

ARBITRAGE IN HISTORISCH PERSPECTIEF

door Ivo DELBROUCK

Advocaat te Gent

1. Het is de bedoeling om hierna een korte historische schets te brengen van de arbitrage. Men zal haar geleidelijke uitbouw kunnen volgen en zien hoe op het hoogtepunt van het liberalisme ook de scheidsman in al zijn glorie schittert. Leek tijdens de daarop volgende reactie het einde van de arbitrage te zijn aangebroken, dan kan men toch weer vaststellen, dat hoe dichter men tot de huidige periode komt, hoe meer zij opnieuw aan belang wint (1).

2. Zijn de auteurs het eens over de eerst toegepaste techniek om geschillen op te lossen, namelijk de eigenrichting, dan is er minder eensgezindheid betreffende de verdere evolutie. Volgens sommigen is de arbitrage, eerst vrijwillig later gedwongen, een tussenschakel in de uitbouw van de berechting door van overheidswege ingestelde rechtbanken. Dit is ondermeer de stelling van Cohen (2) : „It is generally assumed that arbitration preceded courts of justice established by the state and the execution of justice was entrusted to its sovereign authority which took over the functions of the arbitrators”. Anderen menen dat wij staan voor twee instellingen, die zodanig van natuur verschillen dat de ene niet uit de andere voortvloeit, maar dat zij een evolutie hebben doorgemaakt, die parallel verloopt. Dit wordt o.m. voorgestaan door Gaudemet (3), Harrison (4) en Bohacek (5).

Zoals verder zal blijken, is het moeilijk dienaangaande een positie in te nemen. De oplossing van het probleem is immers te zoeken tijdens de weinig bekende eerste stadia in de ontwikkeling naar een georganiseer-

(1) De term *arbitrator* is, zoals verder zal worden aangetoond, van Romeinse oorsprong. Voordien droegen de scheidsmannen verschillende namen. In deze tekst zullen alleen de termen *scheidsman* en *arbitrator* gebruikt worden en dit ook voor de perioden voorafgaand aan de Romeinse.

(2) COHEN, B., *Jewish and Roman Law*, II, The Jewish Theological Seminary of America, New York, 1966, blz. 651 e.v. Zie ook STEINWENTER, A., *Die Streitbeendung durch Urteil, Schiedspruch und Vergleich nach griechischem Rechte*.

(3) GAUDEMET, J., *Institutions de l'antiquité*, Sirey, Parijs, 1967, blz. 139 e.v.

(4) HARRISON, A.R.W., *The Law of Athens*, blz. 68.

(5) BOHACEK, M., *Arbitration and State-Organized Tribunal in the Ancient Procedure of the Greeks and Romans*, Iura (1952), blz. 191-215.

de samenleving. De voorkeur moet misschien gegeven worden aan de theorie van de arbitrage als tussenschakel.

§ 1. De oudste tijden

3. Een van de oudste bronnen, die ons inlicht over het bestaan van arbitrage is de Bijbel. In Genesis (1) staat te lezen: „Jacob zei tot Laban: „Laten wij deze zaak voorleggen aan leden van mijn en uw familie, dat zij scheidslieden wezen tussen u en mijn”. Met Cohen mag worden aangenomen dat het een oude Semitische gewoonte was om bij overeenkomst tussen de partijen leden van hun familie aan te duiden ter beslechting van het geschil.

Men mag zelfs verder gaan en aannemen dat zolang de primitieve mensen een nomadenbestaan leidden, zij hun toevlucht namen tot hetzij eigenrichting, hetzij arbitrage, waarbij deze laatste hoe langer hoe meer aan belang won. De functie van scheidsman werd daarbij waargenomen door het hoofd van de familie of clan.

Op een bepaald ogenblik wordt het zwerversbestaan opgegeven en gaat men zich ergens permanent vestigen. Natuurlijk blijft in de beginfase de arbitrage behouden. Maar dan komt het cruciale ogenblik waarop men de vraag moet stellen: is naast die arbitrage een jurisdictie van de overheid gekomen — twee parallele instellingen — dan wel is de evolutie verder gegaan en is er via de arbitrage zulk een jurisdictie tot stand gekomen — arbitrage als tussenstap. Hierover zijn geen duidelijke gegevens. De gerechtelijke inrichting van de eerste samenlevingen kennen wij pas na verloop van een zekere tijdspanne. Dan blijkt bijvoorbeeld dat, in het oude Babylonië en in Assyrië, de koningen een jurisdictie geïnstalleerd hebben, maar dat hun onderdanen voor de aangelegenheden van hun familie of van nabuurschap nog graag hun toevlucht namen tot het oude systeem van arbitrage (2). Een gelijkaardige situatie treft men aan in Egypte. Ook hier is het mogelijk, voor de in een geschil betrokken partijen, om te ontsnappen aan de bevoegdheid van de gewone rechtbanken. Daartoe moet een arbitrageovereenkomst opgemaakt worden. Hierin duiden de partijen een scheidsman aan en bepalen de procedure. De arbiter doet uitspraak in laatste aanleg en zijn beslissing is uitvoerbaar met behulp van de openbare macht (3).

(1) Genesis 31-37. Een gelijkaardige bepaling treft men ook aan in de Koran: (IV-39): „En indien gij vreest voor een breuk tussen hen beiden (man en vrouw) stelt dan een scheidsrechter aan van zijn huisverwanten en een scheidsrechter van haar huisverwanten”.

(2) MEISSNER, B., *Babylonien und Assyrien*, I, Carl Winters, Heidelberg, 1920, blz. 168, blz. 452.

(3) PIRENNE, J., *Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Egypte*, I, Des origines à la fin de la IV^e Dynastie, blz. 176-177 en II, La V^e Dynastie, Fondation Egyptologique Reine Elisabeth, Brussel, 1932-1934, blz. 140 en 335 e.v.

