tot bij decreet vastgestelde instelling van de advokaten bij het Hoogste Gerechtshof hun bevoegdheden zullen uitgeoefend worden door één of meerdere regelmatig in Kongo ingeschreven advokaten met een bepaald aantal jaren praktijk.

(13) RHEINSTEIN, blz. 220.

TREFWOORDEN- EN PERSONENREGISTER

De cijfers verwijzen naar de nummers in de tekst

Aanklacht wegens valsheid : 134, 135, 175
Aansprakelijkheid : 132, 137, 138, 141, 182, 185, 193, 195, 318, 323, 327, 328, 333, 343, 383
Aan te halen artikelen : 199, 380
Afdoening ten gronde : 11, 12, 46, 49, 50
Afrikaans gewoonterecht : 1, 3, 4, 127, 130, 166, 270, 315, 322, 354, 375, 376, 378, 380
Algemeen welzijn : 256
ALGLAVE : 245, 256
ALIBERT : 135
ALLEN C.K. : 27, 70, 225, 313, 378
ALLOTT A : 4, 320, 321, 352, 353, 364
Ambtshalve inroepen van een middel door de rechter ten gronde : 168, 171, 173, 201, 204, 274
opwerpen van een middel door het hof van cassatie : 123, 198
opwerpen van een vernietigingsgrond : 39, 105, 198, 379
aanhangig maken van een voorziening in vernietiging : 27, 38, 105
Anamietisch gewoonterecht : 219
Antropologen : 2, 3, 127, 225, 262, 270, 322, 378,
Appreciatie : 29, 77, 81, 99, 110, 140, 164, 254
ASHANTI : 127 ASSEMBLEE PLENIERE : 26
ASSER-SCHOLTEN : 241
Assessoren : 56, 221, 222
AUDIBERT : 208, 209
AZON : 237

BALANDIER, G. : 225
BAMBALA : 193
BAMBATA : 186
BAMBUNDA : 193
BANGALA : 53, 131, 149
BANTSAMBA : 186
BARTIN : 208, 278, 281, 282
BATIFFOL, H. : 22, 28, 277, 285, 298, 380
BAUDRY-LACANTINERIE : 256
Beginselen, Algemene : 66, 211, 213, 214, 222, 299, 380
Beginsel van de beschikkingsmacht van de partijen : 18, 76, 80, 81, 112, 113, 170, 173, 244
Beginsel van mogelijke tegenspraak : 18, 126, 151, 152, 157, 244
BEKAERT, H. : 38
Belgisch Recht : 15, 16, 24, 40, 46, 49, 69, 77, 117v, 122v, 130, 13, 134v, 142, 143, 153, 164, 175, 177, 204, 208, 211, 212, 213, 218, 235, 250, 252, 258, 274, 292, 296, 297, 369, 373
BERNARD, P. : 247, 275, 300, 305, 306, 357
Bestendig gebruikelijk beding : 215
BETI : 222
Bevoegdheid : 50, 73, 93v, 132, 159, 170, 202, 294, 377
Bevoegdheid, Hof van Cassatie : 12, 68, 82
Bevoegdheid, Vernietigingsrechter : 179, 187, 375, 377
Bewijs : 65, 74, 143, 147, 162, 164, 185, 194, 269, 270, 323, 332
Bewijskracht van geschreven stukken : 51, 75, 138
Bewijs van het recht : 216, 234v
Billijkheid : 77, 110, 111, 128, 182, 185, 194, 195, 272, 322, 335, 356, 360, 363, 366, 367v, 371
Bindende kracht van een cassatiearrest : 15, 16, 27, 212

BLACKSTONE : 320
BONTEMPS : 119, 120
BOUHIER : 278
BOULANGER, J. : 213
BRAAS : 89
BRAUSCH, G. : 355
BROCHER : 278
Bruidsprijs : 53, 56, 133, 148, 161, 182, 184, 185, 186, 193, 195, 201, 222, 322, 323, 331, 332, 348, 378, 380
BUTA, parketrechtbank te : 202, 328, 351
CALOGERO : 64
CAMBIER, C. : 125
CARBONNIER, J. : 213, 260, 261
CARDOZO : 2
CARNELUTTI : 16, 142
Cassatie :
Dubbele : 381
In het belang van de wet : 18, 27, 40, 222, 381
Op bevel van de minister : 40, 107, 381
Schorsende kracht : 44
Sprongsgewijze : 381
Verwijzing : 14, 46, 382
CENTRAALAFRIKAANSE REPUBLIEK : 14, 15, 46, 221
Chambre des Requêtes : 26