§ 2. De Griekse beschaving (1)

4. De meeste auteurs menen dat arbitrage in het begin van de Griekse samenleving de normale procedure was. Ter illustratie haalt men de volgende passage uit de Ilias aan : „Menelaus deed eerst een beroep op de leiders om onpartijdig te beslissen tussen hemzelf en Antilochus” (2). Het blijkt dus dat reeds in het door Homeros beschreven tijdperk (1400-1100 v. Ch.) de partijen konden overeenkomen hun geschil aan arbiters voor te leggen. En zoals men vroeger het familiehoofd als scheidsman aanduidde, zo zal ook nu het streven naar een oordeel door een wijs en onpartijdig man (3) er toe leiden dat men een beroep doet op de koning (4). Deze zou daarvan gebruik gemaakt hebben om zich aldus de rechterlijke macht toe te eigenen. Vandaar dan ook dat Bonner en Smith (5) menen : „Regular judicial processes were developed from the arbitral functions of the chiefs and elders.” Wat er ook van zij, de leiders van de Griekse volksgemeenschappen lieten de rechterlijke macht wel weer vlug over aan door hen aangestelde rechters. Meer nog, zij deden een beroep op scheidslieden. Naast de vrijwillige arbitrage, die wij gedurende gans de Griekse beschaving aantreffen, werd kort na 403 v. Ch. een systeem van gedwongen arbitrage ingevoerd (6). Inderdaad alle civiele zaken voor een bedrag van meer dan 10 drachmen werden verplicht aan de arbitrage onderworpen ten einde het aantal zaken voor de gewone rechtbanken te beperken. Alle mannen moesten tijdens hun zestigste jaar dienst doen als publieke arbiters. Zij werden ingedeeld in tien secties en ieder volksstam kreeg een sectie toegewezen. Door het lot werden de zaken dan verdeeld onder de arbiters. Voor de geleverde prestaties werden zij vergoed door de partijen : de arbiter ontving van elke partij een drachma. Gebeurde het dat om een of ander reden de zaak niet in een zitting werd beslecht, dan kwam daar voor elke aanvullende zitting een drachma per partij bij. Waren de partijen het niet eens met de uitspraak, dan konden zij zich tot de gewone rechtbank wenden.

(1) Besproken wordt de toestand in Athene. Over andere plaatsen zijn er nagenoeg geen inlichtingen.

(2) Homeros, Ilias XXIII.

(3) Ook vrouwen treden op als arbiters. Bv. Arete, koningin der Phaeacianen (Homeros, Odusseia, VII).

(4) Het past hier te wijzen op de rol die door priesters gespeeld werd. Zeer vaak werd er op hen beroep gedaan, mogelijks omdat men hoopte dat door hun mond de Godheid zelf uitspraak zou doen. Zo deden de Galliërs, voor de Romeinse invloed, vaak beroep op de druiden om hun geschillen te beslechten. (Zie GLASSON, E., *Histoire du droit et des institutions de la France*, I, Cotillon, Parijs, 1887, blz. 122).

(5) BONNER and SMITH, *The administration of justice from Homer to Aristotle*, I en II.

(6) BOHACEK, M., o.c., blz. 191-215; JONES, J.W., *The law and legal theory of the Greeks*, Clarendon Press, Oxford, 1956, blz. 130-132; — HARRISON, A.R.W., o.c., blz. 65-66.

5. Maar zoals hoger vermeld, is ook de private arbitrage blijven voortbestaan. De partijen konden overeenkomen hun geschil te onderwerpen aan een of meer private scheidslieden. Voor de geldigheid van hun beslissing is dus een overeenkomst vereist en er mag aangenomen worden dat het moest gaan om een geschreven overeenkomst. Dit volgt uit een mededeling van Harrison : „The case was bedevilled by the fact that Apatourios (een van de partijen) had succeeded in suppressing the document”. Als tweede voorwaarde geldt dat de arbiters hun beslissing onder eed afleggen. Hierbij kan gezegd worden dat de publieke arbiters ook een eed afleggen. Het is echter niet zeker of zij dit moesten doen bij de aanvang van hun dienstjaar of voor elke zaak. De beslissing van de private arbiters is bindend zoals deze van de gewone rechtbank en de verliezende partij, die de beslissing niet uitvoerde, was blootgesteld aan een *δικη εξουλης* (1). Er bestond voor de partijen geen mogelijkheid om hetzelfde geschil aanhangig te maken voor de rechtbank.

§ 3. De Romeinse periode (tot in de loop van de 5de eeuw).

6. Zoals hoger in voetnoot werd vermeld, is de term *arbiter* van Romeinse oorsprong. Met betrekking tot de etymologische verklaring meldt Brogginì (2) : Uit de overlevering van de oude Romeinse bronnen leren wij dat bij een inbreuk door een vreemdeling op de rechten van een lid van de groep, de procedure van het *endoplorare* werd toegepast. Het lid van de groep dat getroffen was, riep zijn bureu als *testes et arbitri* naar de plaats van de inbreuk, zodat de doding van de vreemdeling rechtmatig zou voltrokken worden. Hier treffen wij de primitieve figuur van de arbiter aan, want dit *endoplorare* richt zich tot de bureu die indien zij zich naar de plaats van de inbreuk begeven (*adbaetere* = *adire*) *arbitri* genoemd worden. Zij zijn dus tegelijk rechters en getuigen.

7. Er moeten hier nog een paar terminologische aantekeningen gemaakt worden :

a. Accarias (3) maakt een onderscheid tussen de gewone rechters : „ ... la demande a-t-elle pour objet précis le payement d'une somme d'argent déterminée : comme elle doit être ou absolument admise

(1) Dit is een proces waarbij de betrokken partij tot een oneerzaam burger veroordeeld werd. Mogelijks verloor hij hierdoor een deel of het geheel van zijn rechten. Vgl. de sanctie die de druiden toepasten indien hun beslissing niet werd nageleefd : de betrokkene werd uit de clan gesloten.

(2) BROGGINI, G., *Index arbiterve*, Böhlau Verlag, Keulen, 1957, blz. 40-44 (vrije vertaling).

(3) ACCARIAS, C., *Précis de droit romain*, II, Cotillon, Parijs, 1886, blz. 657 e.v.

ou absolument rejetée, on emploiera le mot *judex*. Au contraire, dérive-t-elle d'un contrat de nature à obliger les deux parties : comme les conclusions du demandeur, une fois vérifiées, peuvent être annihilées ou réduites par les prétentions réciproques du défendeur, le juge s'appellera *arbiter* et c'est aussi le nom qu'on lui donne dans les actions réelles, parce que là, une fois l'exactitude de la demande établie, il lui reste à estimer et à fixer les restitutions dues par le défendeur".

b. „Het kenmerk van de Romeinse republikeinse en klassieke periode is dat de beslissing in het rechtsgeschil niet genomen wordt door een ambtsdrager, maar door een ambteloos burger, een met de partijen gelijkstaande scheidsrechter, die men wel eens met de jury pleegt te vergelijken"... „Ofschoon aldus het rechtsgeding gevoerd werd op grondslag van een door beide partijen bewilligde overeenkomst, was het proces *per formulam* geen zuiver private scheidsrechterlijke uitspraak, niet wat wij arbitrage noemen... Het was hier anders, want de *praetor* moest aan de *litis contestatio* zijn goedkeuring hechten, wilde het tot een geding *apud iudicem* komen. Hij moest *iudicare iubere* en slechts indien hij dit deed, werd de *sententia iudicis* iets anders dan een zuiver scheidsrechterlijke uitspraak, te weten een waarachtig vonnis aan welks uitvoering, als die niet vrijwillig geschiedde, de magistraat zijn medewerking verleende". Het is pas onder Justinianus dat de rechter een ambtelijk persoon geworden is (1).

c. Het *arbitrium* (2) is eveneens een figuur uit de pre-Justiniaanse periode. In geval van een *actio in rem* kan — indien de eisende partij een *clausula arbitraria* in zijn *actio* opgenomen heeft, moet — de rechter de veroordeling laten afhangen van een *arbitrium*, dit wil zeggen de veroordeelde zal aan een veroordeling kunnen ontsnappen door te voldoen aan de voorwaarden gesteld in het *arbitrium* : de teruggave van de opgevorderde zaak met al wat erbij hoort.

8. Volgt dan nu de behandeling van de eigenlijke arbitrage (3). Door het *compromissum* komen de partijen overeen om van de normale procesgang af te wijken, door het geschil buiten de *praetor* om voor de rechter te brengen. Het *compromissum* wordt gevolgd door een overeenkomst met de arbiter. Aanvaardt deze die taak, dan komt men tot

(1) VAN OVEN, J. C., *Leerboek van Romeins privaatrecht*, Brill, Leiden, 1948, blz. 8 en 16.

(2) VAN OVEN, J. C., o.c., blz. 100 en 104; TER HEIDE, J., *Kort begrip van het Romeinse recht*, Elsevier, Brussel, 1967, blz. 266.

(3) ACCARIAS, C., o.c., II, blz. 738. — BERNARD, A., *L'arbitrage volontaire en droit privé*, blz. 6-7; — *Précis de droit romain*, Dalloz, Parijs, 1927, II, blz. 90-91; — TER HEIDE, J., o.c., blz. 166; — VAN OVEN, J. C., o.c., blz. 308-309.

het *receptum arbitri* (1) en is de scheidsman verplicht uitspraak te doen. In het *Edictum Perpetuum* beloofde de praetor dwang uit te oefenen tegen de arbiter die zijn belofte niet nakwam. Dit vindt men in de *Digesta* : „*Qui arbitrium pecunia compromissa reciperit eum sententiam dicere cogam*” (2). Waarin die dwang bestond is echter niet duidelijk. In Dalloz wordt gesteld : „*le préteur pourra le (de arbiter) contraindre, non pas au moyen d'action, mais par des moyens de pression administratives, en accablant d'amendes*”.

De aldus aangestelde arbiter heeft een bevoegdheid die nu eens breder dan weer enger is dan die van de gewone rechter. Enerzijds moet hij zich niet houden aan de procesregels en is zijn uitspraak altijd geldig, op voorwaarde dat er geen bedrog is en dat hij de termen van het compromis niet te buiten gaat. Anderzijds is hij, volgens Accarias (3) niet bevoegd in zaken betreffende de staat van de personen. Ook is de uitspraak niet executoir; het is daarom dat de partijen een *stipulatio poenae* aan het compromissum toevoegen. Deze *poena* wordt opeisbaar als de in het ongelijk gestelde het arbitrale vonnis niet nakomt. Justinianus achtte het nodig een rechtstreeks middel voor ten uitvoerlegging te scheppen : via een *actio in factum* kon men de uitspraak executoir laten verklaren, langs de *praetor* om bij de *iudex*. Nog later stelde hij dat het voldoende was dat het compromis onder ede bevestigd werd door de partijen en aanvaard door de arbiter, opdat dezes uitspraak verbindend zou zijn (4). Dit gaf echter aanleiding tot misbruiken en corruptie zodat Justinianus terugkeerde tot het oorspronkelijk systeem van de *stipulatio poenae* (5).

§ 4. De middeleeuwen

A. Merovingische en Karolingische periode.

9. De Germaanse volksstammen, die zich ingevolge de verzwakking van het Romeins imperium in onze streken gevestigd hadden, kenden oorspronkelijk geen georganiseerde jurisdicties. De geschillen werden bij hen beslecht door de volksvergadering. Het is waarschijnlijk dat vele betwistingen binnen het kader van de familie zelf behandeld werden. Geleidelijk zou hun juridische organisatie zich wijzigen onder invloed van de Romeinse instellingen en door het streven van de vor-

(1) Volgens Accarias vormen de overeenkomst tussen de partijen en het *receptum arbitri* samen het *compromissum*.