Chambre des Requêtes : 26
Christianity : 311, 320, 322
CLAPS-LIENHARD : 256
Classificatie van de verbrekingsmiddelen : 87v,
Common Law : 29, 30, 70, 207, 250, 260, 280, 289, 313, 320, 369
Conclusies : 73, 112
Concubinaat : 193, 252, 262, 271, 293, 333, 338, 339, 340, 341, 375
Contracten : 78, 110, 147, 184, 185, 186, 193, 228, 265, 268, 272, 333, 378
CORNIL, L.,Proc.-gen. : 213
Coutume évoluée : 172, 186

DABIN, J. : 17, 256
DAGUIN : 213
DAHOMEY : 15, 192, 221, 383
DANIELS, W.C.E. : 321, 365
DAVID, R. : 357, 358, 359, 360
Défaut de base légale : 90, 130, 142v, 146, 181, 182, 202, 227
De lege ferenda : 8, 37, 77, 86, 87, 192, 198, 199, 208, 210, 211, 216, 233, 244, 294, 353, 359, 361, 362, 372, 375, 376, 378, 379, 380, 382
DELNEUVILLE, Proc.-gen. : 201
DEMBOUR, J. : 116
Denaturatie : 77, 208
DE PAGE, H : 250
DESCHENAUX, H. : 68
DEVAUX : 316
DEVISSCHER, P. : 116
D.I.R. : 1, 4, 6, 7, 37, 49, 50, 52, 89, 94, 98, 104, 108, 113, 114, 118, 126, 128, 154, 160, 179, 199, 200, 201, 202, 275, 294, 315, 322, 377, 378
Discretionaire macht strafrechter : 99

Districtsrechtbank : 6, 7, 12, 32, 35, 37, 38, 43, 46, 50, 129, 198, 378, 379, 381, 382
DJUVARA : 249
DONNEDIEU DE VABRES : 209
DRION, J. : 27, 28, 30
Dubbel Beroep : 11, 59
Dubbele Cassatie : 381
Duits recht : 26, 27, 29, 34, 44, 46, 59, 81, 129, 208, 217, 238, 290, 372, 374, 199, 204, 208, 279
DUMONT, Proc.-gen. : 33, 49, 103, 186, 341
DURIEUX, A. : 316, 317
Dwingende wet : 128, 252, 268, 274, 278, 282, 292, 293, 299, 308, 317

Echtscheiding : 56, 57, 80, 94, 110, 112, 128, 137, 158, 161, 183, 185, 186, 193, 201, 202, 222, 264, 270, 296, 297, 326, 332, 334, 335, 347
Eed : 160
EGBALAND : 228
Engelssprekend Afrika : 192, 223, 224, 233, 239, 269, 271, 294, 308, 316, 322, 364v, 375
Erfopvolging : 182, 186, 187, 222, 227, 229, 246, 273, 320, 323, 329, 330, 332, 348, 364
Error in procedendo : 34, 60, 87, 89, 91, 129, 202
Ervaringsregels : 65, 81, 83, 99, 113
ETHIOPIE : 357, 359
EVRIGENIS, D. : 209
FANTI : 228, 320
FAUSTIN HELIE : 108
FAYE, E. : 23, 29, 90, 120
Feitelijk onderzoek :
in vernietiging : 56, 135, 182, 202
in cassatie : 72, 216, 231, 232
naar een rechtsgewoonte : 56, 185, 186, 216, 236, 244, 377, 380
Feit :
Antinomie feit-recht : 14, 25, 35, 46, 48, 50, 51, 54, 56, 58, 60, 65, 68, 71, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 99, 138, 140, 142, 146, 164, 179, 186, 187, 190, 194, 195, 196, 197, 202, 207, 211, 234, 236, 373, 374, 375, 379, 382
Connaître du fait : 74, 84
Gewoonterecht : 193, 234, 239
Vreemd recht : 207, 82
Beslissing over de feiten : 65, 74
FORIERS, P. : 68
FRANCESCAKIS, Ph. : 377
Frans Afrika : 4, 13, 14, 101, 220, 221, 223, 233, 235, 269, 271, 318, 356, 363, 377
Frans recht : 26, 27, 40, 46, 77, 130, 135, 142, 146, 208, 211, 212, 213, 219, 235, 250, 252, 253, 258, 274, 279, 281, 285, 292, 296, 304, 373
FRUIN, T.A. : 115
Functioneel begrip : 248, 268, 273, 279, 287, 305, 307, 308, 317, 322, 336, 360, 377

GABON : 101, 221
GAILLARD DE KERBERTIN : 17
GAMBIA : 319, 320
GANSHOF VAN DE MEERSCH, advoc.-gen. : 151
Gebondenheid aan de cassatiemiddelen : 232
Gebrek aan belang : 117, 123
GENY, F. : 245, 314
Gerichtsgebrauch : 27
Geschreven recht, opgelegd aan de gewoonterechtbank : 167, 261, 263, 352, 378
Geschreven recht, ten onrechte toegepast door een gewoonterechtbank : 184, 186

Geschreven recht, en gewoonterechtstoepassing : 360, 371
Geschreven recht, ten onrechte toegepast door een rechtbank van geschreven recht : 97
Geschreven recht, toepassing door gewoonterechtbanken : 96, 98, 101, 200
Getuigenissen : 56, 139, 148, 161v, 333
Gewoonterechtbanken : 6, 7, 12, 126, 128, 218, 219, 224, 226, 235, 240, 268, 315, 324, 359, 375 376, 380, 381
Gewoonterecht :
- Niet toepassing : 111, 202
- Begrip : 2, 27, 215, 238
- Eerbiediging : 312, 315, 354, 359, 376
- Formulering : 186, 188, 190, 191, 192, 382, 383,
- Plaatselijk : 128, 215, 221, 294, 369, 380, 381
- Traditioneel karakter : 271
- Ontwikkeling : 236, 375, 377, 383
- Kwalificering : 70
- en vreemd recht : 203, 210

Gewoonterechtsstelsel : 2, 5, 64, 181, 268, 359, 371, 375
Gezag van gewijsde : 1, 16, 18, 112, 125, 132, 136, 165v, 182, 267, 350
GHANA : 235, 242, 308, 319, 320, 323, 364
GIULIANO, M. : 204, 208
GLUCKMAN, M. : 127, 225, 294, 295, 324
Grenzen voor vervangende regel : 291, 372
GRIEKENLAND : 206, 217, 243
Gronden van cassatie, overzicht : 87v, 382
Gronden van vernietiging : 36, 91, 377, 379 ; zie : samenstelling, bevoegdheid, substantiële vormen, motivering, openbare orde, schending van de wet en van de gewoonte
Grondenzaak : 54, 56, 57, 101, 103, 110, 112, 132, 136, 137, 138, 144, 145, 147, 150, 162, 163, 165, 168, 169, 182, 185, 186, 193, 194, 195, 222, 228
Grondwet 1908 : 130, 143, 276, 308, 315
1960 : 13
1964 : 14, 130, 135, 233, 245, 301, 304, 308, 315, 326
1967 : 14, 18, 25, 27, 233, 245, 301, 308, 315, 326, 354, 360, 362, 377
CURVITCH : 248, 249

HAESAERT, J.P. : 120, 125
HALLWIJCK : 316
HALLEMANS, W. : 210
HAYOIT DE TERMICOURT, Proc.-gen. : 11, 106, 108, 208
HELLO, Proc.-gen. : 209
Hoge raad, nieuwe wet : 34, 46, 48, 90, 107, 177, 208, 210, 214, 216
Hogere raad : 10, 11v, 13, 14, 115
Homeomische kring : 268, 372, 380
Homologatiekamer : 220, 377
HUM : 110

IBO : 294
IGBIRRA : 336
Immatriculatie : 101, 273
INDIE : 319, 364
Indonesisch recht : 20, 167, 199, 218, 230, 231, 232, 233, 377
Instructie : 161, 162, 163, 179
Intergentiel recht : 5, 53, 96, 131, 133, 182, 186, 272, 273, 294v, 297, 359
Islam-recht : 166, 219, 323, 364
Italiaans recht : 15, 26, 34, 46, 59, 81, 180, 192, 204, 209, 217, 235
IVOORKUST : 15

JOLOWICZ, H.F. : 237, 310
Judicial notice : 207, 234, 2 1
JULLIOT DE LA MORANDIERE : 249, 252
Jura Novit Curia : 56, 182, 235, 237
Jurisdictie, gebrek aan : 158, 289