(2) *Digesta*, 4, 8, 3, 2.

(3) ACCARIAS, C., *o.c.*, blz. 658.

(4) *Codex*, 2, 55, 4.

(5) *Novellen*, 82.

sten, die zich inspanden om een nagenoeg absolute heerschappij uit te bouwen. Bij de Visigothen verdwenen de oude Germaanse vrijheden spoedig en een strenge juridische hiërarchie werd uitgebouwd. Bij de Bourgondiërs is het minder duidelijk wie met het oplossen van de geschillen belast werd of kon worden.

10. Van meer belang voor ons is de studie betreffende de toestand bij de Franken. De arbitrage is er op geen enkel ogenblik, noch tijdens de Merovingische (5de-8ste eeuw) noch tijdens de Karolingische (8ste-10de eeuw) periode, volledig verdwenen. Tevens spelen de onderdanen, tenminste de vrijen, een rol bij het beslechten van civiele en criminele geschillen voor de van overheidswege georganiseerde rechtbanken. Welke de functie was van deze personen, de *rachimburgii*, wordt betwist tussen de auteurs. Zo meldt Glasson (1) dat sommigen hen beschouwen als experts, anderen als arbiters. Hijzelf meent dat het personen zijn, die met een werkelijke — zij het tijdelijke — juridische functie belast zijn. Tijdens het Karolingische tijdperk werden zij vervangen door de *scabini*, werkelijke staatsambtenaren. In hun betrachtingen om tevens op juridisch vlak een absolute heerschappij te verwerven hebben de Frankische koningen ongetwijfeld pogingen ondernomen om de arbitrage te kortwieken. Zo vermeldt Akkerman (2) : „Het is vermoedelijk deze karaktertrek van de eedgenootschappen (3) om het recht in eigen hand te nemen, welke voor de Karolingische koningen doorslaggevend is geweest om deze organisaties te verbieden”.

Ook op het civiele vlak nam men zijn toevlucht tot arbitrage. Opmerkelijk hierbij is, dat men meestal geestelijken aansprak om als scheidslieden op te treden (4). De koningen zijn niet in hun opzet geslaagd, integendeel, vooral op het einde van deze periode, werden door allereerste keuren en charters vrijheden verleend op juridisch gebied. Glasson besluit zijn overzicht van deze periode aldus : „En l'absence de textes, il paraît téméraire d'affirmer que ces arbitrages ou justices particulières aient existé en grand nombre; c'est, à notre avis, le contraire qui est vrai”.

(1) GLASSON, E., o.c., III, blz. 280 e.v.

(2) AKKERMAN, J. B., *Het koopmansgilde van Tiel, Tijd. R. Gesch.*, 1962, blz. 409.

(3) De eedgenootschappen zijn de voorlopers van de latere koopmansgilden.

(4) LOT, F. et FAWTIER, R., *Histoire des institutions françaises au moyen-âge*, III, P.U.F., Parijs, 1962, blz. 270; — OLIVIER-MARTIN, Fr., *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Domat, Montehrestien, 1948, blz. 30-31.

B. De feodaliteit (10-11de eeuw — 15de eeuw) (1).

11. Tijdens deze periode onderging de arbitrage aanzienlijke wijzigingen. Vooral tijdens het bewind van de eerste Capetingers verkozen de leenmannen vaak hun geschillen te onderwerpen aan arbiters eerder dan aan de rechtbank van de koning. Oorzaak hiervan zou voornamelijk geweest zijn hun vrees om aldus de macht van hun leenheer te vergroten in hun eigen nadeel. Anderzijds was het zo dat uit de rechtspraak belangrijke voordelen voortvloeiden voor de koning en daarom gaf deze opdracht aan zijn ambtenaren er zorg voor te dragen dat zo weinig mogelijk zaken hen ontsnapten. Ondanks alles was de arbitrage echter toegelaten voor alle vrije personen en de costuymen bevatten over dit onderwerp zelfs belangrijke uiteenzettingen (2).

12. Door het compromis geven de partijen aan de arbiter(s) opdracht uitspraak te doen in hun geschil. In vele costuymen wordt gesteld dat het compromis schriftelijk moet worden opgesteld, soms zelfs door tussenkomst van een notaris of van een rechtbank.

De arbiters worden aangeduid volgens de voorschriften opgenomen in het compromis, soms in gemeen overleg tussen de partijen, soms duidt elke partij zijn arbiter(s) aan. In dit laatste geval is elke partij verantwoordelijk voor het optreden van zijn scheidsman.

Het staat de partijen vrij een even of een oneven aantal scheidslieden te kiezen. Is het aantal arbiters even en kunnen zij wegens staking van stemmen niet tot een uitspraak komen, dan worden in de costuymen verschillende oplossingen voorgestaan. Beaumanoir meent dat zij een derde man moeten aanduiden omdat dit strookt met de geest van de arbitrage. Van der Tanerijen schrijft dat indien de arbiters, zonder toestemming van de partijen, een derde persoon aanduiden, deze dan

(1) Voor de behandeling van deze periode heb ik mij voornamelijk gesteund op : FOURGOU, J., *L'arbitrage dans le droit français aux XII^e et XIV^e siècle*; — GLASSON, E., *o.c.*, VI, blz. 442-458; — VAN DER TANERIJEN, W., *Boec der loopender practijken der raidtcameren van Brabant*, C.A.D., Brussel, 1952, I, blz. 580 e.v.; Verder ook op : BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, Durand, Parijs, 1878, II, blz. 117-124; — DE BEAUMANOIR, Ph., *Coutumes de Beauvoisis*, Picard, Parijs, 1970, II, blz. 154; — BOUTELLER, *Somme Rural*, Livre II, titre 3, *Ancienne coutume d'Artois*, Titre LIV, *Grand Coutumier de France*, Livre IV, chap. 4.