Kadaster : 148
KAHN : 245, 280
KAMEROEN : 14, 15, 40, 46, 60, 107, 193, 198, 221, 222, 271, 318, 378, 383
KAMPHUISEN, P.W. : 215
Kerkelijk huwelijk : 109, 184, 185, 186, 227, 269, 296, 351
Kerkelijk recht : 256, 259, 308, 311, 319, 375
KESTELOOT, L. : 360
KONGO, BA- : 1, 53, 131, 133, 182, 183, 186, 297, 354
KONGO-BRAZZAVILLE : 15, 192, 221, 267, 383
Kongolees B.W. : 4, 28, 249, 252, 258, 260, 263, 276, 284, 292, 293, 299, 305, 357v
KONGO, Onafhankelijke staat : 4, 11, 315
Kwalificering : 65, 66, 67, 69, 70, 74, 77, 79, 80, 90, 137, 184, 201, 361, 379

LAFONTAINE, Procureur : 33, 103, 159, 185
LAGARDE, P. : 279, 282, 285, 290, 291, 293, 299, 307, 372, 374
LALANDE : 367
LAMPUE, P. : 101
LAURENT : 208
LAUWERS, O. : 315
Leave for appeal : 26
LECLERCQ, Proc. gen. : 16, 18, 23, 30, 77, 114, 119, 136, 146
LEREBOURS-PIGEONNIERE : 204, 208
LEVY-BRUHL, H. : 127
Leemte in het recht : 64, 364, 371
LLOYD, D. : 251
Logica : 61, 62, 63, 64, 81, 87
LOUIS LUCAS : 277
LOZI : 324
LUBA : 109, 161, 343
LUCHAIRE, Fr. : 352, 356
LULUA : 343

MACQUERON, M.J. : 259
MADAGASCAR : 14, 16, 90, 175, 192, 221, 270
MAINE, H. : 2, 268, 313
MAHAUX, advoc.-gen. : 212
MALAURIE, Ph. : 256, 317, 373
MALI : 14, 15
MALINOWSKI, B. : 377
MANCINI : 278, 295
MANSFIELD : 260, 313, 320
MAROKKO : 371
MARTY, G. : 22, 28, 31, 77, 81, 87, 208
Matanga : 302
MAURY : 208, 209
MAUSS, M. : 377
MBULE : 186

Melding toegepaste gewoonte : 133, 182, 183, 184, 222
MERLIN : 29
MERTENS, J. : 1
MESDAGH de TER KIELE, Proc.-gen. : 208
MEXICO : 214
Middeleeuws recht : 38, 130, 237, 312
Mélangé de fait et de droit : 179, 197
MINEUR, M. : 41, 316
MOBANGO : 297
MONGO : 186, 296
MONOD, Th. : 322
MONTESQUIEU : 115
Motivering : 29, 30, 51, 57, 69, 77, 84, 88, 99, 110, 114, 129v, 135, 161, 179, 202, 222, 335, 347, 379, 380, 382
– in rechte : 180v.
– niet-beantwoorde eis of verweer : 56
MOTULSKY, H. : 141

Natuurlijke kinderen : 186, 222, 227, 246, 269
Natural justice, equity, good conscience : 316, 319, 320, 321, 322, 323, 364
Natuurrecht : 107, 256, 288, 311, 321, 364
Nederlands recht : 15, 21, 40, 46, 77, 81, 130, 133, 142, 146, 148, 208, 211, 212, 213, 215, 285
Nemo auditur-regel : 257v, 375
Nieuwe feiten : 57, 172
NIGER : 15, 221, 383
NIGERIA : 6, 226, 227, 229, 239, 241, 294, 319, 320, 323, 336, 365, 375
Nomofilachische opvatting : 23, 25, 380

Omission de statuer sur un point du litige : 169
Onderhoudsvergoeding : 57, 138, 186, 193, 222, 375
Oneigenlijke rechtspraak : 94
Onrechtmatige straf : 81, 113, 322
Ontmaagding : 81, 343
Onvolwassen meisje : 83, 113, 202, 323, 326
Oostenrijks recht : 26, 150, 205, 217
Openbaar Ministerie : 7, 37, 38, 40, 274, 379, 381
Openbare orde : 37, 39, 42, 80, 104, 112, 122, 123, 126, 128, 155, 172, 184, 198, 201, 222, 245, 246, 248, 255, 268, 274, 307, 308, 315, 326, 327, 330, 331, 332, 334, 336, 337, 340, 341, 342, 346, 347, 351, 354, 357, 363, 372, 378, 382
– in de zin van het interne recht : 249v, 274, 292, 293, 316, 373
– in de zin van het internationaal privaatrecht : 276v, 286, 287, 288, 292, 293, 299, 308, 316, 372, 374, 375
– in de zin van het overgangsrecht : 298v
– in de zin van het judiciaire recht : 49, 122v, 126, 168, 175, 274, 275
– in de zin van het bestuursrecht : 300v
– gewoonterechtelijke : 53, 201, 262, 267v
– intercoutumiere : 294v
– koloniale : 247, 262, 268, 269, 270, 271, 295, 307, 316, 337, 351, 352, 356, 375
– universele : 49, 168, 186, 271, 315, 328, 332, 335, 337, 339, 346, 348, 349
Orde, algemene : 92, 128, 173, 271, 295, 331, 337, 360, 362, 363, 375, 379, 380, 382
Overschrijding van rechtsmacht : 73, 106, 108, 113
Overspel : 111, 133, 161, 162, 184, 185, 186, 193, 326, 333
Overspelige kinderen : 80, 186, 263, 269, 323, 333, 342, 380

PAPON, G. : 115
PARK, A.E.W. : 235, 240, 241, 294, 316, 321, 365, 366
Parketrechtbank : 7, 32
Partiële nietigheid : 113
PAULSEN EN SOVERN : 247, 289
PENDE : 184
PERELMAN, Ch. : 68, 99
Persoonlijke kennis : 74, 112
PETILLON : 272, 316
PETIT, M. : 269, 270, 271
PETRASIZKY : 249
POLLOCK : 364
Polyandrie : 264, 355
Polygamie : 186, 201, 227, 264, 269, 345, 346, 355
PORTALIS : 214
PORTUGAL : 4, 206
POTHIER : 166
POTTER : 313
Privy Council : 4, 13, 191, 224, 225, 226, 227, 228, 233, 239, 241, 322, 323, 364, 375, 377
Proceduraal gewoonterecht : 125, 126, 127, 128, 130, 161, 162, 163, 168, 172, 266, 308, 332, 333, 378
Procureur-generaal van LEOPOLDSTAD : 9, 33, 39, 49, 56, 94, 100, 103, 158, 168, 186, 195, 264, 341, 346, 348, 349
Procureur van LEOPOLDSTAD : 9, 33, 56, 94, 99, 103, 132, 135, 158, 159, 161, 162, 164, 169, 172, 174, 185, 186, 195, 201, 341, 348, 350
PRUISEN : 28
Public Policy : 245, 251, 313, 322, 323
Publiek gewoonterecht : 4, 57, 82, 95, 109, 158, 169
Publiek recht : 256
PUCHTA : 237

Raad van de koning : 11, 114
Ratione Personae, onbevoegdheid : 101, 102, 104, 105
Rechten van de verdediging : 56, 110, 112, 117, 120, 125, 141, 151, 152, 155, 161, 169, 377, 379, 382
Rechtseenheid : 26, 27, 29, 31, 48, 60, 77, 209, 374, 375, 380
Rechtspersonen : 95
Rechtspreuken : 188, 189
Rechtsweigering : 110
Redelijkheid : 310, 313, 314, 375
Référé Législatif : 22
Reglement : 80, 101, 186, 193, 201
REMION, F. : 116
RENKIN : 316
Repugnancy clause : 308, 313, 319, 322, 336, 353, 366
Restrictive Distinguishing : 29
RHEINSTEIN, M. : 383
RIGAUX, Fr. : 15, 23, 38, 51, 56, 64, 65, 67, 69, 74, 80, 81, 99, 112, 124, 135, 145, 164, 209, 244, 361
RIJCKMANS, A. : 56, 186
RIPERT, G. : 253
RIVERO : 256, 305
ROBESPIERRE : 19, 28
Rol van de rechter : 250, 252, 254, 274, 275, 284, 304, 305, 322, 357, 360, 375, 377
Romeins recht : 166, 237, 256, 259, 308, 310, 312, 319, 368