(2) Er wordt een onderscheid gemaakt tussen arbiters en arbitrateurs. Volgens CLAVEREAU gaat dit onderscheid terug tot in de Romeinse periode: *Digesta*, 17, 2, 76: „...Arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut siveaequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat...”. Voor deze aangelegenheid kan verwezen worden naar het werk *Eenige hulpovereenkomsten* door P.J.A., CLAVEREAU, blz. 140 e.v. In hoofdzaak komt het verschil tussen beide hierop neer dat de arbiters de gewone regels van procedure en bewijs moeten inachtnemen en uitspraak doen als werkelijk rechters. De arbitrateurs doen uitspraak in eer en geweten, op de wijze die hen goeddunkt, doch zonder rekening te houden met de voorschriften van de costuymen.

geen arbiter is, maar een gewoon bemiddelaar en raadsman, wiens stem nochtans beslissend zal zijn. Komt men ondanks alles niet tot een uitspraak of staat er in het compromis dat er geen derde mag aangeduid worden, dan vervalt noodzakelijkerwijze de arbitrageovereenkomst. Heeft men een oneven aantal arbiters, dan zal de uitspraak van de meerderheid beslissend zijn, op voorwaarde dat allen aanwezig waren en deelnamen aan de beraadslaging. Indien er drie arbiters zijn en worden zij het niet eens, in die zin, dat de ene meent dat de schuldlige moet veroordeeld worden tot 15, de andere tot 10 en de derde slechts tot 5, dan moeten zij de schuldlige veroordelen tot dit laatste, vermits, zo wordt gesteld, zij het over dit geval eens zijn.

Om als arbiter aangeduid te worden, moet men de bekwaamheid hebben om de functie van rechter te kunnen vervullen. Een leek mag geen scheidsman zijn in een godsdienstige zaak. De eerlozen, doven, stommen en slaven konden niet aangeduid worden. Over het feit of vrouwen al dan niet konden aangeduid worden, bestaat er onenigheid. Van der Tanerijen meent van niet, de *Ancienne coutume d'Artois* laat het wel toe. Beaumanoir schrijft dat gehuwde vrouwen of kloosterlingen niet, maar anderen wel kunnen aangeduid worden. Hierbij moet opgemerkt worden dat deze laatste auteur veel belang hecht aan het principe van de wilsautonomie en stelt dat in deze aangelegenheid de wil van de partijen onbeperkt is en zij zelfs personen, die normaal niet bekwaam zijn bekwaam kunnen maken, uitgezonderd stommen en minderjarigen beneden 15 jaar. Doch de andere costuymen volgen hem hierin niet. Niemand kan gedwongen worden de taak van arbiter te aanvaarden, maar eens dat zulks gebeurd is, moet men zijn opgenomen verplichting nakomen.

13. Men kon zijn toevlucht nemen tot arbitrage voor het oplossen van om het even welke betwisting tussen particulieren op voorwaarde dat zij het staatsbelang niet raakte. In een oude ordonnantie van 1200 lezen wij dat het aan de arbiters verboden is tot de burgerlijke of natuurlijke dood te veroordelen. De *Grand Coutumier de France* stelt als regel dat men geen compromis kan sluiten over zaken die de openbare orde raken of die een ongeldig voorwerp voor om het even welk contract uitmaken. De arbiters moeten zich strikt aan de hen toegekende macht houden, alsook aan de termen van het compromis, zoniet is hun uitspraak nietig.

14. Met deze uitspraak die schriftelijk of mondeling kan geveld worden, is de taak van de arbiters ten einde. Zij moeten noch mogen zich inlaten met de uitvoering ervan door de partijen. Wel mogen zij aan-

spraak maken op een vergoeding wegens gemaakte onkosten, doch zij hebben geen recht op enig salaris.

Aan hun beslissing wordt gezag van gewijsde toegekend; dezelfde zaak kan niet meer voor een rechtbank gebracht worden. Indien echter een partij weigert zich aan de uitspraak te onderwerpen, dan moet de andere zich tot de rechter wenden. Deze zal de zaak opnieuw onderzoeken zonder dat de partijen echter opnieuw mogen verschijnen om hun belangen te verdedigen (1). Om dit te omzeilen nam men naar Romeins voorbeeld vaak een strafbeding op in het compromis. Bouteiller zegt : „tout compromis suppose foi, jour et peine” (2). Het is echter betwifelbaar of deze voorwaarden op straffe van nietigheid van het compromis vereist zijn. Van der Tanerijen zegt dat men een strafbeding kan opnemen. Op het einde van de feodale periode schijnt echter meer en meer aangenomen te worden dat homologatie van de arbitrale uitspraak door de rechter volstaat om deze executoir te maken.

15. Wat betreft het hoger beroep, dit lijkt in de beginfase niet mogelijk te zijn geweest. De *ancienne coutume d'Artois* is formeel in dit opzicht : men moet zich onderwerpen aan de uitspraak, zelfs al is zij onwettig. Beaumanoir is dit minder, maar het is wel zo dat hij het eerder heeft over een actie tot nietigheid dan wel over een recht van hoger beroep, namelijk indien de uitspraak duidelijk onbillijk is. Ook Van der Tanerijen zegt dat men volgens het oude recht niet in beroep kon gaan, maar dat men voor de rechter, die moest beslissen over de tenuitvoerlegging, de *exceptio doli* kon opwerpen. Wel vindt men in de *Grand Coutumier de France* een aanloop tot het hoger beroep in de mogelijkheid die bestond om in het compromis een beding op te nemen, waardoor men verwijzing kon vragen *a bono viro*, dit wil zeggen de zaak voorleggen aan een nieuwe arbiter, die de beslissing van de eerste bevestigt of vernietigt. Maar § 2 der Ordonnantie van december 1363 bepaalt, dat dit *arbitrium a boni viri* niet mag beschouwd worden als een beding dat de mogelijkheid openstelt om de zaak in hoger beroep te laten behandelen door het Parlement (3).