Saisine : 110, 112
SALMOND, J.W. : 2
Samenstelling van de rechtbank : 72, 153, 154, 155, 156, 322
SAVEY-CASARD, P. : 259
SAVIGNY, von : 166, 278
SCHAPERA, I. : 127
Schending van de gewoonte : 14, 25, 36, 52, 53, 113, 125, 144, 145, 157, 158, 179, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 192, 193, 210, 211, 217, 218, 220, 222, 223, 231, 233, 235, 244, 334, 377, 378, 379, 380, 382
Scheiding van tafel en bed : 184, 185
Schending van de wet : 20, 23, 24
Schending van de wet door de gewoonterechtbanken : 200, 201, 377
Schending van een rechtsbeginsel : 125, 175, 201, 213
Schending van vreemd recht : 203v, 212, 382
Schenking : 137, 193
SCHEYVEN, C. : 49, 51, 108, 119, 120, 121
SCHILLER, A. : 240
Schorsende kracht : 44, 186
SENEGAL : 15, 222
Severance, doctrine of : 365, 372
SHAW : 364
SIERRA LEONE : 320, 364
SIMONT, H. : 90, 108, 119, 120
Slavernij : 56, 194, 201, 246, 280, 311, 318, 322, 323, 324, 326, 349
SNELL : 321
Sociologische achtergrond : 54v
SOEDAN : 296, 320, 323, 364
SOHIER, A. : 50, 104, 127, 130, 264, 272, 296, 315, 316, 375
SOLUS, H. : 4, 316, 317, 318
SORET : 354
SOVJETUNIE : 58, 207, 259, 285, 288, 357
Sprongsgewijze vernietiging en cassatie : 34
Standaardcontracten : 77, 382
Statuer au fond : 49
STEIN, F. : 67
STONE, J. : 62, 64, 70
STORME, M. : 81, 238
Straffen : 56, 81, 98, 113
Strafrechtelijke bevoegdheid van de gewoonterechtbanken : 98
Substantiële vorm : 11, 12, 33, 56, 74, 110, 112, 114, 116, 117, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 135, 143, 155, 157, 159, 160, 161, 163, 165, 174, 177, 322, 375, 377, 382

Taal : 65, 85
TANZANIE : 242
TARBE : 90
Tegenstrijdige vonnissen : 77, 161, 187
Tegenstrijdigheid van uitspraken : 90, 177
TEITGEN : 300
TEKE : 161
Termijn : 40, 42, 43, 105, 123, 171, 179
TETELA : 161, 187
THOMAS VAN AQUINO : 288, 311
Toekenning kinderen : 94, 101, 143, 182, 184, 186, 193, 297, 336, 337
TOUCOULEUR : 222
Tribunal de Cassation : 19, 20, 49, 114

Ultra Petita : 112
Unité de chambres : 26

VALERY : 277
VANDER ELST, R. : 292
VANDERLINDEN, J. : 351
VAN HEE, Z. : 248
VAN WIJMEERSCH, Procureur : 195
VEDEL : 305, 307
VEEGENS, D.G. : 31, 40, 44, 68, 114, 116, 125, 148, 150, 208, 209, 216, 241
VERDIER : 378
Verenigde Staten : 30, 58, 61, 64, 133, 289, 374
Verjaring : 113, 185
Verkrachting : 80, 105
Verkregen rechten : 281, 298
Verleiding : 57, 80, 143, 184, 196
Verschijning ter zitting : 157
Verwijzing : 15, 40, 46, 89, 382
Verzet tegen huwelijk : 56
Volkenrecht : 11, 243, 370
VON GIERKE : 188
Voogdij : 53, 57, 80, 94, 184, 186, 187, 193
Voorafgaande vraag : 282
Voorbehouden Materies : 100
Vormgebrek, invloed op de beslissing : 89, 116

WALINE : 304, 361
WEHRLE, R. : 311
WEISS, A. : 278
Wetgever : 17, 24, 250, 355, 360, 361, 375

Wisselbrief : 96
Wraking rechters, getuigen : 159
WRIGHT : 64, 207

YAKA : 185, 186
YANSI : 184
YOMBE : 186
YORUBA : 225, 228, 269, 323, 375

ZAYTAY, I. : 209, 216
Zeden, goede : 253, 271, 293, 322, 332, 343, 344, 351
Zittingsblad : 56, 112, 134, 135, 138, 154, 157, 161, 174, 175
ZUID-AFRIKA : 269, 270, 271, 320, 322, 323, 326
Zwitsers recht : 27, 30, 116, 204, 208, 217, 250, 261, 290, 372