(1) Schijnen dus de arbitrale vonnissen in het begin niet executoir te zijn geweest, dan moet toch vermeld worden dat in de *ancienne coutume de Toulouse* gesteld wordt dat de consuls van deze stad moeten zorgen voor de executie van de arbitrale uitspraken, indien een van de partijen het vraagt. De *ancienne coutume de Montpellier* (1204) verklaart dat alle akten van arbiters dezelfde waarde hebben als deze van de rechtbanken. Glasson betwijfeld echter of hiermede bedoeld werd dat zij uitvoerbare kracht hebben.

(2) foi = verbinding onder ede vanwege de partijen om zich te onderwerpen aan de uitspraak; jour = aanduiding van de tijdsperiode waarbinnen de arbiters uitspraak moeten doen; peine = strafbeding.

(3) „Si quis autem a dicto aut pronunciatione arbitratorum, arbitratorum aut amicabilem compositorum ad arbitrium boni viri duxerit appellandum, non liceat appellanti dictam curiam nostram pro viro boho eligere...”.

16. Wij hebben hoger gezien dat de arbitrage een einde nam door de uitspraak over het geschil. Maar er zijn nog andere wijzen waardoor zij een einde kon nemen. Niets verzet er zich tegen dat de partijen in gemeen overleg besluiten de zaak toch aan de gewone rechter te onderwerpen. De dood van een der partijen brengt eveneens het einde mee van de arbitrage, tenzij de partijen in het compromis zijn overeengekomen dat ook hun erfgenamen erdoor gebonden zullen zijn. Van de zijde van de arbiters kon de arbitrage een einde nemen ingeval van overlijden van een van hen of indien een gewettigde reden bestond om zich terug te trekken, bijv. ziekte of ernstige onenigheid met een der partijen.

§ 5. De Franse monarchale periode (± 1500-1789).

17. Ook in deze periode werd arbitrage wettelijk erkend in verscheidene ordonnanties. Zo bijvoorbeeld inzake de mogelijkheid van het hoger beroep tegen een arbitrale beslissing. Artikel 34 van de ordonnantie van juni 1510 maakt het mogelijk om voor elke sententie te „recourir ou appeler au juge ordinaire”. De aanvankelijke beperking tot het geval van *adjections de peines* verviel bij de ordonnantie van augustus 1560.

18. Van Frans I is er een ordonnantie, die betrekking heeft op Vlaanderen (16 juli 1533) waarbij hij aan de partijen het recht geeft hun zaken aanhangig te maken bij arbiters, behalve voor fiscale zaken en boetes. Artikel 1: „Sa majesté n'a entendu ny entend vouloir empescher que les parties ne puysent de leur gré et consentement, appointier de leurs différens de proces, ou eulx compromettre en arbitres, pour les vuydier et decider. Exceptez seulement les causes et proces qui concernent le fisque ou amendes : au quel cas en sera faict selon les anciennes ordonnances”.

19. Frans II, in zijn ordonnantie van 1560 voerde zelfs een gedwongen arbitrage in voor geschillen tussen handelaars betreffende hun koopwaren; verdeling van erfenissen tussen naaste verwanten en de slotrekening van de voogdij „lesquelles doivent être vidés sommairement par trois personnes au plus accordées entre eux, ou dont ils étaient contraints de s'accorder par le juge des lieux” (1).

20. Op juridisch gebied vaardigde Lodewijk XIV twee belangrijke teksten uit : Ordonnance du commerce de terre (1673) en de Ordon-

(1) ROBERT, J., *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, 4de uitg., blz. 9 e.v.

nance de la marine (1681). In de eerste vindt men bepalingen in de artikelen 9 tot 14 betreffende gedwongen arbitrage tussen vennoten. Zij zullen later overgenomen worden in de *Code de commerce*.

Volgens Couvreur (1) komen in de zeeverzekeringspolissen regelmatig clausules voor, waarbij de verzekerde ingeval van averij niet gehouden is de polis aan de „Assurantie-Kamer” voor te leggen, maar een uitspraak kan vragen door „trou mannen met eeren”.

§ 6. Van de Franse Revolutie tot heden : hoogtepunt, verval en heropbloei van de arbitrage.

21. De periode van de Franse Revolutie is de arbitrage zeer gunstig gezind(2). Uit verschillende *cahiers de doléances*(3), meegegeven door de kiesvergaderingen aan hun verkozenen in de nationale vergadering, komt de vraag naar arbitrage tot uiting. Ondermeer in het cahier van de derde stand van Rouaan (4).

De roep om arbitrage komt vooral voor in de dorpen ten einde „kort recht” te verkrijgen door eigen mensen, ter vervanging van de bestaande wantoestanden. Over deze zaken werd door de rechtbanken pas beslist na een ingewonnen expertiserapport. De experts, ter plaatse bekende dorpelingen, gingen arbitraal te werk en het was op basis van hun mededeling dat het vonnis geveld werd. Waarom dan niet de omweg langs de dure rechtbanken afgesneden en meteen dorpszaken aan arbiters voorgelegd ?

22. Alhoewel de arbitrage in de wet van 16 augustus 1790 een van zijn hoogtepunten kent en opgenomen is als titel I van die wet, is het zo dat zij er slechts op het laatste nippertje in opgenomen werd (5).

De arbitrage wordt voorgesteld als het beste middel om geschillen op te lossen : artikel 1 : „L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis”.

Alle personen die over de vrije uitoefening van hun rechten beschikken, kunnen een of meerdere arbiters aanduiden om zich over hun private

(1) COUVREUR, L., *Recht en zeeverzekeringspractijk in de 17de en 18de eeuw*, Tijds. Rechts-gesch., 1939, blz. 203. Zie ook de polissen van de *Compagnie d'Assurance de la Flandre Autrichienne*: „Dans les difficultés ou différends entre la Compagnie et les personnes qui se seront fait assurer, les deux parties les feront décider par des arbitres nommés de part et d'autre”.

(2) Zie over deze periode o.m.: BERNARD, A., o.c., blz. 9-10; — ROBERT, J., o.c., blz. 10.

(3) Voor een nadere studie van deze cahiers verwijs ik naar TEN RAA, C. M. G., *De oorsprong van de kantonrechter*. Kluwer, Deventer, 1970.

(4) Thouret, de grote bewerker van de wet van 16 augustus 1790, werd hier verkozen.

(5) Zie hierover TEN RAA, G. M. C., o.c., blz. 284-285.

aangelegenheden uit te spreken en dit zonder enige uitzondering. Het compromis blijft geldig, zelfs indien er geen tijdsbepaling betreffende de uitspraak in opgenomen is of indien deze verstreken is, tenzij een van de partijen aan de arbiters meldt dat zij van de arbitrage afziet. De uitspraak van de scheidslieden is niet vatbaar voor beroep, maar de partijen kunnen zich dat recht voorbehouden mits zij dit bepaalden in het compromis en daarin ook de rechtbank aanduiden, die van het hoger beroep zal kennismaken. Is er geen hoger beroep voorzien, dan kan de uitspraak uitvoerbaar gemaakt worden door de voorzitter van de distriktsrechtbank.

23. Naast deze vrijwillige arbitrage wordt in titel X, artikel 12 e.v. nog een gedwongen arbitrage ingesteld voor familie-aangelegenheden, d.w.z. geschillen tussen man en vrouw, vader en zoon, grootvader en kleinzoon, broers en zusters, ooms en neven en andere bloedverwanten van dezelfde graden, alsook tussen pupil en voogd betreffende aangelegenheden van de voogdij. Deze *tribunaux de famille* worden gevormd door vier verwanten, twee aangeduid door elke partij, of door evenveel vrienden of buren bij gebrek aan verwanten. Na de partijen te hebben gehoord en de nodige vaststellingen te hebben gedaan, vellen zij een gemotiveerde beslissing, waartegen men hoger beroep kan instellen bij het *tribunal du district*, dat dan in laatste aanleg uitspraak zal doen.

Indien een van de partijen haar twee scheidsrechters niet aanduidt, kan de andere zich tot de rechter wenden, opdat deze twee arbiters zou aanduiden. Wij zien ook dat er dus een even aantal arbiters is; welnu ingeval van staking van stemmen zullen deze mensen een *sur-arbitre* kiezen om de onenigheid op te heffen.

Indien een vader, moeder, grootvader of voogd redenen heeft van ernstige mistevredenheid over het gedrag van een kind of pupil, wiens buitensporig gedrag hij niet meer kan onderdrukken, dan kan hij een klacht indienen bij het *tribunal domestique de la famille*. Dit bestaat uit acht, of ten minste zes, naaste verwanten, of bij gebrek aan dezen uit vrienden of buren. Deze arbiters kunnen, indien het kind nog geen 21 jaar is, beslissen dat het maximum een jaar zal opgesloten worden. Deze beslissing moet ter uitvoering voorgelegd worden aan de voorzitter van de distriktsrechtbank (1).

24. De gedwongen arbitrage zou later nog uitgebreid worden door de decreten van 20 september 1792 (echtscheiding), 10 juni 1793 (huwe-

(1) Titel XII van de wet *Des juges en matière de commerce*, stelt ook een gedwongen arbitrage in voor de handelaars en door de handelaars.

lijksgoederen) en 17 nivôse II (erfenissen, schenkingen en testamenten) Door de Constitutie van 24 juni 1793 worden zelfs publieke arbiters ingesteld, verkozen door de kiesvergaderingen voor de duur van 1 jaar. Artikel 93 : „Ils connaissent des contestations qui n'ont pas été terminées définitivement par les arbitres privés ou par les juges de paix”.

25. Over de werking van de arbitrage in civiele en commerciële zaken vindt men slechts weinig sporen. Wat betreft de *tribunaux de famille* schrijft Godechot : voor zover wij kunnen opmaken uit het gering aantal studies, die tot nogtoe verschenen zijn, hebben zij minder goed gefunctioneerd dan de *tribunaux de paix*. Vele zaken ontsnapten aan hun jurisdictie, ofwel werden zij verminkt door het feit dat men beroep ging doen op echte rechtsgeleerden (1).

Soms waren deze personen werkelijk billijke scheidsrechters, maar het gebeurde ook dat zij voldoening zochten te schenken aan de personen die hen aangezocht hadden en die hen in het geheim beloonden. Het beroep schijnt zelfs zo winstgevend te zijn geweest dat sommige juristen zich specialiseerden in familiezaken. In het district van Saint-Germain-en-Laye, deden de *tribunaux de famille* uitspraak in 45 zaken tussen 11-12-1790 en 1-5-1792. In het district Montpellier daarentegen in 574 zaken, zij het dan ook in een tijdsbestek dat viermaal zolang was. Er werd vooral uitspraak gedaan inzake erfenissen, schuldvereffeningen schenkingen, huurgeschillen, huwelijks giften, voogdij en interdictie van minderjarigen.

26. Maar op elke actie volgt een reactie en dat moest ook de arbitrage ondervinden. De Constitutie van het jaar III behield het principe van arbitrage nog, doch de publieke arbiters werden vervangen door de *tribunaux de départements*. De gedwongen arbitrage in civiele zaken werd opgeheven door de wet van 9 ventôse IV. Ook de vrijwillige arbitrage wankelde even op haar grondvesten toen de *Conseil des Cinq-Cent* op 28 floréal VI een resolutie aannam teneinde haar af te schaffen. Deze werd echter verworpen door de *Conseil des Anciens* op 19 ventôse VII.

Tenslotte verschijnt dan de wet van 27 ventôse VIII op de rechterlijke organisatie, die van kracht gebleven is tot de uitvaardiging van de *Code de procédure civile*. Artikel 3 van die wet luidt als volgt : „Il n'est

(1) GODECHOT, J., *Les institutions de la France sous la révolution et l'empire*, P.U.F., Parijs, 1968, 2de uitg., blz. 156 e.v. „A Montpellier, à Toulouse, les parties, au lieu de s'adresser, selon la lettre de la loi, à des parents ou à des amis, préféraient recourir aux lumières d'anciens hommes de la loi plus ou moins réputés, et qui n'étaient qualifiés d'amis que pour la circonstance”.

point dérogé au droit qu'ont les citoyens de faire juger leurs contestations par des arbitres de leur choix; la décision de ces arbitres ne sera point sujette à appel s'il n'est expressément réservé".

Volgens Bernard (1) stelde zich bij de redactie van de *Code de procédure civile* de vraag of de arbitrage al dan niet moest behouden worden. Alhoewel zij dan toch opgenomen werd in het derde boek (art. 1003-1028) waren de opstellers van dat wetboek geen enthousiaste aanhangers van het systeem en gaven haar, door het invoeren van allerlei beperkende bepalingen, het karakter van een buitengewone jurisdictie. Daarnaast werd in de *Code de Commerce* de gedwongen arbitrage tussen leden van een vennootschap voor geschillen m.b.t. de vennootschap behouden. Zowel in Frankrijk als in België werden hierop ernstige kritieken geleverd. Deze leidden uiteindelijk tot de afschaffing van die bepalingen, respectievelijk door de wetten van 17 juli 1856 en 18 mei 1873. Het blijkt dat ook in de rechterlijke kringen de post-revolutionaire reactie bleef doorwerken en dat de rechtbanken nu het arbitraal beding aanvielen. Robert schrijft hieromtrent: „Après une série d'arrêts, elle devait abattre définitivement celle-ci en la déclarant nulle par l'arrêt fameux du 10 juillet 1843 (S., 1843, I, 561)". (2).

Ondanks dit alles bleef de arbitrage een rol spelen in het rechtsleven en vooral dan onder impuls van het internationale handelsverkeer. Tot slot mag men dan ook wel zeggen dat het getij nu weer gekeerd is in haar voordeel.

SOMMAIRE

HISTOIRE DE L'ARBITRAGE

Avec un intérêt changeant, l'arbitrage s'est maintenu à travers les siècles.

Il est possible qu'il ait servi de modèle au règlement des différends institué par les autorités. Il est certain que tant qu'il n'existait pas de société organisée et même durant les premières années de celle-ci, on avait recours à des personnes privées pour faire trancher par elles les litiges.

Toutefois, à mesure que s'affirmait l'autorité des souverains, ceux-ci imposèrent leurs juges à leurs sujets mais sans jamais réussir à exclure totalement l'arbitrage. Au contraire, avec la Révolution française et l'expansion du libéralisme, les tribunaux arbitraux connurent leur deuxième apogée.

(1) BERNARD, A., o.c., blz. 10 e.v.

(2) Zie ook: DAVID, R., *Arbitrage du XIX^e et arbitrage du XX^e siècle. Mélanges René Savatier*, blz. 219.

Au cours de la période qui suivit, cet intérêt diminua à la suite de la forte opposition des juristes et des magistrats. Si cette opposition qui, à un certain moment, donnait l'impression qu'elle conduirait à la fin des tribunaux arbitraux, a elle aussi été vaincue, cela ne peut que plaider en faveur du maintien de l'arbitrage.

ZUSAMMENFASSUNG

GESCHICHTE DER SCHIEDSGERICHTBARKEIT

Mit wechselnder Bedeutung hat sich das schiedsrichterliche Verfahren im Laufe der Jahrhunderte behauptet. Vielleicht diente es als Modell für die behördlicherseits bestimmte Regelung zur Schlichtung von Streitigkeiten. Sicher ist, dass solange keine organisierte Gesellschaft bestand und selbst in den ersten Jahren derselben, man sich an Privatpersonen richtete, um einen Streit zu schlichten. In dem Masse wie die Gewalt der Fürsten zunahm, drängten diese ihre Richter den Untertanen auf, ohne dass es ihnen aber gelang das schiedsrichterliches Verfahren vollständig auszuschalten. Im Gegenteil, während der französischen Revolution und der Blütezeit des Liberalismus erreichten die Schiedsgerichte ihren zweiten Höhepunkt.

In der nachfolgenden Periode nahm ihre Bedeutung ab, infolge eines heftigen Widerstandes seitens der Rechtsgelehrten und der Richter. Es spricht für die Erhaltung des schiedsrichterlichen Verfahrens, dass auch dieser Widerstand überwunden werden konnte, obschon es zu einem bestimmten Augenblick den Anschein hatte, dass die Schiedsgerichte dadurch zu Ende gehen würden.

SUMMARY

THE HISTORY OF ARBITRATION

Arbitration has been of changing importance in the course of time.

It may have served as model for the authorities' solution of differences. There is no doubt that as long as society was still unorganised and even during its early stages, private people were consulted to help to solve such differences. With the strengthening of their power, rulers succeeded in forcing their judges on their subjects, but never to the extent that arbitration was completely suppressed. On the contrary, together with the French Revolution and the flowering of liberalism, such arbitration reached its second peak of importance. During the following period its importance again diminished thanks to the hostility of lawyers and magistrates. One of the arguments in favour of the retention of arbitration is certainly the fact that in spite of its near disappearance, it has, in fact survived.